



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA MUNDIAL DE ESTADOS Y SU REPERCUSIÓN
EN EL DERECHO MIGRATORIO

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA

LUISA GABRIELA MORALES VEGA

TUTOR PRINCIPAL: DR. KLAUS THEODOR MÜLLER UHLENBROCK
ENTIDAD DE ADSCRIPCIÓN: FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

COMITÉ TUTORAL:

DR. JUAN MANUEL PORTILLA GÓMEZ

ENTIDAD DE ADSCRIPCIÓN: FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

DR. MANUEL BECERRA RAMÍREZ

ENTIDAD DE ADSCRIPCIÓN: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MÉXICO D.F. AGOSTO 2013.



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.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres a quienes debo todo.

A la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México por acogerme como parte de su comunidad.

A mis maestros:

Dr. Klaus Müller por el tiempo, labor y empeño que dedicó a mi trabajo; y por la confianza y generosidad que brindó a mi persona.

Dr. Juan Manuel Portilla por sus espléndidas y acertadas contribuciones a mi formación académica.

Dr. Manuel Becerra por la confianza en este proyecto, su brillante contribución al mismo y por hacer posible vencer la distancia.

Dra. Lety García de quien siempre he recibido apoyo y buena voluntad.

Dra. Roxana Ávalos en quien he encontrado útiles aportes a la investigación y a la docencia, pero sobre todo amistad.

Del mismo modo, agradezco a los profesores Enrique García, Luis Huacuja, Mónica Miranda, Magdalena Espinosa y Lilia González, quienes siempre mostraron interés en mi investigación y desarrollo doctoral.

A quienes amistosamente contribuyeron a la consecución de este objetivo, en especial a José Enrique Gómez.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología por el apoyo brindado para la realización de este investigación.

ÍNDICE

Abreviaturas utilizadas	6
Introducción	7

CAPÍTULO UNO

ASPECTOS FENOMENOLÓGICOS DE LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL.

Primera parte

1. Factores constitutivos y fases de la migración internacional contemporánea	13
2. Relación de los contenidos	28

Segunda parte

3. Los desplazamientos de los primeros humanos como ejemplo de movimientos migratorios reales desde el origen del hombre	33
4. La injerencia de los procesos asociados a la Revolución Neolítica en la historia de las migraciones internacionales	34
5. Ejemplos clásicos de la juridificación en torno a la migración	38

CAPÍTULO DOS

EL SISTEMA MUNDIAL DE ESTADOS Y SU IMPACTO EN LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN

1. Categorías filosóficas como elementos analíticos de la migración	51
2. La configuración del Sistema Mundial de Estados	67
A. La economía capitalista como condicionante del sistema interestatal	74
B. La relación Migración-Desarrollo	76
3. Fenómenos migratorios que corresponden al Sistema Mundial de Estados	83
A. Soberanía estatal y su distinción al interior y al exterior	83
a. Las fronteras territoriales y las barreras intangibles	84
4. El migrante	102
A. Análisis tipológico	103
5. Elementos constitutivos de la migración internacional	106

A. La formación de flujos migratorios internacionales como consecuencia de la interacción estatal	106
B. La geoeconomía mundial de la migración	110
C. Factores socioeconómicos y políticos	119
a. La pobreza y el desempleo	119
b. Las acciones estatales tanto de origen como de destino, que contribuyen a formar los flujos	122
c. Las Redes de Migrantes	124

CAPÍTULO TRES

EL MARCO JURÍDICO DE LAS POLÍTICAS DE MIGRACIÓN A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL

1. Marco Jurídico Nacional	127
A. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	127
B. Plan Nacional de Desarrollo 2006-2012	128
C. Ley de Migración	130
D. Reglamento de la Ley de Migración	158
E. Ley de Refugio y Protección Complementaria	158
F. Reglamento de la Ley de Refugio y Protección Complementaria	166
2. Instrumentos jurídicos internacionales	170
A. Instrumentos jurídicos que establecen estándares internacionales para la protección de los Derechos Humanos de las personas en movimiento y migrantes.	170
a. Opinión consultiva OC/18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos relativa a la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados	170
b. Opinión Consultiva OC/16/99, de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre “El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías de Debido Proceso Legal”	179
c. Caso Vélez-Loor	183
d. Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones	

y debido proceso, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	189
e. Instrumentos jurídicos internacionales suscritos y ratificados por los Estados Unidos Mexicanos en materia de inmigración y asuntos fronterizos	201
B. Reglas de Derecho Internacional Consuetudinario relativas a la migración.	209
3.- Concordancia de la Ley de Migración con los patrones internacionales	213

CAPITULO CUATRO

ELEMENTOS TEÓRICO JURÍDICOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO MIGRATORIO INTERNACIONAL.

1. El derecho cosmopolita	221
2. El derecho internacional de los derechos humanos	228
A. Evolución histórica	228
B. Sistemas de protección	233
C. Los Derechos Humanos y el Constitucionalismo	242
3. El estado de derecho internacional	250
4. La subjetividad jurídica del migrante	253
A. La subjetividad internacional del individuo	253
B. El migrante como individuo	259
a. El migrante frente a la política estatal	259
i. Los derechos de Ciudadanía	260
5.-Un derecho migratorio internacional emergente	265
A. Las fuentes del derecho internacional	265
B. Un derecho migratorio internacional	267
Conclusiones	276
Anexos	281
Fuentes consultadas	299

Abreviaturas utilizadas

ONU	Organización de las Naciones Unidas
UE	Unión Europea
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
COMAR	Comisión Mexicana de Ayuda a refugiados.
INM	Instituto Nacional de Migración
SEGOB	Secretaría de Gobernación
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
OEA	Organización de Estados Americanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

Esta investigación obedece al interés en los procesos migratorios internacionales y sobre todo, a la regulación jurídica de los mismos; es decir, el papel del Estado en dicha regulación y la eficacia de las políticas migratorias unilaterales.

En los últimos años se ha producido una cantidad importante de investigaciones y estudios sobre el fenómeno migratorio internacional. La migración ha suscitado el interés de estudiosos de una amplia gama de disciplinas sociales como la economía, la sociología, la antropología, la filosofía política, la historia y por supuesto, el derecho.

Dentro de este último, el fenómeno ha sido abordado desde varias de sus ramas, siendo las más recurrentes la de los derechos humanos y la criminal, pero también desde el derecho laboral, político, económico, familiar o consular. Esta amplia y variada producción en torno al tema central, da cuenta de la complejidad del mismo y de su importancia.

Debemos agregar que el interés no se circunscribe al ámbito académico, por el contrario es materia de importantes foros, acuerdos y conferencias jurídicas, políticas y económicas, a nivel nacional e internacional. La migración ejerce un verdadero protagonismo en la agenda política y social de muchos países.

Este trabajo observa y recoge las aportaciones y hallazgos de una gran cantidad de obras, investigaciones, ensayos y artículos gestados no sólo desde la perspectiva del derecho, sino también de la economía, la filosofía política y la sociología.

Aquí lo que pretendemos, es dar cuenta de una nueva dimensión del derecho, calificada por la emersión de un régimen jurídico que, despojado de su carácter fundamentalmente doméstico, representa un cambio importante en la forma de entender las normas jurídicas que regulan el ingreso, el tránsito, la permanencia y el retorno de personas dentro de un Estado distinto al de su nacionalidad o residencia habitual.

Este cambio se ve impulsado por varios elementos teóricos y jurídicos a los que nos referimos en el cuerpo del trabajo, los cuales son 1) la existencia de un conglomerado de Estados que en la actualidad conforman la tierra y que han desarrollado un fuerte institucionalismo internacional; 2) el amplio desarrollo y discusión de las teorías cosmopolita, de los derechos humanos y del Estado de Derecho Internacional; 3) la amplia codificación de los derechos humanos y la evolución del individuo frente al derecho internacional que han traído resultados jurídicos que limitan o moldean la facultad estatal de crear y aplicar el derecho migratorio; 4) el constitucionalismo actual, ilustrado en este trabajo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, mismo que crea un bloque de constitucionalidad fundamentado en los derechos humanos y que impone a los jueces de todos los niveles, la obligación de ponderar en sus actuaciones a los derechos humanos, e incluso a dejar de aplicar las leyes que se

opongan a éstos, lo que redundaría en la dotación de verdadera fuerza y coacción a ese orden normativo supranacional que ya hemos descrito.

Con base en estos elementos, se percibe una traslación del derecho Migratorio, que lo ubica ahora en la esfera del Derecho Internacional Público y que, al verse nutrido del derecho de los derechos humanos, constituye normas imperativas a nivel internacional.

Sabemos que ha habido posturas teóricas¹ que hablan de la necesidad de “ensamblar” el derecho y la autoridad internos o nacionales con los internacionales con el objetivo de dotar de eficacia a la regulación jurídica migratoria, que debe pasar del control a la integración de los flujos; coincidimos con esas ideas, pues iniciamos la investigación bajo la hipótesis de que la regulación jurídica de flujos migratorios internacionales debe ser producto de negociaciones multilaterales, que tomen en consideración la situación de los estados y de sus transformaciones, de los migrantes, así como de los habitantes de los países expulsores y receptores.

Tal hipótesis se demostraría a través de la descripción, análisis e interpretación de los flujos migratorios nacionales e internacionales, a fin de identificar los fenómenos que inciden sobre ellos y exponer su regulación jurídica, desde la perspectiva de las teorías que proponen el reposicionamiento del Estado frente a organizaciones no estatales dentro de campos de poder más extensos.

No obstante, la investigación que se presenta, devela una configuración jurídica distinta pues, como se pretende demostrar, hoy en día el

¹ La socióloga neerlandesa Saskia Sassen es la principal exponente de estas teorías en la actualidad y su obra se discute ampliamente en el segundo capítulo.

derecho migratorio no requeriría de ese “ensamblaje” puesto que desde su génesis tiene ya tintes diferentes a los tradicionales y posee ya los rasgos que se podrían obtener de tal articulación.

En este sentido, y gracias a las concepciones teóricas y jurídicas contemporáneas de los derechos humanos y del Constitucionalismo, el derecho migratorio no es ya completamente doméstico, aunque tampoco formalmente internacional; esta peculiaridad demuestra un evento que está sucediendo o podría suceder en todo el campo del Derecho.

Este trabajo aspira a contribuir a la Teoría del Derecho, pues hace referencia a los elementos teóricos, filosóficos y jurídicos que, basados en la subjetividad del migrante o del individuo en el Derecho Internacional propone una explicación de la caracterización del derecho actual que regula la movilidad humana; así pues, la calidad que el individuo posee hoy ante el derecho internacional, le permite abandonar el nicho de *objeto* en que se halla.

Así las cosas, en primer lugar, describimos a grandes rasgos la situación y tendencias de la migración internacional en la actualidad con énfasis en los avances que en materia de cooperación y acuerdos internacionales promovidos por la Organización de las Naciones Unidas se han registrado en los últimos cinco años; además se ofrecen antecedentes históricos tanto de las migraciones humanas como del derecho relativo a ellas.

Más adelante, se recurre a categorías filosóficas como la “biopolítica” con la finalidad de utilizarlas para comprender la gestión migratoria actual y sus consecuencias, con referencia a la idea de la *indiferenciación*, gracias a la cual el derecho generado por el Estado, puede estar y no vigente al mismo tiempo,

generando con ello la exclusión de determinados grupos o seres humanos en la esfera normativa.

Después, se examina la configuración del Sistema Mundial de Estados y de cómo éste influye en la actual transnacionalización de la migración internacional; para ello nos referimos a categorías importantes en la materia como Estado, frontera, desarrollo o migrante; adicionalmente, se expone la geoeconomía mundial de la migración y se analizan las principales causas de los flujos migratorios.

También identificamos y describimos a detalle el derecho migratorio nacional, así como el internacional, a través de los instrumentos jurídicos que establecen estándares internacionales para la protección de los Derechos Humanos de los migrantes, para estar en aptitud de realizar un ejercicio comparativo entre ambos órdenes jurídicos, con la finalidad de identificar los elementos coincidentes.

Finalmente, el cuarto capítulo hace referencia a algunos elementos proporcionados por la filosofía política, en específico a los contenidos en las ideas cosmopolitas de Kant y de la teoría que propone la instauración de un Estado de Derecho Internacional en la que se reflejan, a nuestro juicio, algunos elementos del racionalismo kantiano.

Del mismo modo, se hace alusión a la progresiva expansión del derecho internacional de los derechos humanos y su incorporación en el régimen constitucional interno; así como del desarrollo de la subjetividad internacional del individuo que, como tal ha experimentado una evolución dentro del Derecho Internacional en una paulatina pero sostenida transición de objeto a sujeto del

mismo. Así pues, se analiza al migrante como individuo, en sus relaciones frente a la acción política del Estado y en específico a los derechos de Ciudadanía; y por último, se hacen consideraciones sobre el poder que la subjetividad internacional del migrante tiene para impactar al orden jurídico internacional.

El corolario del trabajo se contiene en ese último capítulo, donde se exponen la tesis central que acusa la emersión de un derecho migratorio que no obstante, sus ámbitos formales y personales de validez se circunscriben a la esfera doméstica; su contenido acusa un origen internacional nutrido y alentado por el derecho internacional de los derechos humanos.

CAPÍTULO UNO

Aspectos fenomenológicos de la migración internacional.

Primera parte.

1. Factores constitutivos y fases de la migración internacional contemporánea.

Para iniciar el presente trabajo, es necesario conocer las proporciones, características y tendencias actuales de la migración internacional a nivel mundial. De acuerdo con el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas,² se estima que en 2009, doscientos millones de personas residían fuera de su país de nacimiento, cifra que va en aumento, pues en 2010³ son casi doscientos catorce millones de personas los que residen fuera de su país de origen, de los cuales el 15%, alrededor de treinta y dos millones, carecen de la documentación necesaria para residir en otro país; estas personas en su totalidad son conocidas como migrantes.⁴

Esta cifra enorme representa apenas el tres por ciento de la población mundial; sin embargo no es irrelevante, pues según la Organización

² Mensaje en el día internacional del migrante, 18 de diciembre de 2009, disponible en www.un.org/esa/population/migration/Migrants.Spanish.pdf, consultado el 9 de abril de 2010.

³ Datos consultables en el Informe sobre las Migraciones en el Mundo, elaborado por la Organización Internacional para las Migraciones de la Organización de las Naciones Unidas, disponible en versión electrónica en http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR_2010_SPANISH.pdf, consultado el 8 de febrero de 2011

⁴ En México, la legislación prevé 3 calidades migratorias para los extranjeros que se internan en territorio nacional: no inmigrante, inmigrante e inmigrado. Estas 2 últimas características obedecen al hecho de que los extranjeros establezcan en México su residencia definitiva (artículos 42, 44 y 52 de la Ley General de Población).

Internacional para las Migraciones⁵ (OIM), los movimientos migratorios en el presente siglo cobran dimensiones mundiales pues *más de 190 naciones son punto de origen, tránsito o destino para los migrantes*,⁶ lo que nos permite afirmar que la totalidad de los países están implicados de algún modo en el asunto, pero es importante reparar en el hecho de que el número de países de destino es muy reducido, datos proporcionados por el INEGI en el año 2000, muestran que el 56.7% de los inmigrantes internacionales se establecieron en únicamente once países⁷ (ver tabla 1).

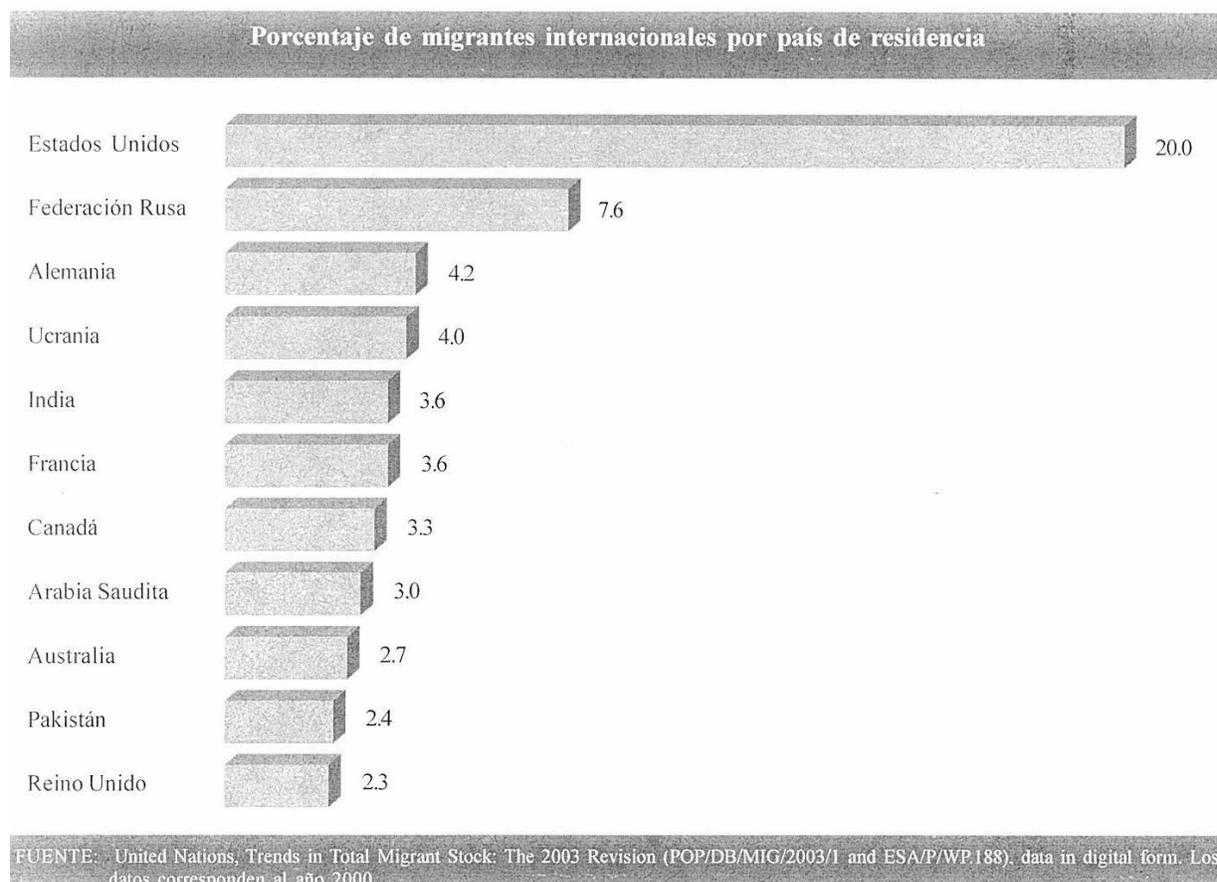


Tabla 1.

⁵ La OIM, una Organización intergubernamental creada en 1951, está consagrada al principio de que la migración en condiciones humanas y de forma ordenada beneficia a los migrantes y a la sociedad.

⁶ *Los extranjeros en México*. Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, México, 2005. p.9

⁷ Idem.

Para 2010, ahora de acuerdo a la OIM, los países que albergaban el mayor número de migrantes internacionales, se presentan en la tabla 2; llama la atención el hecho de que los tres principales países de destino coinciden; que Arabia Saudita ha incrementado en más del 100% su inmigración; que aparece España como país de destino en 2010 y no así en el 2000; que Pakistán y Australia en 2010 dejaron de ser principales destinos; y, que países como Francia, Canadá y Ucrania continúan ocupando una posición media.

País	Migrantes internacionales (en millones)
Estados Unidos	42,8
Federación de Rusia	12,3
Alemania	10,8
Arabia Saudita	7,3
Canadá	7,2
Francia	6,7
Reino Unido	6,5
España	6,4
India	5,4
Ucrania	5,3

Tabla 2.

El interés en este fenómeno, por parte de los estados y las organizaciones internacionales, se pone de manifiesto en los últimos años, en que se ha desarrollado una tendencia mundial a no sólo regular la migración internacional, sino a obtener provecho de este fenómeno, lo que revela la importancia que los Estados y las organizaciones internacionales le otorgan.

Al respecto, podemos mencionar varios proyectos y esfuerzos realizados al seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como la

instauración, en 2006, del “Diálogo de alto nivel de la Asamblea General sobre migración internacional y desarrollo”, a través del cual se pondera la relevancia de la migración internacional en la época actual, calificada como “nueva era de movilidad”,⁸ el cual ha celebrado cada año, desde entonces, un foro internacional y que tiene como principal objetivo, dotar a los gobiernos estatales de la información y conocimientos necesarios a fin de que promuevan y ayuden a crear ganancias a tres niveles: para los migrantes, para los países de origen de estos migrantes y para los países de acogida.

Este no es un proyecto aislado, sino que es producto de los resultados arrojados en el informe “Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar”⁹ elaborado por la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, establecida en diciembre de 2003 por un grupo de Estados miembros de la ONU con el mandato principal de *proponer un marco para la formulación de una respuesta coherente, integral y global para la cuestión de las migraciones internacionales*, a través de la promoción de un debate exhaustivo entre gobiernos y otros actores internacionales, como serían las agencias de la ONU relativas a esta materia, para el análisis de las *brechas* en las políticas migratorias actuales y examen de los vínculos entre la migración y otras cuestiones internacionales; todo ello dirigido a presentar recomendaciones tanto al Secretario General de la ONU como a los gobiernos de los estados miembros de la organización.

⁸ Discurso del Secretario General ante el Diálogo de alto nivel de la Asamblea General sobre Migración Internacional y desarrollo, 14 de septiembre de 2006, disponible en www.un.org/migration/sg-speech.html consultado el 24 de marzo de 2010.

⁹ Informe Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales.2005, disponible en el sitio web de la Comisión, www.gcim.org consultado el 24 de marzo de 2010.

Cabe señalar que esta comisión fue constituida exclusivamente para este fin, por ello es que una vez rendido el informe de sus actividades fue disuelta y uno de los principales frutos obtenidos de ella fue la creación del diálogo de alto nivel que se comenta en el párrafo que antecede.

Otro de los proyectos originados a partir del trabajo desarrollado por la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales es el *Global Migration Group* (GMG), el cual es un grupo conformado por las agencias de la ONU activamente involucradas con el tema migratorio, cuyo fin consiste en promover la aplicación de los instrumentos y normas tanto regionales como internacionales relativas a la migración y alentar la adopción de políticas migratorias internacionales de una manera más coherente, comprensiva y mejor coordinada,¹⁰ el grupo fue creado en 2006 y sus miembros son la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Internacional para las Migraciones, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Departamento de asuntos Económicos y Sociales, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la Oficina del Alto Comisionado para los Refugiados, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y el Banco Mundial.

Todo lo anterior puede interpretarse como un protagonismo de la migración en la escena político jurídica mundial de la actualidad, aun cuando desde hace varios años el tema migratorio ha sido objeto de discursos y debates políticos, lo cierto es que no existía un foro mundial creado únicamente para ese

¹⁰ La descripción y estructura del GMG puede ser consultada en la página relativa a la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/GMG.htm> .

fin, y los acuerdos o diálogos internacionales (si los había) eran bilaterales o a lo más regionales, como ejemplos de ellos tenemos los acuerdos bilaterales¹¹ celebrados por España en relación a la migración laboral con Ecuador y Colombia; o los celebrados entre Argentina y Ucrania; o en nuestra región, el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte, entre los Estados Unidos de América, Canadá y México, el cual es un acuerdo complementario al Tratado de Libre Comercio de América del Norte y que entró en vigor el 1 de enero de 1994,¹² en manera similar, opera la alianza del Pacífico y hay muchos más ejemplos pero no es el caso referirnos a ellos en este momento.¹³

De lo anterior observamos que los acuerdos internacionales referentes a la migración se circunscriben de manera general al ámbito laboral; ello es comprensible si tomamos en cuenta que tradicionalmente a la migración, al ser identificada como un efecto de la pobreza y el desempleo,¹⁴ se le ha atribuido como finalidad exclusiva la ocupación laboral; pero sobre todo si atendemos a la cantidad de dinero enviada por los migrantes a su país de origen. De acuerdo al Banco Mundial, en 2008 esa cifra alcanzó los 305,000 millones de dólares y en

¹¹ Chacón, Lorenzo. *Los acuerdos bilaterales celebrados por España con Ecuador y Colombia*, en "Acuerdos bilaterales de migración: Estudio de casos". Organización Internacional del Trabajo. 2003. p. 44, consultable en <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp66s.pdf>

¹² El ACLAN fue el primer acuerdo internacional sobre asuntos laborales ligado a un tratado internacional de libre comercio. El Acuerdo ofrece un mecanismo para que los países miembros garanticen la aplicación efectiva de sus leyes y normas laborales internas, tanto actuales como futuras, que no interfieran con el funcionamiento soberano de los diferentes sistemas laborales nacionales, derivado de este acuerdo, se creó la Comisión para la Cooperación Laboral es el único organismo internacional dedicado exclusivamente a los derechos laborales y asuntos relacionados con el trabajo, desde la creación en 1919 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

¹³ *Vid. infra*. Capítulo cuatro

¹⁴ Como se verá más adelante, esta relación se ha controvertido. Véase Sassen, Saskia. *La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas*. 2006. *Vid. infra*. Capítulo dos

2009 se registraron 209,000 millones de dólares; nada más en México en el 2008, se recibieron 27,144 millones de dólares.

Estas cantidades de dinero explican el segundo motivo en el que el Secretario General de la ONU apoyó su decisión de establecer el Diálogo de Alto Nivel sobre Migraciones y Desarrollo a que nos hemos venido refiriendo, pues puso de relieve la evidencia de las ventajas económicas que la migración puede acarrear: 1) que las remesas alcanzan cantidades que superan el total de la ayuda internacional humanitaria; y 2) que los migrantes podrían utilizar su experiencia y formación para transferir tecnología, capital y conocimiento institucional, sobre todo tratándose de personas calificadas

Todas estas características de la migración en la actualidad, (el grado mundial que ha alcanzado, su relevancia económica, la cantidad de personas implicadas) justifican el hecho de que los gobiernos de todo el mundo han comenzado a verla *a través del prisma de la oportunidad y no del miedo*,¹⁵ que ha permitido la celebración de los foros internacionales del Diálogo de Alto Nivel respectivo.

Hecho histórica y jurídicamente trascendente, pues anteriormente no se había planteado una instancia de este tipo para la libre discusión y consulta de los temas migratorios, y a pesar de que la participación sea de carácter voluntario y en él no se adopte ningún tipo de decisión vinculante, este Diálogo representa la plataforma a partir de la cual, en la actualidad se pretenden establecer relaciones de confianza entre países expulsores y receptores, facilitar los envíos de dinero, y

¹⁵ Discurso del Secretario General ante el Diálogo de alto nivel de la Asamblea General sobre Migración Internacional y desarrollo, 14 de septiembre de 2006, disponible en www.un.org/migration/sg-speech.html consultado el 24 de marzo de 2010

en general vincular los procesos de migración a los del desarrollo y no a la seguridad, a la vez que tiendan a evitar la criminalización del fenómeno migratorio. Como lo expresó Kofi Anan ...*(la migración) puede privar a los países de sus mejores y más brillantes nacionales. Puede dividir familias. Puede generar tensiones sociales. A veces la explotan los delincuentes y los terroristas. Pero es posible encontrar respuestas a muchos de estos problemas mediante el debate y la participación constructiva.*¹⁶

En noviembre de 2010 México fue sede de la cuarta edición del Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo, de la Organización de las Naciones Unidas. El Foro se organizó y llevó a cabo bajo el título: "Alianzas para la migración y el desarrollo humano: prosperidad compartida – responsabilidad compartida", como hemos dicho líneas arriba, este foro representa el primer intento global de lograr un diálogo armónico y concentrado entre los Estados miembros de la ONU en torno a la Migración y el Desarrollo.

Es importante transcribir aquí la definición que ha elaborado el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sobre el desarrollo humano: *El desarrollo humano se define... como la expansión de la libertad de las personas para vivir como ellas lo elijan y para buscar una mejor calidad de vida, incluyendo la posibilidad de lograrlo a través de la migración.*¹⁷

De la lectura de esta definición se concretiza, al menos semánticamente, el vínculo que la ONU quiere establecer (¿o encontrar?) entre la

¹⁶ *idem*

¹⁷ Informe sobre Desarrollo Humano, PNUD 2009; Agenda para el desarrollo, AGNU disponible en www.undp.org/spanish/publicaciones/annualreport2009/results.shtml. Consultado el 12 de octubre de 2010.

Migración y el Desarrollo, esta es la tendencia mundial del discurso político migratorio en la actualidad. Ya que según el PNUD *toda persona que emigra está motivada por la perspectiva de mejorar su acceso al empleo, la educación, los derechos civiles y políticos, la seguridad y la salud* de modo tal que se estima que la mayoría de los migrantes acaba disfrutando de condiciones de vida más favorables; la conclusión del informe anual 2009 de este Programa es que “*la circulación tiene un gran potencial para el desarrollo humano*”.¹⁸ Esta es la justificación que la ONU encuentra del gran número de personas migrantes: el mejorar sus condiciones de vida, lo que significa que a la vinculación entre migración y desarrollo subyace una imperiosa necesidad económica (si no en la totalidad, en la mayoría de los casos)

Así pues, el título asignado a la 4ª. edición del Foro que tuvo verificativo en los Estados Unidos Mexicanos (2010), y los temas tratados en las mesas redondas que nutrieron al mismo, acusan el estrecho vínculo propuesto.

Observamos que de los documentos que informaron la primera mesa redonda celebrada en el Foro, con el tema “Alianzas para una migración regular y segura” cuya presidencia fue detentada por los delegados de Brasil y Francia, y en la que participaron los de Alemania, Australia, Bangla Desh, Bélgica, Canadá, EEUU, Israel, Marruecos, Mauricio, México, Nigeria, Portugal, se plantearon como objetivos generales de la misma:

Debatir abierta y francamente cómo los criterios de las alianzas orientados a asegurar una migración de manera regular, ordenada y segura pueden maximizar los beneficios para el desarrollo de la migración a nivel personal, social y económico tanto en los países de origen como en los países de destino” e, “Indicar

¹⁸ *Ídem.*

buenas prácticas de alianzas en este contexto que sirvan de orientación a los responsables de política de otros países.¹⁹

El tener como objetivo un debate *abierto y franco*, entre los representantes de Gobiernos de diversos Estados, sobre las alianzas políticas por medio de las cuales se lograría asegurar una migración regular, ordenada y segura, que a la vez maximice los beneficios para el desarrollo, refleja la intención de la sociedad internacional de, cada vez más, analizar el fenómeno migratorio desde diferentes ópticas, lo que considero tendrá que desembocar en la regulación jurídica multilateral del complejo de fenómenos ligados a la migración; aunque por el momento no representen más que un conjunto de declaraciones, en razón de que, los “acuerdos” que se adopten al seno de estos foros no son vinculantes, lo que no implica su inutilidad, pues siempre servirán como antecedente a la normatividad jurídica que llegue a desarrollarse sobre esta cuestión, e incluso serían utilizables como medio de prueba en las controversias internacionales que requieran la acreditación de cierta práctica como costumbre internacional reconocida por la comunidad internacional.

La segunda mesa redonda que se llevó a cabo en el foro, tuvo como tema principal “Movilidad humana y desarrollo humano. Reducir los costos de la migración y maximizar el desarrollo”, los Gobiernos de los Emiratos Árabes Unidos, Sri Lanka y Suecia fueron los copresidentes de la misma y participaron los Gobiernos de Alemania, Bangladesh, Chile, Ecuador, España, Etiopía, Grecia, Japón, Kenya, Marruecos, Mauricio, México, Moldova, Sudáfrica, la Comisión

¹⁹Documento de información de la Mesa Redonda 1. *Alianzas para la migración y el desarrollo humano: prosperidad compartida – responsabilidad compartida*, disponible en www.gfmd_mexico10_rt1-1-background_paper_es. Consultado el 17 de noviembre de 2010.

Europea y la Delegación de la Unión Europea, la OIM, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). El objetivo principal de esta mesa fue:

Identificar estrategias viables para los gobiernos y la sociedad civil en lo que respecta a reducir el costo inicial de la migración; facilitar la educación, la capacitación y el reconocimiento de competencias, y brindar seguridad social y servicios de salud, a fin de mejorar las perspectivas y los resultados de desarrollo para los trabajadores y las trabajadoras migrantes, sus familias y sus comunidades.²⁰

La tercera y última mesa redonda giró en torno a la cuestión de “Coherencia política e institucional para abordar la relación entre la migración y el desarrollo.”, presidida por Argentina, Kenya y Suiza y con la participación de los representantes de los Gobiernos de Colombia, Francia, Marruecos, Mauricio, México, República de Moldova, Sudán, Comisión Europea y Delegación de la Unión Europea, cuyo principal objetivo consistió en:

Evaluar el impacto de la migración en el desarrollo económico y social y atender su relación causa-efecto.²¹

En general, las conclusiones de esas mesas redondas orbitan en torno a la pregunta, ¿cómo integrar la migración en las políticas de desarrollo?, y parten de lo que creen un hecho irrefutable: ambos fenómenos guardan una estrecha relación. En la práctica, la conclusión extraída de estas jornadas es la resolución de crear lo que han denominado “Perfiles Migratorios Ampliados” que

²⁰Documento de información de la Mesa Redonda 1. *Movilidad humana y desarrollo humano. Reducir los costos de la migración y maximizar el desarrollo*, disponible en www.gfmd_mexico10_rt-2-1-background_paper_es. Consultado el 17 de noviembre de 2010.

²¹Documento de información de la Mesa Redonda 1. *Coherencia política e institucional para abordar la relación entre la migración y el desarrollo*, disponible en www.gfmd_mexico10_rt-3-1-background_paper_es. Consultado el 17 de noviembre de 2010

consisten en un instrumento para recabar información integral sobre los migrantes, esta recopilación de datos quedaría a cargo del gobierno de cada país, pues en ellos se consignarán datos sobre emigrantes, inmigrantes y migrantes en tránsito. En los documentos analizados, se advierte que aun cuando fue en México 2010, donde se acordó poner en marcha la preparación de estos perfiles, su propuesta inicial se dio en Atenas 2009; sin embargo, esta iniciativa no se gestó originalmente al seno de la ONU, sino que fue propuesta por la Unión Europea, sobre la base de que ese modelo de integración, ha incorporado a su política migratoria la elaboración de esos perfiles; además la utiliza en sus relaciones con países en vías de desarrollo.

Esta iniciativa se contiene en la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones”, del primero de septiembre de 2005. La caracterizaron como la “...*primera tentativa para aclarar los vínculos entre la migración y el desarrollo, sugerir varias iniciativas clave y promover la coherencia entre los dos ámbitos políticos.*” Y con miras a “*favorecer los envíos de remesas poco costosos, rápidos y seguros*”, “*Facilitar la contribución de las remesas al desarrollo de los países de origen de los Emigrantes*” y “*Evitar los perjuicios derivados de la fuga de cerebros*”. Relacionando directamente las remesas con el desarrollo, lo que resulta comprensible.

Lo interesante de los Perfiles Migratorios es que para su elaboración se utilizarán los datos arrojados por los sondeos practicados a los propios

migrantes directamente, pero además se hará constar las condiciones de empleo, mercado, vivienda y economía en general del país de que se trate.²²

De llegarse a utilizar estos perfiles, constituirán una herramienta para comprender la formación de flujos migratorios internacionales, así como la evolución de los mismos, lo que acarrearía probablemente la elaboración de políticas migratorias efectivas y menos agresivas contra las personas. De acuerdo a la nota informativa emitida por los organizadores del foro en 2010, más de 70 países (tanto desarrollados como en vía de desarrollo) han aceptado la elaboración de tales perfiles, están en proceso de su elaboración o ya los han elaborado, como Ecuador.

Además la periodicidad con que deben elaborarse atiende a una razón que considero fundamental, el hecho de que la migración es un fenómeno dinámico que requiere de una observación directa y permanente; empero, resulta poco probable que los datos recabados en este levantamiento estadístico sean fidedignos.

El desafío actual, desde mi perspectiva, consiste en detectar el tan aclamado nexo migración-desarrollo en la realidad (si es que lo hay); o, en su defecto identificar los elementos político-jurídicos que lo pudieren crear; y del mismo modo, develar los elementos que constituyan y expliquen la juridificación actual de la migración.

²²*Aim to gather information on issues such as the labour market situation, unemployment rates, labour demand and supply and present or potential skill shortages by sector and occupation, skills needs in the country, skills available in the diaspora, migration flows, incoming and outgoing financial flows linked with migration, including migrant remittances, as well as relevant gender aspects and those related to minors.* Por ejemplo, el Perfil Migratorio del Ecuador 2008, abarca los siguientes rubros: Flujos migratorios y sus impactos; emigración; inmigración; marco legal e institucional.

Existen también algunos acuerdos internacionales sobre migración que no son preponderantemente económicos, ni se ocupan primordialmente del derecho laboral, sino sobre derecho penal, como sería el “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada Transnacional”, considero que este tipo de normas tienen su origen en el razonamiento de que, si bien la migración ilegal no constituye un delito en sí, ni el hecho de verse obligado a cambiar de residencia es motivo para criminalizar a los individuos; dada su propia naturaleza, estos migrantes podrían ser considerados como propicios para originar o insertarse en una cadena de delitos, en virtud de que la persona que se interna a un país en la ilegalidad, se ve obligada a establecerse en el mismo, también de forma ilegal y desarrollar en consecuencia actividades ilegales, lo que los convierte en un grupo vulnerable, desde su partida en el lugar de origen hasta su establecimiento en el destino; esta es la razón por la que en los capítulos subsecuentes se evalúan, entre otras cuestiones, los mecanismos de regularización del estatus migratorio²³ lo que les permitiría, primero insertarse legalmente a la vida social del país de residencia, gozando de la protección legal que se ofrezca en el mismo²⁴ y posteriormente, a la obtención de la ciudadanía.

²³ En México por ejemplo, cada determinado tiempo el Instituto Nacional de Migración, elabora programas de regularización migratoria. Actualmente está vigente el acuerdo publicado el 11 de noviembre de 2008 en el Diario Oficial de la Federación, dirigido a todos los extranjeros que se encuentran en situación irregular dentro del territorio nacional y que se internaron a él antes del 1º de enero de 2007 y que además se encuentren “asimilados” al modo de vida del país.

²⁴ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos concede a todas las personas en México el goce de los derechos humanos reconocidos por la misma y por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como las garantías para su protección. Esa garantía se desarrolla ampliamente en el capítulo cuatro.

Todo lo antes referido, constituye un primer acercamiento al tema central de este trabajo, ya que describe a grandes rasgos, la situación (institucional) que en la actualidad guarda el fenómeno transnacional de la Migración Internacional.

2. Relación de los contenidos.

Este capítulo uno “Aspectos fenomenológicos de la migración internacional” contiene la exposición de antecedentes históricos. En su primer apartado *Factores constitutivos y fases de la migración internacional contemporánea*, se describe a grandes rasgos la situación y tendencias de la migración internacional en la actualidad y destaca los avances que en materia de cooperación y acuerdo internacionales promovidos por la Organización de las Naciones Unidas se han registrado en los últimos cinco años.

Más adelante, el apartado 3 de este capítulo demuestra que el tema central de este trabajo, la migración, no es novedoso, sino que los movimientos migratorios se remontan al origen mismo del ser humano en el planeta; para ello se hace referencia a los desplazamientos que, según las investigaciones científicas (paleontológicas, arqueológicas, antropológicas, biológicas e históricas), permitieron la población de los continentes asiático, europeo y finalmente el americano y que ha establecido como lugar de origen del hombre a África,²⁵ todo lo cual se expone a partir de la causalidad eminentemente económica de estos desplazamientos.

El siguiente apartado, el 4 *La injerencia de los procesos asociados a la Revolución Neolítica en la historia de las migraciones internacionales*, contiene consideraciones acerca de la Revolución Neolítica, el conjunto de procesos a los que se atribuye la transformación de la vida del hombre de nómada a sedentaria y

²⁵ Picq, Pascal. *En busca de los primeros hombres* en “Los orígenes de la humanidad” Obra colectiva, Coppens y Picq directores, Chueca, Fabián trad.. Ed. Espasa Fórum España 2001 p. 264. Ver anexo No. 1 de este capítulo sobre los yacimientos de restos fósiles de los primeros humanos que sustentan la población de todos los continentes.

que se distingue por la explotación de la agricultura. En este apartado se analiza la importancia que la acumulación de la riqueza tiene, quizá por primera vez, sobre los fenómenos sociales y en especial sobre la migración.

En el quinto y último apartado se presentan ejemplos reales de derecho migratorio desde una perspectiva histórica, consistentes en las legislaciones acuñadas en la *polis* griega del Ática, y en el imperio Romano, como ejemplos de la juridificación clásica en torno a los fenómenos sociales relacionados a la migración.

El capítulo dos, “El sistema mundial de estados y su impacto en la transnacionalización de la migración”, inicia haciendo referencia a algunas categorías filosóficas que se utilizan en esta oportunidad como elementos analíticos de la migración, se expone la tesis central de la teoría biopolítica formulada por Giorgio Agamben. Esta teoría aporta elementos útiles para interpretar la forma en que el soberano gestiona la política migratoria y la violenta realidad a que se han enfrentado los migrantes, quienes, desde nuestro punto de vista, se encuentran en un permanente estado de excepción.

Más adelante, se hace referencia al sistema mundial de Estados de la siguiente forma: En el primer apartado *La configuración del sistema mundial de estados*, se exponen los procesos que han formado un sistema global compuesto por entidades estatales, que abarcan la totalidad de los territorios terrestres.

El apartado 2 *Fenómenos migratorios que corresponden al sistema mundial de Estados* se establecen necesariamente, a manera de inicio, las características del Estado derivadas de la teoría clásica del Estado y se hace referencia a la evolución del mismo; siguiendo las ideas de Immanuel Wallerstein y

de la organización internacional nos referimos a la categoría “desarrollo” y su relación con la Migración, sin soslayar el carácter del desarrollo como perpetuador de la desigualdad entre los Estados, al reproducir bajo el auspicio de la economía capitalista, una división económica de los países del orbe que genera situaciones promotoras de la migración

En el inciso 3 se contiene la definición de *migrante*; así como su tipología, en atención a las diferentes características que pueden reunir las personas en movimiento; también se ofrece el análisis de los distintos tipos de calidades jurídicas bajo las cuales una persona puede internarse en el territorio de un país del que no es nacional; por último se hace referencia a la administración actual de las fronteras y de las construcciones jurídicas y a las disposiciones políticas que establecen verdaderas barreras a la inmigración.

En el siguiente apartado *Elementos constitutivos de la migración internacional*, la materia de estudio la constituye, la interacción entre los sujetos de derecho internacional, en específico los Estados. Por ello en los incisos de este apartado se contienen los razonamientos relativos a (A) los efectos de la interacción estatal en la formación de flujos migratorios internacionales; (B) La geo economía mundial de la migración; y, (C) los factores socio económicos y políticos que se piensa, constituyen una causa de los movimientos migratorios humanos, se hace especial énfasis en realidades como la pobreza y el desempleo, así como a las redes de migrantes.

En concreto, este capítulo se aboca a identificar a los actores que, aún cuando no se les pueda relacionar formalmente con los fenómenos migratorios, influyen en éstos por sí mismos o como resultado de la interacción

entre ellos. Para el desarrollo de este apartado es factible utilizar las conclusiones de las teorías elaboradas por Manuel Castells, Saskia Sassen y Alejandro Portes en relación a las redes que se han tejido alrededor de la información, el trabajo y la sociedad en sí; así como del reposicionamiento del poder estatal, en campos más amplios de ejercicio del poder.

El capítulo tres titulado “El marco jurídico de las políticas de migración a nivel nacional e internacional” desarrolla a detalle el derecho migratorio nacional²⁶ contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en leyes federales y sus reglamentos, así como en el Plan Nacional de Desarrollo vigente. Una vez expuesto el derecho nacional, el apartado 2 de este capítulo analiza el derecho internacional migratorio, a través de los instrumentos jurídicos continentales que establecen estándares internacionales para la protección de los Derechos Humanos de los migrantes, como las Opiniones Consultivas 18/03 y 16/99 emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la sentencia dictada por el mismo órgano en el caso Vélez-Loor contra el Estado Panameño; el informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre inmigración en los Estados Unidos; y a través de los tratados y convenios internacionales de los que es parte México, en materia de inmigración y asuntos fronterizos; además se hace referencia a las reglas que la costumbre internacional ha establecido en torno a la migración.

Se concluye este capítulo con un ejercicio comparativo entre ambos órdenes jurídicos, con la finalidad de identificar los elementos coincidentes.

²⁶ El derecho migratorio mexicano ha sufrido a partir de 2010 importantes modificaciones como respuesta a las exigencias de seguridad en la región.

Finalmente el capítulo cuatro “Elementos teórico jurídicos para la configuración de un ‘Derecho Migratorio Internacional” en primer lugar hace referencia a algunos elementos proporcionados por la filosofía política, en específico a los contenidos en las ideas cosmopolitas de Kant; la razón de ello es que más adelante se sostiene la tesis del surgimiento de un derecho migratorio internacional; sustentada en parte, por la idea del derecho cosmopolita y por la construcción teórica del denominado Estado de Derecho Internacional en la que se reflejan, a nuestro juicio, algunos elementos del racionalismo kantiano.

Otro de los pilares que sostienen la opinión de la formación de un derecho migratorio internacional, se encuentra en la progresiva expansión del derecho internacional de los derechos humanos y su incorporación en el régimen constitucional interno. Del mismo modo, el desarrollo de la subjetividad internacional del individuo que, como tal ha experimentado una evolución dentro del Derecho Internacional en una paulatina pero sostenida transición de objeto a sujeto del mismo. Así pues, se analiza al migrante como individuo, en sus relaciones frente a la acción política del Estado y en específico a los derechos de Ciudadanía; y por último, se hacen consideraciones sobre el poder que la subjetividad internacional del migrante tiene para impactar al orden jurídico internacional.

El corolario del trabajo se contiene en el quinto apartado de este capítulo, donde se exponen la tesis central que acusa la emersión de un derecho migratorio transnacional que convive y nutre al derecho internacional migratorio y al derecho interno que prevé el estatuto legal de los extranjeros.

SEGUNDA PARTE

3. Los desplazamientos de los primeros humanos como ejemplo de movimientos migratorios reales desde el origen del hombre.

Los científicos consagrados a la labor de determinar el origen temporal y espacial del hombre sobre la tierra, han debatido sobre este punto desde el siglo XIX, y las varias teorías (Darwin, Lamarck, Dart) han ubicado la existencia del primer antepasado de los humanos entre hace 11 y 5.5 millones de años.

Las teorías evolucionistas más recientes (entre ellas la llamada *East Side Story* de Yves Coppens) afirman que la *divergencia entre los monos antropomorfos africanos y los hombres tuvo lugar hace más de 6 millones de años*²⁷ con la aparición del *Orrorin tugenensis*. Pero no es sino hasta hace 1.9 millones de años aproximadamente que se ha calculado la existencia de los primeros hombres, a este primer tipo de hombre se le ha denominado *homo ergaster*²⁸ Este ejemplar fue identificado con los restos completos del denominado “niño de Nariokotomo” que fueron encontrados en la década de 1980 en Tanzania, África. Dice Jean Hublin, que este hallazgo *debía permitir, por primera vez, el estudio anatómico pormenorizado del conjunto del esqueleto de un representante*

²⁷ Esta afirmación deriva del excepcional descubrimiento en el año dos mil, de tres yacimientos de restos de homínidos bípedos fosilizados en la cuenca del lago Baringo en Kenia, África. Resultado de las prospecciones y excavaciones en esa región realizadas a petición del gobierno Keniano, en donde se hallaron un total de 13 piezas entre las que se contaban fragmentos de mandíbula, dientes aislados... fragmentos de huesos largos y una falange. Véase Senut Brigitte *La aparición de la familia del hombre* en Coppens y Picq directores, Op. Cit. p. 168

²⁸ Hublin, Jean-Jacques *La conquista de los viejos continentes*, Coppens y Picq directores, op.cit. p. 352

*antiguo del género Homo*²⁹ y que estos hombres de acuerdo a sus características anatómicas y de comportamiento se considera que fueron capaces no sólo de adaptarse a entornos nuevos sino de colonizar, fuera de África territorios en los que se cree no existió antes ningún tipo de presencia humana.

En consecuencia, podemos afirmar que los humanos han conformado flujos migratorios desde que aparecieron en el planeta; es decir, que la migración es inherente al ser humano³⁰. Esta capacidad/necesidad humana de migrar es analizada a lo largo de esta obra.

4. La injerencia de los procesos asociados a la Revolución Neolítica en la historia de las migraciones internacionales.

El término *Revolución Neolítica* se debe al arqueólogo australiano Vere Gordon Childe y se refiere al conjunto de situaciones que resultaron del conocimiento y explotación humana de la agricultura y de la eventual transformación de la vida del hombre a sedentaria.³¹ También podemos entenderla según Félix Jiménez Villalba, en las propias palabras de Gordon, como

La primera revolución que transformó la economía humana dio al hombre control sobre su propio abastecimiento de alimentos. El hombre comenzó a sembrar, a cultivar y a mejorar por

²⁹ Ibidem p. 354 Esta explicación es necesaria porque nos permite identificar (cuando menos aproximada y temporalmente) científicamente el tiempo y el lugar en que el hombre o sus primeros antepasados ya totalmente diferenciados de los monos, empezó su vida en la tierra. Partiendo de esta base podemos entonces, siguiendo siempre las estimaciones científicas, establecer lo que se consideran los primeros movimientos migratorios en la historia de la humanidad.

³⁰ Para una explicación detallada de esta afirmación, consultar el ANEXO 1.

³¹ No considero relevante el referirnos en ese momento a las críticas que ha recibido esta denominación acerca del alcance del término y su justificación.

selección algunas hierbas, raíces y arbustos comestibles. Y también logró domesticar y unir firmemente a su persona a ciertas especies animales.³²

El planteamiento de esta definición forma parte de la teoría de Gordon llamada “Teoría de las revoluciones”, cuya primera referencia la hace a través de su libro titulado “Qué sucedió en la Historia” publicado en 1934.³³ Y la podemos describir brevemente de la siguiente manera:

La fase histórica denominada ‘Revolución Neolítica’ tuvo lugar desde hace más de 10,000 años y se caracterizó en términos generales, como una reacción transformadora del ser humano, al cambio climático que se produjo tras la última glaciación al comienzo del Holoceno correspondiente a la última época de la evolución geológica...” representa un “...cambio cualitativo en la evolución de los seres humanos caracterizado por asentamientos permanentes erigidos en territorios adecuados y el desarrollo de sociedades basadas en la producción y el reparto de excedentes económicos.³⁴

Afirma Müller que asistimos a la transformación de una cultura nómada que se distinguió por una economía depredadora que descansaba sobre la caza, la pesca y la recolección, en una cultura sedentaria cuya economía de tipo productora, se basaba en la agricultura y la ganadería principalmente.

Esta revolución, según Marcos Kaplan, se despliega en Egipto, Mesopotamia y el cercano Oriente, India y otras áreas de África y Asia gracias a, por un lado, la expansión, diversificación y concentración de la población,

³² Jiménez Villalba, Felix. *La teoría de las revoluciones en Vere Gordon Childe*. En *Anales del Museo de América*, Ministerio de Cultura, Madrid, España número 3, año 1995, p.162

³³ Idem.

³⁴ Müller, Klaus *El significado de la soberanía en el sistema internacional de estados. Origen, tipos y estadios de la estatalización*. En “Soberanía y juridificación de las relaciones internacionales”, Becerra y Müller coordinadores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM México 2010, disponible en Internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2790/pl2790.html> ISBN 978-607-02-1284-0

posibilitada por las condiciones ecosistémicas de excepcional fertilidad; y por el otro, a la técnica, el intercambio y las organizaciones.³⁵ De acuerdo a esto se crea una cadena de transformaciones sociales, culturales, organizativas y productivas, simultáneas y mutuamente interfirientes, lo que originó *conflictos de larga duración entre grupos de diferentes modos de producción y reproducción*.³⁶

Adicionalmente, este desarrollo al permitir la especialización en el trabajo, multiplicó las comunicaciones, los intercambios, los productos; alentó la exogamia y todo ello generó una complejidad social no vista hasta entonces.

El desarrollo de la especialización, de la heterogeneidad y la complejidad, trae aparejado o agrava la desigualdad, la dominación, la explotación, el parasitismo, las coacciones, la violencia interna y la guerra externa. Los conflictos se multiplican y profundizan, se entrelazan y activan recíprocamente...³⁷

Por ello es que las sociedades preestatales, a pesar de haber logrado el desarrollo descrito en los párrafos anteriores, no eran pacíficas, ya que no debemos olvidar que el desarrollo de uno significa el detrimento de otro, *pues la coexistencia y el intercambio entre sociedades diferentes estimulan innovaciones y alianzas, rivalidades y hostilidades... la guerra se generaliza, se vuelve endémica*.³⁸

De lo anterior podemos válidamente deducir el comienzo de lo que ahora se denomina “migración internacional”, puesto que gracias al modo de vida

³⁵ Kaplan, Marcos. *Los Estados antiguos y la globalización*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIII, número 98, mayo-agosto 2000 p. 649

³⁶ Idem

³⁷ Ibidem p. 642

³⁸ Idem.

sedentario que permitió la identidad de las personas con un territorio específico y al establecimiento de relaciones (sean bélicas o pacíficas) con otros grupos, el hombre estuvo consciente de la diferencia entre propios y extraños, al reconocer la existencia de hombres con los que debía relacionarse a pesar de no pertenecer a su grupo. Considero que en los individuos, miembros de las sociedades establecidas de este modo, existían motivos para desear permanecer en el territorio; a diferencia de sus predecesores no se veían ante la necesidad de buscar su alimento fuera, el grupo familiar era más grande y de algún u otro modo se creó entre ellos un lazo elaborado por las situaciones que compartían: el trabajo, la familia, el territorio.

Esta situación violenta en la que necesariamente se desenvolvían las sociedades neolíticas, que por un lado apuntaba hacía el progreso y por el otro, las enfrentaba entre sí, provocando y manteniendo guerras entre grupos de diferente organización económica, fue lo que originó ... *y aceleró el surgimiento de un sistema de protección en forma de sociedades sedentarias sometidas a la organización y al control de formaciones primarias de ciudades-Estados y Estados imperiales de carácter patrimonial.*³⁹

A la par de la génesis de estas formaciones jerarquizadas primarias, se desarrolló también un orden jurídico normativo. Esta afirmación no implica que dentro de las sociedades previas a la estatalización, en las que no existía un orden jerarquizado o una institucionalización del poder,⁴⁰ no existiera una regulación de la conducta externa de los individuos, pues dice Elman Service:

³⁹ Müller, *op. cit.* p. 8

⁴⁰ Service, Elman R. *Los orígenes del Estado y de la civilización*. Alianza Editorial, Madrid 1984

Para la supervivencia de un individuo cualquiera en la sociedad primitiva son totalmente importantes la cooperación, la alianza, el amor, las reciprocidades de todas las clases... Alabanza y reprobación, afecto y privación de éste, y otras sanciones sociopsicológicas parecidas constituyen reforzadores extremadamente poderosos en las sociedades pequeñas constituidas por miembros estables...⁴¹

Este tipo de regulaciones no jurídicas fueron de diferente cariz. Por un lado, podemos hablar de constreñimientos pacíficos como la aprobación grupal o de instituciones como el *Potlach*, pero también existieron formas violentas de compeler a los integrantes del grupo, o a integrantes de un grupo diferente, una de ellas fue la venganza.

Para los fines de este trabajo baste únicamente tener en cuenta que estos procesos de cambio en la vida del hombre, que propició la identidad territorial del mismo, devinieron en fundamentales para comprender las ideas de extranjería.

5. Ejemplos clásicos de la juridificación en torno a la migración.

La comprensión de las repercusiones que en el Derecho de migración actual ha tenido el desarrollo estatal, requiere un estudio sobre la evolución que han tenido las leyes a ese respecto.

⁴¹ Ibidem p. 102 En este punto es importante referirnos a la obra de Marcel Mauss "El Ensayo sobre el Don" en la que sostiene fundamentalmente, que el intercambio recíproco de objetos entre individuos del mismo grupo social o entre grupos sociales diversos, contribuye a la socialización, en virtud de que el don (o intercambio) construye sólidas relaciones de correspondencia, solidaridad y hospitalidad entre grupos e individuos, a la par que establece una normatividad específica de las relaciones sociales.

Ilustran sobre este tema, como sobre muchos otros, las normatividades griega y romana.

En la antigüedad griega, es pertinente hacer hincapié en que existe testimonio⁴² que desde cinco o seis milenios antes de nuestra era, el término *bárbaro*, fue utilizado para designar a las personas pertenecientes a un grupo social diferente al griego en su manera de hablar; sin embargo, esta primera acepción no revestía carácter peyorativo. Del mismo modo, representaba la alteridad griego/no griego⁴³ y es probable que este término no fue algo estático y definido desde el principio,⁴⁴ pues no todos los grupos sociales representaban lo mismo para los griegos; así, continúan diciendo Gardeñas y Santiago que:

En la fijación del concepto negativo de bárbaro influyó decisivamente el conflicto greco-persa que desemboca en las guerras médicas. Éste fue, sin duda, el primer desencadenante de la visión antagonica que acaba presentando al «bárbaro» como un antimodelo cultural caracterizado por el despotismo político y el primitivismo de sus costumbres. Un papel importante en el desarrollo de esta mentalidad le correspondió muy probablemente a la Atenas que, tras el final de las guerras médicas, encabezó la Liga Ático-Délica (constituida en 478-477), confederación de ciudades unidas teóricamente por el esfuerzo común de la defensa frente al peligro persa, pero que progresivamente va evolucionando hacia un auténtico imperialismo ateniense que sofoca con extrema dureza los intentos de defección de los confederados.

Sin hacer mayor referencia a la trayectoria histórica de este término, analizaremos a continuación la legislación ateniense. Nos centraremos

⁴² La Iliada de Homero, se calcula fue escrita entre el siglo VII y el V a.C. Canto II, verso 867

⁴³ En el siguiente capítulo se reflexionará sobre teorías que rescatan esta alteridad como la expuesta por Hardt y Negri en su obra Imperio.

⁴⁴ Gardeñas y Santiago, *Interacción de poblaciones en la antigua Grecia: algunos ejemplos de especial interés para el derecho internacional privado*, en Faventia: Revista de Filología Clásica, ISSN 0210-7570, Número 24, Fasc. 1, 2002.

únicamente en tres instituciones jurídicas conocidas como *constituciones*⁴⁵. Estos cuerpos normativos se identifican con lo que se conoce como “democracia Ateniense”, pues fueron promulgados en Atenas y en ellos se establecían instituciones jurídicas que sirvieron de base a las instituciones democráticas que rigieron la *polis*.

Tomando como base las obras “La Política” y “Constitución de los Atenienses” de Aristóteles, tenemos que en Atenas se manifestó un régimen excluyente en relación a los extranjeros, pero estas disposiciones fueron evolucionando hacia la inclusión junto con la democratización de la ciudad-Estado. Así tenemos que Solón⁴⁶ dispuso como principales reglamentaciones una reforma monetaria que impulsó el comercio en el Ática, discurrió sobre la manera en que debe tratarse a la muchedumbre, el reparto de la tierra; en general como él mismo lo dice en sus versos: “...*Esto con mi autoridad juntando a la vez fuerza y justicia/ lo realicé, y terminé como había prometido. Escribí leyes igualmente para el pobre y el rico, acomodando justicia recta para cada uno...*”⁴⁷ En lo que nos interesa, prohibió los préstamos con la fianza de la propia persona, lo cual es relevante puesto que anteriormente el pago de las deudas se saldaba con la esclavitud del deudor, y esto implicaba, la supresión de la ciudadanía de tal sujeto.

También decretó la atribución de la cualidad de ciudadano a los expulsados de otras ciudades o a los extranjeros que se instalaron en Atenas para

⁴⁵ Existen posiciones variadas respecto al carácter constitucional de estos cuerpos legales, yo considero que para este trabajo no es relevante hacer una reflexión amplia en ese sentido, así que los llamaremos constituciones, atendiendo a la aceptación generalizada de ese término, derivada de la calificación Aristotélica otorgada.

⁴⁶ Nació en Atenas y vivió durante el lapso comprendido entre los años 660 y 560 a.C. Como legislador, autor de la constitución que lleva su nombre, se esforzó por establecer a su ciudad en la justicia. Plasmó en versos poéticos sus ideas políticas y actualmente se cuentan sólo 250 versos suyos.

⁴⁷ Aristóteles. *Constitución de los Atenienses*. Gredos, Madrid, p 77

vivir y trabajar. Encontramos en Aristóteles que Solón mal visto por el pueblo y los nobles, sale de su país para no modificar las leyes y que una vez expatriado se intensifican las discordias políticas originando así tres partidos:

Uno el de los de la costa, que presidía Megacles, hijo de Alcmeón, quienes parecía que pretendían, sobre todo, una constitución moderada; otro el de los de la llanura, que procuraban la oligarquía, era su jefe Licurgo; el tercero el de los de la montaña, del que estaba encargado Pisístrato, que parecía ser el más demócrata. Formaban junto a éstos los que habían sido privados de sus créditos, debido a su pobreza, y los que no tenían pureza de linaje, por miedo... muchos participaban de la ciudadanía contra derecho.⁴⁸

De la cita anterior se desprende una directa alusión a la cuestión de la ciudadanía ateniense; el hecho de que el partido de Pisístrato tuviera esos adeptos, se ha interpretado como la existencia del temor que tenían de perder la ciudadanía si ganaba otra facción; además proporciona una auténtica referencia a la revisión de las listas de ciudadanos que se realizaba, cuando existía sospecha de que algunos fueron registrados impropiamente; así, sabemos que en el arcontado de Lisimáquides en el 445/4 a.C., según Plutarco⁴⁹ y en el de Arquías en 346 a.C., según Demóstenes,⁵⁰ se realizaron este tipo de revisiones.

De ello se colige que la ciudadanía era un bien preciado y que, como sucede en la actualidad, en la Atenas clásica se originaron situaciones de corrupción o falta de control administrativo en relación al otorgamiento de este

⁴⁸ *Ibidem* p. 80

⁴⁹ En *Vidas paralelas. Tomo II, Pericles*

⁵⁰ En *Contra Eubúlides*

derecho a las personas, con lo que podemos inferir que las diferencias de la esfera político-jurídica entre ciudadanos y extranjera eran significativas.

Más tarde la *constitución* de Clístenes⁵¹ giró sobre un eje fundamental: la reagrupación de los ciudadanos, pues *dividió a todos en diez tribus en lugar de cuatro, con la intención de mezclarlos, para que participase mayor número en el gobierno*⁵².

También dividió al país en tres regiones, cada una con 10 *demos*, y según Aristóteles hizo conciudadanos de *demo* a los que habitaban en cada región, de este modo alistó como ciudadanos a muchos extranjeros, esclavos, forasteros residentes o metecos.

Es posible identificar estas disposiciones con una política demográfica inclusiva, tendiente a homogeneizar de cierto modo la población, pues esta organización permitió una identificación o clasificación territorial de los individuos y no por linaje,⁵³ de modo tal que muchos extranjeros domiciliados en el Ática fueron inscritos como ciudadanos, así tenemos que los llamados metecos mezclados ahora con los ciudadanos originarios, sirven como ellos, en igualdad de actividad y fortuna, sus hijos reciben la misma educación y sobre ellos recaen las mismas obligaciones militares y fiscales; también son juzgados ante los mismos tribunales y bajo las mismas leyes (isonomía); se incorporan a la vida

⁵¹ 570-507 a.C., Aristóteles le atribuye el título de “jefe y caudillo del pueblo”, pues su partido, los Alcmeónidas, habían sido de hecho los principales reponsables de la expulsión de los tiranos. (Aristóteles, *op. cit.* p. 98)

⁵² *Ídem*

⁵³ De modo tal que el nombre de una persona se formaba por su nombre personal, el nombre personal de su padre y el nombre del *demo* al que pertenecía.

religiosa y moral de la ciudad, pero se deben abstener de participar de su vida política.

Esta situación política no se debe interpretar como una verdadera o “completa” ciudadanía, (Aristóteles los llamó “conciudadanos”) sino como un intento legislativo de ordenar e incorporar a los extranjeros a la dinámica social y económica de la *polis*. La dificultad de acceder a la ciudadanía ateniense, denota la rigidez jurídica que regulaba su otorgamiento.

Más adelante, sin embargo, bajo el arcontado de Lisícrates y a propuesta de Pericles, dice Aristóteles que se decretó que no participaría de la ciudadanía el que no fuere hijo de padre y madre ciudadanos:

Una ley de 451-450, propuesta por el propio Pericles, restringió la ciudadanía a los hijos nacidos de matrimonio legítimo entre dos cónyuges atenienses. Los otros no pueden serlo más que mediante una concesión individual, pues la ley los considera bastardos o extranjeros.⁵⁴

No obstante, continúa Aristóteles, cuando Pericles llega al poder, *ocurrió que la constitución llegó a ser más democrática; suprimió... atribuciones a los Aeropagitas y... indujo a la ciudad hacia el poderío naval, del cual resultó que la plebe, al adquirir confianza en la misma, acercó más a sí a toda la vida política.* Pero el debilitamiento del rigor jurídico, no redundó en una reconsideración de los criterios para el otorgamiento de la Ciudadanía, pues la condición de ser hijo de madre y padre ciudadanos subsistió hasta la época en que Aristóteles vivió en Atenas (alrededor del 335 a.C. aproximadamente).

⁵⁴ Aymard y Auboyer, *Historia General de las Civilizaciones*. Tomo I. Ed. Destino, Barcelona, p. 375

En esa época la Constitución de los Atenienses redactada por Aristóteles se ocupa de describir de qué manera se encuentra organizada administrativamente y fiscalmente la *polis*, así como del alistamiento de los jóvenes como ciudadanos y su entrenamiento militar. Además establece que *participan del gobierno los nacidos de padre y madre ciudadanos*,⁵⁵ así vemos que el reconocimiento de los derechos de ciudadanía corresponde al de carácter restrictivo que había impuesto Pericles; también dice que si se ha demostrado ante el Tribunal que un hombre *no es inscrito justamente como ciudadano, la ciudad lo vende...*,⁵⁶ esto quiere decir que el régimen jurídico aplicable a los extranjeros es desventajoso y se puede equiparar al del esclavo en el sentido de que un ente superior, en este caso la propia *polis*, tiene facultad de disponer de su libertad, pues se permite su venta. Y al referirse estas disposiciones al adiestramiento militar, tenemos que entonces sólo los ciudadanos podían servir al ejército.

Concluyo que por lo que hace a Atenas, y de acuerdo a las fuentes originarias consultadas, existía una clara diferenciación jurídica entre el ciudadano ateniense y el NO ciudadano ateniense o extranjero. Esta diferencia acarreaba consecuencias graves, pues como se ha visto, el no ciudadano era excluido de la vida política de la ciudad-estado, lo que implicaba no ocupar cargos públicos, ni externar opiniones o servir al ejército; pero no sólo eso, sino que podemos afirmar que carecía de personalidad jurídica totalmente, pues la *polis* podía disponer de su persona, incluso para venderlo.

⁵⁵ Aristóteles. *Op. Cit.* p. 154

⁵⁶ *idem*

Otro punto relevante es el hecho de que bajo el arcontado de Pisístrato se llevare a cabo un esfuerzo jurídico para incorporar a los No Ciudadanos a la sociedad ateniense, otorgándoseles la posibilidad de participar de la economía, la educación, es lo que hoy podría denominarse como una “política migratoria” de inclusión, con miras a lograr la homogeneidad social.

Esta breve referencia a la juridificación ateniense sobre la extranjería, resulta suficiente como ejemplo. Ahora, a manera de otro ejemplo, veremos cómo se contempló al extranjero en el Imperio Romano.

En Roma, el derecho evolucionó notablemente. Con el tiempo el orden jurídico romano logró la perfección y sistematización que, aunado a la penetración militar y expansión de los límites imperiales, hizo posible la trascendencia temporal y espacial de estas disposiciones.

En lo que interesa, de acuerdo a Eugene Petit,⁵⁷ el llamado Derecho Romano distinguía entre los esclavos y las personas libres, a su vez, las personas libres se podían clasificar en ciudadanos y no ciudadanos, esta clasificación se deriva de la posesión o privación del derecho de ciudadanía romana. *Al principio presentaba un grande interés en su origen cuando el ciudadano solo poseía el goce del Derecho civil romano. Pero las condiciones políticas y financieras hicieron otorgar poco a poco la cualidad de ciudadano a todos los habitantes del Imperio; así que, al principio del siglo III de nuestra era, esta distinción perdió la mayor parte de su importancia.*⁵⁸ El ciudadano romano goza de todas las prerrogativas que constituyen lo que se conoció como *jus civitatis*, estas

⁵⁷ Petit, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Ed. Porrúa, México 1967

⁵⁸ *Ibidem* p. 81

prerrogativas se traducen en la posibilidad de participar de todas las instituciones jurídicas tanto públicas como privadas. Se pueden enumerar, siguiendo a Petit de la siguiente manera:

- a) *Connubium*, aptitud de contraer matrimonio, la única que produce entre el padre y los hijos el poder paternal.
- b) *Commercium*, derecho de adquirir y transmitir la propiedad.
- c) *Jus suffragii*, derecho de votar en los comicios para hacer ley o elegir magistrados
- d) *Jus honorum*, aptitud de ocupar cargos públicos o religiosos.

Ahora bien, los no ciudadanos no participan, ni les era aplicable el derecho civil de Roma y sólo participan de las instituciones derivadas del *ius gentium*, éste se considera la primera institución jurídica que establece un cambio cualitativo en la manera de ver a propios y extraños o a ciudadanos o no ciudadanos romanos. Este cambio consiste en hacer una precisa distinción entre el romano y los demás grupos sociales.

Como una primera noción, podemos decir que el *ius gentium*, a diferencia del *ius civilis*, es el que se ocupa de establecer las instituciones en las que podían participar todas las personas que sin ostentar la ciudadanía romana se relacionaban con Roma y sus ciudadanos; se trataba de un “...*derecho privado internacional, que regulaba las relaciones comerciales entre los ciudadanos romanos y los no ciudadanos o “peregrini”, o las relaciones entre los no*

ciudadanos que acudían a la jurisdicción romana...".⁵⁹ Debemos decir que esta normatividad no es algo estático, ni se trata de un cuerpo legal emitido totalmente en un solo acto, sino que se nutrió de disposiciones aplicables a los no ciudadanos romanos que fueron emitidas y tuvieron vigencia en Roma durante aproximadamente seis siglos.

Gayo⁶⁰ (110-180 d.C) define al *ius gentium*, como:

Todos los pueblos, los cuales están regidos por leyes y por costumbres, siguen en parte un derecho que les es propio, en parte un derecho que es común a todos los hombres. En efecto, el derecho que cada pueblo se ha dado a sí mismo le es propio y se llama derecho civil, es decir, el derecho propio de la ciudad, mientras que aquel derecho que la razón natural establece entre todos los hombres y es observado por igual por todos los pueblos es llamado derecho de gentes, es decir, el derecho usado por todas las gentes. Es por eso que el pueblo romano está regido en parte por su propio derecho y en parte por un derecho común a todos los hombres.

La definición transcrita presenta dos elementos independientes pero íntimamente relacionados.⁶¹ Existe una comunidad con todos los pueblos y el *ius gentium* está fundado en la *naturalis ratio*. Esta *naturalis ratio* sería el principio de la razón universal, inherente a la naturaleza humana, por lo que su observancia es absoluta y debido a esto no puede ser desconocida por ningún hombre. Ello llevaría a reconocer la existencia de un Derecho común que rebasa las particularidades jurídicas derechos locales, en base a una objetiva realidad de las cosas, teniendo

⁵⁹ Adame Goddard, Jorge. *El concepto de contrato en el ius gentium*, disponible en www.works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1164.html, fecha de consulta 16 de octubre de 2010.

⁶⁰ Gayo, *Institutas*, Abeledo Perrot, ed., Di Pietro, Alfredo, trad., Buenos Aires, 1987, dice Ortiz Treviño que las *Institutas* son una especie de texto para la enseñanza del derecho.

⁶¹ Guarino, Antonio. *L'ordinamento giuridico romano*. 3a. ed. Napoli: Jovene, 1959. p. 246; LOMBARDI, Gabrio. "*Diritto Umano e Ius Gentium*." En: *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)*. Roma: Pontificium Institutum Utriusque Iuris, 1950, No. XVI, p. 263

por ello el *ius gentium* una especie de vigencia universal e indeterminada. Por esto es que se ha identificado al *ius gentium* con el derecho natural. Esta identidad no resulta relevante para los propósitos de este primer capítulo.

Lo relevante consiste en observar cómo una reglamentación jurídica que fue emitida con el objeto de dirimir cuestiones del fuero común, pero en las que se relacionaban no ciudadanos romanos, es decir, se tuvo en la antigua Roma la visión vanguardista de prever jurídicamente la reglamentación de conductas civiles de los extranjeros, en vez de someterlos a cierto tipo de segregación o negarles el ejercicio de derechos o el acceso a la justicia; de modo tal que la consecuencia necesaria fue la incorporación de estos *peregrini* al orden social romano. Y tenía que ser así, dadas las características de su expansión territorial como herramienta de su imperialismo.

Empero, el Derecho Romano no admitía de manera amplia el reconocimiento de los derechos internos de otros pueblos; es más, el concepto mismo de *ius gentium* apunta a una porción del Derecho Civil Romano aplicable a los *peregrini*, bajo un presupuesto de universalidad, y no a la incorporación o aplicación de normas jurídicas ajenas. Este concepto de *ius gentium* como el conjunto de normas e instituciones precisados por el *praetor peregrinus*⁶² y entendido como parte del Derecho Romano aplicable a las relaciones entre romanos y *peregrini* es una concepción técnica, diversa a la identidad que se pretende hacer entre este derecho y el derecho natural.

Otro punto importante lo constituye la preeminencia que llegó a obtener el concepto de *ius gentium*, pues representó no sólo lo dicho en el párrafo anterior,

⁶² Petit, Eugene. Op. cit.

sino que se le ha etiquetado como el primer antecedente derecho internacional; esto es: forma la base histórica sobre la cual se edificó el complejo de normas jurídicas que regulan las relaciones entre diferentes grupos sociales, y no sólo entre ellos sino entre los individuos y los grupos sociales a los que no pertenecen, y entre individuos de diferente grupo social. Se le puede considerar, pues, como el antecedente histórico-jurídico del Derecho Internacional, tanto Público como Privado.

Podemos decir que los no ciudadanos, fueren *peregrini* o *latini* carecían de las prerrogativas civiles y políticas que gozaban los ciudadanos, aunque la Ciudadanía se podía llegar a perder, si ocurría cualquiera de los supuestos expuestos por Petit: por todas las causas de reducción a esclavitud; por el efecto de ciertas condenas; o, por abandonar voluntariamente la patria para hacerse ciudadano de otra ciudad extranjera. En este último caso entraba bajo la jurisdicción del *ius gentium*.

Un dato histórico relevante a nuestra investigación, resulta de la concesión del derecho de ciudadanía a todos los individuos del Imperio. Refiere el autor que de acuerdo a Tácito los emperadores Claudio y Marco Aurelio hicieron amplias concesiones en ese sentido, pero fue Antonino Caracalla quien a través de un edicto del año 212 d.C. *concedió la cualidad de ciudadanos romanos a todos los **habitantes** del Imperio*; ello se debió a un interés fiscal, de modo tal que esta concesión se puede interpretar como una estrategia para ampliar la base de los contribuyentes, pero que tuvo relevancia política, pues como hemos visto los ciudadanos eran aptos de ocupar cargos públicos. Así *desde entonces no hubo más peregrinos que los condenados a penas, significando decadencia del*

derecho de ciudadanía los libertos y los bárbaros que servían en las armas romanas: ya no hubo más latinos que los libertos latino-junianos.

Aun cuando el Imperio Romano de Occidente se desintegró aproximadamente 200 años después del mandato de Caracalla, estos ejemplos son suficientes para nuestro propósito de ilustrar con ejemplos, la normatividad jurídica que ha regido a la migración.

CAPÍTULO DOS

El Sistema Mundial de Estados y su impacto en la transnacionalización de la migración.

1. Categorías filosóficas como elementos analíticos de la migración.

La muerte de decenas de migrantes mexicanos, principalmente, comenzó a saturar la morgue de Pima, en Arizona..., así comienza el artículo que bajo el título “Migrantes saturan morgue de Arizona”, llenó la primera plana del Universal el 24 de marzo de 2013⁶³. El artículo continúa relatando que en poco más de diez años, esa instalación sanitaria, recibió mil ochocientos cadáveres de personas mexicanas y centroamericanas; que irónicamente, al alcanzar el objetivo soñado y tras el éxito de cruzar el territorio mexicano y la frontera más militarizada del mundo entre países que no están en guerra, murieron víctimas del desierto o accidentes automovilísticos.

La nota informa también, que los restos de esas personas no son identificables, pues no llevaban consigo ningún tipo de identificación; que si vienen desde Centro o Sud América, tampoco existe ningún registro de su ingreso o salida de México. Por ello, continúa el artículo, se ha creado un método sofisticado de reconocimiento de personas, compuesto por una base de datos creada por los registros dentales o de ADN extraídos de los cadáveres que servirán para

⁶³ García, Adriana, “Migrantes saturan morgue en Arizona”, *El Universal*, Año: 96, número 34,841, México, 24 de marzo de 2013, páginas A-1, A-14 y A-15.

otorgarles una identidad en caso de ser solicitada, previas las confrontaciones científicas requeridas.

Elo implica que las personas que ingresaron de manera indocumentada y por lugares diferentes a los establecidos para el tránsito internacional de personas a los Estados Unidos o a México, se encuentran desde el inicio en una situación de abandono, calificada por su inexistencia jurídica.

Ahora, según la nota, esos cadáveres pertenecen a personas que fallecieron en el desierto en condiciones imposibles de determinar individualmente o víctimas de accidentes automovilísticos, tales eventos generan la reflexión sobre la eficacia del derecho. Pues podríamos cuestionar si, bajo determinadas circunstancias, la privación de la vida no genera una responsabilidad individual contra el agresor; o si es lícito para el Estado dejar de prestar auxilio a una persona en caso de extrema necesidad; o si los homicidios perpetrados en lugares que por sus características se encuentran alejados de la urbanización o de las sedes del poder político, deben quedar impunes.

Estas situaciones revelan la existencia de personas que puedan ser excluidas de la protección estatal e incluso puedan ser privadas de la vida impunemente. Derivado de ello, podemos afirmar que las políticas migratorias, no sólo en Estados Unidos y México, sino también en otros países atractivos para la migración, no satisfacen las obligaciones que les impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; más aún, ni siquiera cumplen con la obligación de otorgar seguridad a todas las personas y bienes que se encuentren bajo su jurisdicción en ejercicio de su soberanía territorial, cometido esencial del Estado.

La nota periodística que se comenta es sólo una entre las que diariamente se publican y que coinciden con las quejas e informes que han emitido instancias, tanto gubernamentales como no gubernamentales, en los últimos años.

A fin de interpretar los hechos relatados, recurrimos a una de las teorías que discuten actualmente la soberanía estatal y su ejercicio: la *Biopolítica*, formulada por Michel Foucault en 1979. La idea la desarrolla dentro del capítulo “Derecho de muerte y poder sobre la vida” de su obra *Historia de la Sexualidad*⁶⁴, y constituye uno de los polos de desarrollo del *biopoder*.

El biopoder lo entiende como el poder que el soberano tiene sobre la vida, mismo que tiene su origen en la figura del derecho romano de la *Patria Potestas*, por virtud del cual, el padre tenía la potestad o facultad de disponer de la vida de sus hijos y sus esclavos, bajo el razonamiento que se si él les había *dado* la vida, en consecuencia podía quitárselas.

Con base en esta *Patria Potestas* (evolucionada), el soberano puede disponer de la vida de sus súbditos, aunque en la actualidad ya no abierta y libremente, sino que esta facultad se encuentra condicionada. Una de esas condiciones a las que se sujeta, se refiere a la intención del enemigo de derribarlo o discutir sus derechos; la otra consiste en la guerra, pues ante ese evento es lícito exponer las vidas de sus súbditos mediante su participación en el conflicto bélico, aun cuando ni el conflicto, ni la participación del súbdito se ordenen o lleven a cabo con la finalidad particular de acabar con sus vidas, es decir, nos hallamos frente a lo que Foucault denomina *Derecho indirecto sobre la vida*.⁶⁵ Otra

⁶⁴ Foucault, Michel. *Historia de la Sexualidad*, p. 161

⁶⁵ *Idem*

condición que se debe verificar, se refiere al atentado que el súbdito haga contra la vida del soberano y en ese sentido recibirá aquél la muerte como castigo directo. De modo tal que ya no es un privilegio absoluto de la persona soberana sino que es necesario satisfacer determinadas condiciones.

En este punto Foucault se pregunta si esa defensa de la vida del Soberano a través del sacrificio de sus súbditos, es una alusión al estado de naturaleza de Hobbes en donde cada uno tiene derecho a defender su vida inclusive al precio de la muerte de otros, o es un derecho nuevo y específico que nace con el soberano, y que además ha sufrido ciertas variantes, pues ya no podemos hablar de un derecho de vida o muerte sino de un derecho de hacer vivir o dejar morir.

Aun cuando parezca que esta facultad ha estado presente a lo largo del desarrollo del Estado, el autor señala que cobra relevancia a partir del siglo XIX, en el que el Estado ha adquirido un *formidable poder de muerte*, gracias a, entre otras cosas; que las guerras son más sangrientas y destructivas y que éstas no se realizan ya en nombre del soberano (príncipe, rey, nación), sino en nombre de la existencia de todos, o sea *matarse unos a otros por la necesidad de vivir*. De este modo el Estado o el soberano se han instituido en *Gerentes de la vida y la supervivencia*, lo que complementa eficazmente un poder que se ejerce positivamente sobre la vida, ya sea administrándola, aumentándola, multiplicándola, imponiéndole controles precisos.

Como resultado del desempeño de esta “gerencia sobre la vida y la supervivencia”, han aumentado los muertos en las guerras y enfrentamientos y han disminuido las ejecuciones como pena capital, en parte también porque la

pena de muerte contradice la esencia de la administración vital, que se entiende como el sostenimiento o multiplicación de ésta; pero se mantiene aún vigente apelando a la *monstruosidad* del delincuente o criminal, es decir se justifica la pena de muerte cuando el culpable es presentado como un riesgo para la supervivencia de los demás, como un *peligro biológico* para la sociedad.

Foucault dice que este poder sobre la vida se desarrolló en el S. XVII en dos formas diversas⁶⁶, a saber:

a) *Anatomopolítica* o política del cuerpo humano, en donde se considera al cuerpo como una *máquina* que puede ser moldeada, afinada, perfeccionada en su educación, en el aumento de su fuerza y de sus aptitudes, haciéndola útil y dócil para su inserción en sistemas de control eficaces y económicos.

b) *Biopolítica* de la población, fenómeno que se presentó en la segunda mitad del siglo XVIII y que se enfocó al *cuerpo-especie*, que sirve de soporte a los fenómenos biológicos como son los nacimientos, la mortalidad, la salud, la longevidad, y que se concibe como la utilización de controles reguladores sobre esos procesos.

Así pues estas dos facetas del *Biopoder*, reformularon la potencia de la muerte representada por la antigua *Patria Potestas* romana (símbolo del poder soberano), como la *administración de los cuerpos* humanos; y no sólo eso, sino que el *biopoder*, resulta ser un elemento indispensable del capitalismo debido a la integración controlada de los cuerpos en el aparato de producción y mediante un *ajuste de los fenómenos de población a los procesos económicos*.

⁶⁶ Ibidem p. 168

La teoría aquí descrita clasifica a la *anatomopolítica* y a la *biopolítica* como técnicas del poder que se ejercen sobre la población a través de las escuelas, cuarteles, talleres así como en las prácticas políticas y económicas sobre los procesos biológicos mencionados, la vivienda y la migración.

El surgimiento de una sociedad normalizadora, fue una de las consecuencias del ejercicio del poder soberano sobre la vida (*biopolítica*) o mejor dicho, de la proliferación de las tecnologías políticas que invadieron *el cuerpo, la salud, la manera de alimentarse y alojarse, las condiciones de vida, el espacio entero de la existencia*,⁶⁷ incluido el lugar donde residir, por la razón de que la norma ha adquirido gran importancia y ha penetrado en gran parte de los ambientes en que se desarrolla la vida. Además de que *la ley no puede no estar armada*, y el arma que por antonomasia la ha acompañado es la muerte (la espada en Hobbes), lo que como hemos referido constituye una contradicción con la *biopolítica*, pues un poder que tiene a su cargo la vida necesita *mecanismos continuos, reguladores y correctivos*, a través de los cuales la soberanía se manifiesta no como una amenaza de muerte sino de distribución de lo viviente en un *dominio de valor y utilidad*.

Este tipo de poder debe calificar, medir, apreciar y jerarquizar a los súbditos, *más que manifestarse en su brillo asesino*; y continúa diciendo Foucault, que no por ello desaparecerá la ley, pero sí que funcionará más como una norma, y así nos encontramos con constituciones escritas desde la Revolución Francesa y una intensa actividad legislativa⁶⁸ lo que el autor califica como una *fase de*

⁶⁷ *Ibidem* p. 174

⁶⁸ En México por ejemplo, existen más de 4,000 leyes, sin contar otras normas jurídicas

regresión de lo jurídico. Y hoy en día tenemos que la vida se ha convertido en *la apuesta de las luchas políticas*.⁶⁹

La nuda vida. La Biopolítica en Agamben.

Giorgio Agamben, en su obra *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, abunda en la noción de la *Biopolítica* acuñada por Foucault, pero en ella encontramos algunas precisiones con las que podemos identificar algunos de los rasgos de la política migratoria actual desplegada por algunos Estados.

Esta obra de Agamben tiene como protagonista a la nuda vida, *aquella a quien cualquiera puede dar muerte pero es a la vez insacrificable del homo sacer*.⁷⁰ El *homo sacer* es un figura jurídica que el autor retoma del derecho romano arcaico, y que Festo⁷¹ en su tratado *Sobre la significación de las palabras*, definió de la siguiente forma:

Hombre sagrado es, empero, aquél a quien el pueblo ha juzgado por un delito; no es lícito sacrificarle, pero quien le mate, no será condenado por homicidio. En efecto, en la primera ley tribunicia se advierte que 'si alguien mata a aquel que es sagrado por plebiscito, no será considerado homicida'. De aquí viene que se suela llamar sagrado a un hombre malo e impuro.⁷²

Agamben sostiene que la vida objeto de regulación y normalización política o soberana, referida por Foucault no es distinta a **nuda vida propia del**

⁶⁹ Esta idea se clarificará más adelante, cuando desarrollemos la teoría del *Homo Sacer*.

⁷⁰ Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, España, Pre-Textos. 2010 p. 18

⁷¹ *Ibidem* p. 93. El trabajo de Festo, *Sobre el Significado de las palabras (Sexti Pompeii Festi de verborum significatu / significatione)*, es un diccionario de palabras y expresiones latinas. Su contenido es lingüístico pero también ofrece información sobre la historia, la sociedad, la política, la religión y la topografía de Roma en sus primeros siglos. Se ha considerado un documento importante para el conocimiento del mundo romano antiguo.

⁷² *Ibidem* p. 94

homo sacer, coincidente con el concepto griego de zoé, pues según explica los griegos poseían dos vocablos diferentes para referirse a la vida;⁷³ pero también sostiene que a través de esa *oscura figura* del homo sacer, la vida humana ya se incluía en el orden jurídico *únicamente bajo la forma de su exclusión*; en consecuencia, la teoría foucaultiana debe corregirse o completarse, ya que la vida como tal (zoé/nuda vida) ha sido incluida desde la antigüedad en el Derecho. Por ello es insostenible la tesis de que tal inclusión es un rasgo distintivo de la modernidad, Agamben lo manifiesta de la siguiente forma:

...lo que caracteriza a la política moderna no es la inclusión de la zoé en la polis, en sí misma antiquísima, ni el simple hecho de que la vida como tal se convierta en objeto eminentemente de los cálculos y de las previsiones del poder estatal: lo decisivo es, más bien, el hecho de que, en paralelo al proceso en virtud del cual la excepción se convierte en regla, el espacio de la nuda vida que estaba situada originariamente al margen del orden jurídico, va coincidiendo de manera progresiva en el espacio político, de forma que exclusión e inclusión, externo e interno, bios y zoé, derecho y hecho, entran en una zona de irreductible indiferenciación.⁷⁴

De esta cita se desprende la idea política fundamental de la obra. En efecto, el argumento de Agamben se erige en el sentido de que la biopolítica de Foucault yerra al considerar novedoso o propio de la modernidad la inclusión de la nuda vida (lo excluido) en el orden jurídico, pues esa es precisamente la naturaleza de la figura *Homo Sacer*; y que lo que debemos considerar es la configuración del Estado de Excepción que no es otra cosa que esa “zona de

⁷³ uno de ellos era precisamente zoé que expresaba el simple hecho de vivir, es decir la existencia como tal, y podría atribuirse no sólo a los hombres, sino a los animales, a los dioses, a todo lo que vive; el otro es bios, que se refería a la forma o manera de vivir propia de un individuo o un grupo. *Ibidem* p.9

⁷⁴ *Ibidem* p. 19

irreductible indiferenciación” donde coinciden inclusión y exclusión, *zoé* y *bíos*, hecho y derecho, y desde su punto de vista las características de existencia del Estado de Excepción en la actualidad es lo que se debe considerar a través de las reflexiones biopolíticas.

La indiferenciación señalada, podemos entenderla como resultado la instauración de un *permanente* estado de excepción, lo que implica que a pesar de existir un orden jurídico vigente y un mecanismo estatal capaz de coaccionar la observancia de ese orden jurídico, existen situaciones en las que *desaparecen* las características esenciales del derecho, merced la voluntad política del soberano y por ende, es imposible diferenciar lo legal de lo ilegal, de ahí que Agamben sostenga las coincidencias establecidas en el párrafo anterior,

Para entender lo que implica tal Estado de Excepción, es menester recurrir a las consideraciones teóricas de Carl Schmitt y del propio Agamben en torno a la soberanía. Este último presenta lo que ha llamado la *paradoja de la soberanía* y dice que tal paradoja se enuncia así: “El soberano está, al mismo tiempo, fuera y dentro del ordenamiento jurídico,”⁷⁵ ya que es el único facultado para declarar el estado de excepción con lo que se suspende la validez del orden jurídico mismo, lo que trae como consecuencia, según Schmitt, que caiga “fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida”⁷⁶, de modo que una (la principal) de las atribuciones soberanas es la suspensión del estado de derecho o de la vigencia de la ley, lo que de ningún modo se traduce en

⁷⁵ Ibidem p. 27

⁷⁶ Idem.

caos o anarquía, pues generalmente, esta atribución se ejerce para salvaguardar la subsistencia del Estado y defenderlo de agresiones externas; Schmitt, en relación a esto establece la excepción da cabida a la *decisión*, un concepto eminentemente jurídico pues al ser el derecho exclusivo de una situación determinada creada por el soberano, éste la garantiza en su totalidad y así *asume el monopolio de la última decisión*.⁷⁷

Como mencionamos antes, el concepto de excepción sólo se entiende si va ligado al de soberanía y Agamben utiliza el propuesto por Schmitt según el cual el soberano termina ubicándose en esa zona de indistinción (excepción) que lo mantiene dentro y fuera de la ley a la vez y supone que la vigencia del orden legal implica necesariamente una división entre el dentro y el fuera de la ley, pero lo supera de la siguiente forma:

Si la excepción es la estructura de la soberanía, ésta no es, entonces, ni un concepto exclusivamente político, ni una categoría exclusivamente jurídica, ni una potencia exterior al derecho (Schmitt), ni la norma suprema del orden jurídico (Kelsen): es la estructura originaria en que el derecho se refiere a la vida y la incluye en él por medio de la propia suspensión.⁷⁸

de aquí obtenemos que *la relación originaria de la ley con la vida no es la aplicación -de la ley sobre la vida- sino el Abandono*⁷⁹ de la vida.

Lo que se clarifica con la relación de la evolución del *nomos* griego que expone más adelante, desde Píndaro, siendo en él donde en primer lugar se

⁷⁷ Ibidem p. 28 Esta última decisión ya se vislumbraba quizá en Bodin al atribuir al soberano la facultad de juzgar en última instancia.

⁷⁸ Ibidem p. 43

⁷⁹ Ibidem p. 44 La palabra abandono significa en este contexto exclusión, de acuerdo a la amplia explicación que el traductor del volumen consultado hace sobre el desarrollo del vocablo bando.

relacionan *Bía* y *Diké*,⁸⁰ la violencia y la justicia, conceptos contradictorios para los griegos, según dice; después de Píndaro, Solón también revela esa relación y Hesíodo por el contrario establece que el *nomos*, es lo que separa esos dos conceptos. El autor califica a Píndaro como el “primer gran pensador de la soberanía” pues considera que *el nomos soberano es el principio que, reuniendo derecho y violencia, los hace caer en el riesgo de la indistinción*,⁸¹ si atendemos a esa idea, el soberano es el punto de indiferencia entre derecho y violencia, es el punto en el que el derecho se hace violencia y viceversa.

Cita también Las Leyes de Platón⁸² y desprende de ahí que la ley tiene poder conforme a la naturaleza y en esencia es un poder no-violento, por lo que considera Agamben que lo que importa a Platón es *precisamente neutralizar la oposición que... para Píndaro, justificaba la oposición soberana de Bía y Diké*,⁸³ asevera también que toda la argumentación del libro X de Las Leyes apunta a la desarticulación de esa oposición, concluyendo que cuando Platón dice que “la ley debe reinar sobre los hombres y no los hombres sobre la ley”, lo que hace es afirmar el carácter “natural” no-violento de la ley.⁸⁴ Lo que se interpreta entonces es que Agamben encuentra un refuerzo en Platón de su tesis sobre la indistinción de la ley y la naturaleza o del *nomos* y la *physis*.

La contraposición entre *nomos* y *physis*, es lo que ha nutrido la teoría clásica pues el orden jurídico (*nomos*) impuesto por el soberano sólo se explica por la existencia del estado de naturaleza (*physis* o fuera de la ley) que acarrea la

⁸⁰ Ibidem p. 46

⁸¹ Ibidem p. 47

⁸² Ibidem p. 50

⁸³ Idem

⁸⁴ Idem

incertidumbre y el temor de los miembros del grupo social, pues en tal estado la vida de los hombres está expuesta a la amenaza de la muerte. Por ello en la concepción de la soberanía de Hobbes, la vida estaría expuesta permanentemente al peligro de muerte, pues el estado de naturaleza permite a todos ser violentos, por lo que el hombre deberá tratar de cuidarse o protegerse de todo aquél que sea más fuerte, hábil o violento que él, por lo que es *esta misma identidad de estado de naturaleza y violencia lo que justifica el poder absoluto del soberano*,⁸⁵ pues ese poder absoluto lo faculta para ejercer en exclusiva la violencia. Esto acarrea según Agamben, la incorporación del estado de naturaleza, a través de la violencia soberana, a la vida social del Estado.

La soberanía se presenta, pues, como una incorporación del estado de naturaleza en la sociedad, o... un umbral de indiferencia entre naturaleza y cultura, entre violencia y ley, y es propiamente esta indistinción la que constituye la violencia soberana específica.

Acusa el autor que en la actualidad sucede que el estado de excepción donde la ley se disuelve y el soberano realiza todo lo que considera necesario no tiene ya un lugar localizable y exclusivo donde existir y coincide en *todas partes con el ordenamiento normal, en el cual todo se hace así posible de nuevo*.⁸⁶

En este punto y para redondear la idea de soberanía en Agamben, que nos servirá para explicar los fenómenos que ocurren en torno a la inmigración irregular, volvemos sobre la figura del *Homo Sacer*.

⁸⁵ Ibidem p. 51

⁸⁶

Hemos dicho que es el hombre juzgado por un delito al que cualquiera puede matar impunemente pero que no es sacrificable; estos elementos conceptuales, la impunidad de matar y la insacrificabilidad, los explico a continuación: el hombre sagrado u *homo sacer*, es insacrificable en el entendido de que no es digno de tener una muerte ritua; es decir, no reúne los requisitos necesarios para rendirle deferencia a la hora de morir y no cae en los supuestos de los procedimientos de purificación en el paso a la muerte, por ello es que pende sobre él la violencia, al ser posible que cualquiera le quite la vida; es decir, no puede el soberano aplicarle la pena capital y tampoco ha sido consagrado a ninguna divinidad porque es un hombre que de algún modo u otro está maldito,⁸⁷ pero por lo mismo cualquiera puede asesinarlo y tal conducta no estará sancionada por la ley penal y quedará impune, como sucede con los delitos cometidos en torno a los migrantes indocumentados.

Estas condiciones implican una doble excepción, por un lado la excepción de la ley humana, pues al no tipificarse su muerte violenta a manos de otro como un homicidio, debemos asumir que la vida de ese hombre no constituye un bien jurídicamente tutelado; y por el otro la excepción de la ley divina, ya que el vocablo sacrificio remite a la divinidad en el sentido de que los sacrificios (humanos) constituyen un ritual dirigido esencialmente a los dioses o a una instancia trascendental; por ello es que el *homo sacer* soporta una doble excepción al no situarse dentro de los supuestos protegidos por el derecho humano ni por el divino. O como dice Macrobio a través de Agamben “ *no sólo la*

⁸⁷ Esta maldición obedece a la ambivalencia de la sacralidad que expone Agamben y que podemos relacionar con las ideas de Sigmund Freud referentes al *tabú*.

prohibición de la inmolación excluye, en efecto, cualquier equiparación entre el homo sacer y una víctima consagrada, sino... la licitud de matarle implicaba que la violencia que se le hacía no constituía sacrilegio⁸⁸ ni delito alguno.

Relacionando los párrafos que preceden, hemos visto que la soberanía es intrínsecamente paradójica al encontrarse dentro y fuera de la ley a la vez, es decir en el estado de excepción, pues sólo será soberano el que decida la aplicación del derecho cuando ha suspendido la vigencia del mismo; también hemos visto que el *homo sacer* es un hombre que al estar preso en una doble excepción, se ubica precisamente dentro y fuera de la ley a la vez, lo que hace comprensible la afirmación de que:

Soberana es la esfera en que se puede matar sin cometer homicidio y sin celebrar un sacrificio; y sagrada, es decir expuesta a que se le de muerte, pero insacrificable, es la vida que ha quedado prendida en esa esfera.⁸⁹

Su ubicación dentro y fuera de la ley es la forma en que la vida ha quedado prendida en la esfera soberana; o en otras palabras está presa en el *bando soberano*, y la conclusión de este razonamiento es que la vida considerada sagrada es justamente a la que nos referimos y por ende, tenemos que aceptar que la *contribución originaria de la soberanía*, es precisamente la creación o fabricación de la nuda vida; y es en este punto en donde se genera la coincidencia sustancial entre la *Biopolítica* de Foucault y la *Nuda Vida* de Agamben; pues en ambos casos el soberano (detentador de la *Patria Potestas*) incide y decide sobre la esencia *zoé* (si puedo llamarlo así) del hombre y es por

⁸⁸ Agamben, op. cit. p. 107.

⁸⁹ Ibidem p. 109

este motivo que estas teorías demuestran un cambio cualitativo en la concepción del Estado; a más de que en las mismas se sostiene la (paradójica también) sujeción de la vida al *poder de muerte* soberano a partir de la promulgación de los derechos humanos en los que se considera la vida humana como sagrada, pues esta

...sacralidad es la forma originaria de la implicación de la nuda vida en el orden jurídico político y el sintagma *homo sacer* designa algo como la relación 'política originaria', es decir, la vida en cuanto, en la exclusión inclusiva, actúa como referente de la decisión soberana.⁹⁰

En vista de esto es que la relación de las personas con el poder ya jurídico, ya político, no se clasificarían ya como soberano/súbdito o ciudadano, sino como soberano/*homo sacer*, pues se considerará soberano a quien frente a él los demás sean *homo sacer* aunque sea en potencia, como el caso de todos las personas que ya emigraron y todo el cúmulo de personas que son emigrantes en potencia, y así más adelante, sobre la teoría de Hobbes, manifiesta que en el estado de naturaleza no se actualizaba en estricto sentido una lucha de todos contra todos, sino de cada quien contra todos los demás, por lo que la idea de que el hombre es un lobo para el hombre, significa para Agamben que el hombre es un *homo sacer* para el hombre, es decir que cada hombre representaba un *homo sacer* ante los demás.

El sometimiento de la nuda vida o del *homo sacer* al bando soberano constituye el origen de la estructura propiamente soberana, por ello en la

⁹⁰ Ibidem p. 111

modernidad la vida se sitúa notoriamente en el centro de la política, es decir por ello el nacimiento de la *Biopolítica*.

Por último, y sólo como ejemplo, en la teoría de Agamben, se utiliza al *campo de concentración* como el referente empírico del estado de excepción, pues dice que los campos son los recintos que no nacen del derecho ordinario, *sino del estado de excepción y de la ley marcial*⁹¹, en una expresa referencia a los centros de reclusión nazi.

Lo relevante de ese ejemplo en este estudio, es la afirmación de la actualización de la existencia de este lugar, nacido bajo un estado de excepción y, por ende, contrario al derecho, al *nomos*, se prolonga en el tiempo más allá de la existencia del estado de excepción, es decir, subsiste al estado de excepción, en ese momento este lugar excepcional se convierte en algo normal, regular, y cita el autor al jurista Werner Spohr: *a través de la suspensión de los derechos fundamentales el decreto da lugar a un estado de excepción querido con la vista puesta en la realización del Estado nacionalsocialista*⁹².

Con ello el autor justifica la subsistencia de estos lugares al estado de excepción por la voluntad de las autoridades y aun más cita a Carl Schmitt que sostuvo como *fuerza primaria e inmediata* del derecho al gobernante. Debemos agregar para Schmitt las decisiones del líder o soberano no se convertirán eventualmente en ley, sino que son ya de hecho ley, son fuerza primaria del derecho, lo que me recuerda la frase de Hobbes *auctoritas non veritas facit legem*.

⁹¹ Ibidem p. 213

⁹² Ibidem p 214

Entonces podemos aceptar la idea de que el campo de concentración se encuentran a la vez dentro y fuera del derecho, en esa *zona de irreductible indiferenciación*, donde tiene cabida la nuda vida, el *homo sacer*.

Hoy en día, los desiertos, las fronteras, “La Bestia”, las miserables embarcaciones que surcan diariamente el golfo de México, el Mediterráneo, las costas Australianas; los grandes ingenios o campos agrícolas de producción; las fábricas infames; los burdeles, las minas; es decir todos los lugares donde los migrantes irregulares se ven en la necesidad de penetrar y “trabajar” a cambio de obtener el “mejor nivel de vida” que en ese momento se constriñe únicamente a la conservación de la vida, se identifica con esas *zonas de irreductible indiferenciación*, donde las personas se ven reducidas a cuerpos explotables y tolerables por la única razón de ser útiles a la producción capitalista o a la actividad criminal.

En esas *zonas* se ha instalado un *permanente* estado de excepción donde el orden jurídico se ve indefinidamente suspendido y hace posible la muerte impune de seres humanos que resulta en la multiplicación de cadáveres sin identidad, sin nacionalidad y, por ende, en ese oscuro espacio se encuentra con el soberano en donde éste posee la capacidad de disponer de la vida o en otras palabras, de ejercer efectiva y realistamente su *poder de muerte*.

2. La configuración del Sistema Mundial de Estados

En orden de abordar lo que en la teoría se ha denominado Sistema Mundial de Estados, es menester conocer al Estado en sus elementos y en su

evolución teórica; por ello, este capítulo presenta una aproximación a la teoría clásica del Estado.

La Teoría del Estado incluye la Soberanía entre los elementos político-jurídicos constitutivos del Estado.⁹³ Jean Bodin definió en 1576 la soberanía como atributo del príncipe o gobernante, en los “Seis Libros de la República”, y la concibió como “*el poder absoluto y perpetuo de la República*”,⁹⁴ y explicó esas características de la manera siguiente:

La palabra perpetua se ha de entender por la vida de quien tiene el poder. Cuando el magistrado soberano por solo un año, o por tiempo limitado y predeterminada, continúa en el ejercicio del poder que se le dio, necesariamente ha de ser o por mutuo acuerdo o por fuerza. Si es por fuerza, se llama tiranía; no obstante, el tirano es soberano, del mismo modo que la posesión violenta del ladrón es posesión verdadera y natural, aunque vaya contra la ley y su anterior titular haya sido despojado. Pero si el magistrado continúa en el ejercicio del poder soberano por mutuo consentimiento, sostengo que no es príncipe soberano, pues lo ejerce por tolerancia; mucho menos lo será si se trata de tiempo indeterminado, porque, en tal caso, lo ejerce por comisión precaria... Examinemos ahora la otra parte de nuestra definición y veamos qué significan las palabras poder absoluto. El pueblo o los señores de una república pueden conferir pura y simplemente el poder soberano y perpetuo a alguien para disponer de sus bienes, de sus personas y de todo el estado a su placer, así como de su sucesión, del mismo modo que el propietario puede donar sus bienes pura y simplemente, sin otra causa que su liberalidad, lo que constituye la verdadera donación⁹⁵

Además la concibió sin más límite en poder, responsabilidad y tiempo, que las *leyes de Dios y de la naturaleza y a ciertas leyes humanas*

⁹³ Los otros elementos con que se ha dotado al Estado son territorio, población y gobierno. Fundamentalmente la teoría ha caracterizado al Estado con personalidad jurídica, en México es concebido como una persona moral de derecho público, fue en Roma donde se identificó a la *res publica* como un ente sujeto a derechos y obligaciones.

⁹⁴ Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Madrid, Aguilar, 1976

⁹⁵ *Ídem*

*comunes a todos los pueblos,*⁹⁶ porque dice que según Píndaro, todos están sujetos a tales leyes a la *Ley Natural.*⁹⁷ Continuando con esta idea refiere también que sin estar limitadas por ellas, el príncipe está obligado a cumplir las leyes ante sus súbditos y ante los extranjeros y hace una distinción entre derecho y ley, identificando al primero con la equidad y la segunda como el *mandato del soberano que hace uso de su poder.*⁹⁸ Y en este tenor, el poder absoluto del que goza el soberano se traduce precisamente en la posibilidad de derogación de las leyes civiles sin con ello atentar contra la *Ley de Dios.*

Por su parte el poder perpetuo del que goza el soberano, lo hace consistir en que el rey *no muere jamás*, pues el varón más próximo en la dinastía toma posesión del reinado *antes* de ser coronado, con lo que se da una continuidad en la figura del rey o príncipe; además éste queda obligado por las convenciones y los edictos que haya emitido su antecesor, sobre todo si *ha contratado en calidad de soberano en asunto que atañe al estado* y aun más si *se hizo con el consentimiento de los estados, villas, comunidades principales, parlamentos.*⁹⁹

Para poder definir los atributos soberanos del príncipe, el autor asegura que deben ser tales que sólo convengan a él, es decir que sean comunicables, pues de otro modo, si son comunicables a los súbditos dejarían de ser soberanos.

⁹⁶ Estas leyes humanas comunes a todos los pueblos, las identifico con el *ius gentium* romano. *Ídem*

⁹⁷ *Ibidem* p. 61

⁹⁸ *Idem*

⁹⁹ *Ibidem* p. 64

Tales atributos son los siguientes:¹⁰⁰ a) *Dar leyes a todos en general y a cada uno en particular sin consentimiento de superior, igual o inferior*, dentro de esta facultad se engloba también la de fijar tasas, impuestos y contribuciones; b) *declarar la guerra y negociar la paz*, pues tales actos son los que acarrearán la ruina o la seguridad del estado; c) *instituir los oficiales principales*; d) *derecho de última instancia*, pues puede conocer de recursos interpuestos contra todos los magistrados, ello por la razón de que el príncipe no puede atarse las manos ante la injusticia o insuficiencia de los fallos contra sus súbditos, sin importar que en la ley común se prevean recusaciones o no; e) *Poder conceder gracia a los condenados*, aun sobre las sentencias y contra el rigor de la ley, tratándose de asuntos que importen la vida, el honor o el destierro; f) *derecho de amonedar*, es la atribución de acuñar moneda, así como fijar los pesos y las medidas.

Dada la naturaleza de tales atributos y las calidades de perpetuidad y absolutismo de la soberanía, ésta recae exclusivamente en el *Príncipe*¹⁰¹, pues consideraba necesario que no se encontrasen bajo el imperio de otro, so pérdida de la soberanía.

La atribución soberana de dictar las leyes, juzgar y de hacer la guerra, *servió para afirmar el poder del Estado frente a las amenazas de fuera y dentro*¹⁰², de modo tal que sobre esa base se construyó la dicotomía política que permitió distinguir entre la soberanía al interior y la soberanía al exterior del Estado.

¹⁰⁰ *Ibidem* pp. 64 y siguientes.

¹⁰¹ Aunque Bodin habla del “príncipe” también, es en Maquiavelo donde se desarrolla aun más el absolutismo del príncipe.

¹⁰² Silva-Herzog Márquez, Jesús, *El Hechizo de Bodin*, en *Isonomía*, número 11, Octubre de 1999, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México. 1999.

Más adelante, Hobbes¹⁰³ señala que la *esencia* del Estado consiste en facultar, mediante un pacto hecho entre *una gran multitud*, a una persona a utilizar la fuerza y los medios de todos los contratantes como lo juzgue *oportuno*, con la finalidad de asegurar la paz y la defensa común; lo que implica instaurar un orden interno al Estado e instrumentar un mecanismo al exterior que permita defender el *territorio*, otro de los elementos estatales, mismo que se delimita perfectamente por fronteras establecidas. La persona facultada se denomina *soberano* y todos los demás que rodean al soberano son sus *súbditos*.

Siguiendo a Hobbes, será soberano el hombre que disfrute y ejercite las atribuciones soberanas, esto es, *gobernar* las doctrinas, legislar, juzgar, declarar la guerra y firmar la paz; elegir a los funcionarios; recompensar y, en su caso, aplicar penas a quienes contravengan el orden establecido; dirigir la milicia y acuñar la moneda. Considera estas atribuciones como incomunicables e inseparables, bajo el riesgo de que al prescindir de alguna de ellas, las demás perderían su eficacia y entonces el soberano dejaría de serlo; en ese sentido la soberanía fue concebida como un complejo de funciones e instituciones que permiten y autorizan el óptimo funcionamiento del Estado.

Así, esta idea de soberanía que nació a fines de la Edad Media, se percibe como el sello distintivo del Estado nacional moderno, pues el poder soberano no reconoce a otro superior; y se traduce en que posee la capacidad de decidir la forma de organización interna del Estado a través de la libre determinación del orden jurídico, es según Heller, la “*unidad decisoria que no está subordinada a ninguna otra unidad decisoria universal y eficaz*”.

¹⁰³ Hobbes, Thomas, *Leviatán*. Tomo I, Ed. Gernika, México, D.F. 1994

Por ello es que, en virtud de la llamada “Paz de Westfalia” el Estado, por un lado, no reconoció más como superior la autoridad de otros soberanos, como la del Papa por ejemplo, y por el otro, obtuvo la justificación jurídica necesaria para someter bajo su *voluntad* a todos los integrantes de la sociedad, tales como los señores feudales, gracias a la restricción de las injerencias externas y al reconocimiento de la igualdad de los Estados, independientemente de su fuerza o tamaño.

Ya Hobbes concibió a la espada¹⁰⁴ como compañera inseparable del Soberano, pues sólo con su apoyo, el pacto estatal, el orden jurídico, tiene una posibilidad real de ser coactivo. Weber¹⁰⁵ es más preciso y reserva en exclusiva al Estado el uso de la *violencia física legítima*, así presenta como la única fuente del “*derecho*” a la violencia, y aquí encontramos otra demostración de la soberanía.

La soberanía hacia el interior se ejercita a través de la creación y aplicación coactiva del orden jurídico interno y de manera principal de la Constitución del Estado; por lo que en efecto, al ser ésta una norma jurídica, se puede afirmar que existe cierta identidad entre el Estado y la legislación,¹⁰⁶ por ello, al considerar que el Estado moderno obtuvo tal éxito que actualmente “*con excepción de la Antártida y ciertos espacios marinos en alta mar, todos los territorios que conforman el planeta tierra pertenecen actualmente a algún*

¹⁰⁴ Esta concepción ha perdurado, hemos visto que según Michel Foucault la ley *no puede no estar armada*.

¹⁰⁵ Weber, Max, *El político y el científico*. Traducción de José Chávez Martínez, Ed. Diálogo Abierto, 7ª. edición, México D.F., 2001.

¹⁰⁶ Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho y su Teoría General del Estado califica al Estado nada menos que como una “personificación del orden jurídico”.

Estado”;¹⁰⁷ debemos aceptar que no existe espacio sobre la Tierra que no se halle bajo la jurisdicción soberana de algún Estado.¹⁰⁸

Este monopolio de la estatalidad sobre los territorios terrestres, se ejerce consecuentemente sobre los individuos que se encuentran dentro de él, siendo un efecto relevante de ello, la diferenciación entre los que *pertenecen* a determinado territorio y los que no, lo que equivale a decir: aquéllos con los que el Estado tiene un vínculo jurídico-político y reconoce como aptos para participar de la política y los que no: ciudadanos y no ciudadanos, entre estos últimos, los extranjeros.

Ahora bien, hemos dicho que existe identidad entre el Estado y el ordenamiento jurídico, es decir el Derecho; sin embargo, la instrumentación del derecho estatal se lleva a cabo a través de la política, entendiéndolo por esto, siguiendo a Weber, como *la aspiración a participar en el poder o la aspiración a influir en el reparto del poder entre los diversos Estados, o, en el interior de un mismo Estado*,¹⁰⁹ en palabras de Schmitt, el Estado es el *status político de un pueblo organizado sobre un territorio determinado*.¹¹⁰

De acuerdo con esto la política y el derecho se encuentran vinculados, el nexo que los une es motivado por el hecho de que si la política es la aspiración a participar en el poder o a influir en el reparto del poder, y la norma es el instrumento que organiza las formas en que se ejerce el poder, irreductiblemente se establece una reciprocidad político-jurídica que se puede

¹⁰⁷ Müller, *Op. Cit.* p. 1

¹⁰⁸ Independientemente de que el Estado dominante del territorio no ejerza de momento un efectivo dominio sobre él.

¹⁰⁹ Weber, Max, *Op.Cit.*

¹¹⁰ Schmitt, Carl. El Concepto de lo Político, p. 125

explicar de la siguiente forma: el Derecho es una producción política; y a su vez, la política se deriva del orden jurídico creado y aplicado por el soberano en aras de la conservación de su participación del poder.

Este trabajo contribuye a dilucidar la relación entre la política y el derecho que subyace a la juridificación del fenómeno migratorio, es decir, la discusión de cómo la organización estatal (incluyendo organización, composición y posición del Estado en la actualidad) y sus relaciones, inciden en la normatividad jurídica migratoria.

Como ya se ha señalado,¹¹¹ la totalidad de los territorios del mundo se encuentra bajo la jurisdicción de algún Estado; de modo tal, que actualmente la estructura geopolítica del mundo se presenta como un conglomerado de Estados, mismos que han establecido un complejo entramado de relaciones, tanto económicas y políticas, como jurídicas.

De esta complejidad se dará cuenta en los siguientes apartados de este capítulo en el que se expone el llamado “Sistema Mundial de Estados”; se explica la importancia del sistema capitalista de producción en la formación de dicho sistema; el vínculo entre la migración y el desarrollo; se analizan categorías fundamentales en los procesos migratorios, como la frontera y el migrante; y, se ofrece un análisis de las causas principales de la migración internacional.

A. La economía capitalista como condicionante del sistema interestatal.

¹¹¹ *Vid supra*, Capítulo 2

La teoría del *Sistema Mundial*,¹¹² postula que a pesar de que los Estados que lo conforman son soberanos e independientes entre sí, la interacción entre ellos ha provocado no obstante, que se configuren estructuras que trascienden el Estado llamadas *sistemas-mundo*; estas posturas teóricas toman como base la evolución del sistema económico capitalista, bajo el cual se han gestado núcleos de países industrializados o desarrollados, llamados *centrales* y una pluralidad de países menos o no desarrollados, de economías principalmente agrícolas que han llamado *periféricos*,¹¹³ siguiendo con la dicotomía formulada por la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas (CEPAL).

Esta concepción ubica la evolución del capitalismo a partir del término de la Edad Media y se basa en los procesos de transformación económicos sufridos por algunos países europeos en su transición al sistema capitalista de producción. Una de las ideas centrales de esta teoría es que la estructura geopolítica mundial asimétrica que se ha instaurado gracias al capitalismo perpetúa la existencia de países desarrollados y subdesarrollados.¹¹⁴

Según Wallerstein, el “sistema-mundo” moderno se originó en el siglo XVI y no abarcaba la totalidad de la tierra, sino que estaba localizado únicamente en partes de Europa y de América, aunque con el tiempo fue

¹¹² Formulada en los años cincuenta del siglo pasado y uno de cuyos principales exponentes es Immanuel Wallerstein, de quien consultamos como texto base para este capítulo, su obra *Análisis de sistemas-mundo una introducción*, Siglo XXI editores, México 2005

¹¹³ Cfr. Wallerstein, Immanuel. *Análisis de sistemas-mundo una introducción*, Siglo XXI editores, México 2005. En realidad lo que se designa en la teoría sustentada bajo los rubros de “central” y “periférico” son los procesos productivos que se desarrollan en los Estados industrializados y en los no industrializados y no a los Estados en sí; así como su grado de ganancia en el proceso de producción, la que depende del grado de monopolización de los procesos de la producción.

¹¹⁴ Cfr. Sánchez Barricarte, Jesús Javier, *Socioeconomía de las migraciones en un mundo globalizado*. Biblioteca Nueva, Madrid 2010.

expandiéndose a todo el mundo,¹¹⁵ esta categoría económica, sustituye en esta teoría al Estado como la *unidad de análisis estándar*,¹¹⁶ derivado de la utilidad que encontraron de usar un campo más amplio para el análisis de los fenómenos políticos, económicos, sociológicos.

El autor agrega que el sistema-mundo a su vez constituye una “economía-mundo”, término acuñado por Ferdinand Braudel que implica

Una gran zona geográfica dentro de la cual existe una división del trabajo y por lo tanto un intercambio significativo de bienes básicos o esenciales así como un flujo de capital y trabajo... no está limitada a una estructura política unitaria. Por el contrario, hay muchas unidades políticas dentro de una economía-mundo... una economía-mundo comprende muchas culturas y grupos... ni la homogeneidad política ni la cultural debe ser esperable o encontrada en una economía-mundo. Lo que unifica con más fuerza a la estructura es la división del trabajo constituida dentro de esta.¹¹⁷

Es necesario un sistema capitalista de producción para que una *economía-mundo* surja, debido a la relación *muy particular entre los productores económicos y quienes detentan el poder político*, además de que los requieren de *grandes mercados pero también de una multiplicidad de estados*,¹¹⁸ pues son necesarias las instituciones que le den base como los mercados, las compañías y los múltiples estados que conforman el sistema.

B. La relación migración-desarrollo.

Ocurre en la actualidad que la tendencia mundial, al menos al seno de la Organización de las Naciones Unidas, reflejada en los foros, conferencias y

¹¹⁵ Cfr. Wallerstein, Immanuel, *Op. cit.*

¹¹⁶ *Ídem*

¹¹⁷ *Íbidem* p. 40

¹¹⁸ Cfr. Wallerstein, Immanuel *op. cit.* p- 40, 41 y 42

acciones a que hicimos referencia en la primera parte del Capítulo Uno, consiste en promover el binomio migración-desarrollo.

Se presupone también que el desarrollo es el objetivo de toda la política estatal o que las políticas estatales deben contribuir al desarrollo. Este término puede ser entendido de varias formas e implica al menos dos dimensiones de importancia a este trabajo, el desarrollo en sentido amplio, conocido ahora como crecimiento económico y el desarrollo humano.

Respecto del desarrollo-crecimiento económico Wallerstein, en 1945, sostuvo que la categoría desarrollo *estaba basada en... una teoría de estadios. Quienes utilizaban este concepto suponían que las unidades individuales – ‘sociedades nacionales’- se desarrollaban todas de la misma manera... pero a ritmo distinto... todos los estados terminarían siendo más o menos lo mismo.*¹¹⁹

Así, todos los Estados del orbe debían transitar senderos similares para lograr el objetivo final de ser desarrollados. Las categorías desarrollo y subdesarrollo fueron los indicativos para clasificar a los Estados.

Cuando se habla de desarrollo en este sentido, los conceptos fundamentales tienen que ver con el ingreso, crecimiento económico, formación de capital humano, todos ellos eminentemente económicos, por ello es que los primeros esfuerzos teóricos por definir y ubicar al desarrollo tenían como objetivo del mismo la mejora en el ingreso y el incremento en la producción, como consecuencia de la industrialización y modernización de los medios de producción; en ese sentido es entendible la perspectiva de la homogeneidad mundial que se

¹¹⁹ Wallerstein, *op. cit.* p. 24

alcanzaría cuando todos los Estados fuesen desarrollados, lo que equivale a decir, cuando todos los Estados adoptaran la misma forma de producción.

Desde la perspectiva internacional institucional, esa concepción ha ido cambiando, hoy en día se entiende al desarrollo, como la capacidad de países o regiones para crear riqueza a fin de promover y mantener la prosperidad o bienestar económico y social de sus habitantes; la ONU lo considera como un concepto amplio cuyos objetivos son diversos, por ello es que sostiene que:

Cuando se habla de desarrollo generalmente se vincula esta idea con la erradicación de la pobreza. Sin embargo, ésta es sólo una parte de lo que comprende la búsqueda del desarrollo. En este término se engloba la búsqueda para una mejor calidad de vida de las personas.¹²⁰

Y esa mejor calidad de vida de las personas incluye combatir varias calamidades como la pobreza, el hambre, la delincuencia o enfermedades pandémicas como el SIDA. También se refiere a la democratización y fomento del uso de las Tecnologías de la Información y las comunicaciones. Otra arista la conforma la conservación del medio ambiente o el aprovechamiento de los recursos y la energía,¹²¹ y de acuerdo a los propósitos de la ONU, el desarrollo debe contribuir a la paz mundial.

Bien, esa transformación en la concepción de desarrollo, dio como resultado la concepción de otra dimensión del desarrollo: el humano.

¹²⁰ Naciones Unidas, Centro de Información México, Cuba y República Dominicana, disponible en <http://www.cinu.org.mx/ninos/html/actividad6.htm#pnud>, consultado el 12 de diciembre de 2012

¹²¹ *Ídem*

Fue en 1990, cuando dentro del Informe sobre Desarrollo Humano “Concepto y medición del desarrollo humano” publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo fue definido como:

Proceso mediante el cual se amplían las oportunidades de los individuos, las más importantes de las cuales son una vida prolongada y saludable, acceso a la educación y el disfrute de un nivel de vida decente. Otras oportunidades incluyen la libertad política, la garantía de los derechos humanos y el respeto a sí mismo.¹²²

El desarrollo humano parte de la premisa de que el hombre y no la expansión del ingreso y la riqueza, debe ser el objetivo central del desarrollo.¹²³ Este concepto admite que el ingreso es un factor importante para el aprovechamiento y consecución de oportunidades, pero no representa una oportunidad por sí mismo, sino que más bien es el medio para conseguir las oportunidades.¹²⁴

El informe que se comenta, proporciona por primera vez una descripción detallada del concepto y fijó la postura de la ONU acerca del desarrollo. Dice que *compagina* los procesos de producción y distribución con la *expansión y uso* de las capacidades humanas; además, el desarrollo humano debe ser atento a lo que las personas *deban* tener, hacer o ser, para asegurar su subsistencia y lo más importante, no se centra en necesidades básicas, cuya cuantía es generalmente fácil de determinar, sino que consiste en un *proceso*

¹²² Informe de Desarrollo Humano, “Concepto y medición del desarrollo humano” publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, edición 1990, disponible en http://hdr.undp.org/en/media/hdr_1990_es_cap1.pdf consultado el 12 de enero de 2013 p.33

¹²³ *Ibidem* p. 34

¹²⁴ *Ídem*

dinámico de participación, por lo que se aplica a todos los países independiente de su grado de desarrollo o crecimiento económico.¹²⁵

En conclusión, el desarrollo humano ubica en el centro al hombre y atiende a todas sus necesidades, sean o no materiales. Esta categoría, da cuenta de la complejidad de la vida humana, pues admite que las personas tienen una amplia gama de requerimientos (más allá de las necesidades básicas) que le acarrearán misma cantidad de satisfactores, mismos que dificultan la elección de indicadores¹²⁶ para medir el grado de Desarrollo Humano.

En ese sentido tenemos que el desarrollo como crecimiento económico de las naciones y el desarrollo humano se relacionan entre sí. “El crecimiento económico es esencial para el desarrollo humano; sin embargo, para aprovechar a cabalidad las oportunidades de un mejor estar que ofrece dicho crecimiento, éste debe administrarse con propiedad... No existe un vínculo automático entre crecimiento económico y el progreso humano.”¹²⁷

La intención de este trabajo no es abordar exhaustivamente el tema del desarrollo; son dos los motivos de hacer referencia a él y consisten en:

- 1) su importancia sobre la generación y mantenimiento de flujos migratorios, pues se ha considerado que las relaciones asimétricas entre los estados, derivadas de su grado de

¹²⁵ Cfr.

¹²⁶ En 1990, el informe que se comenta, en aras de evitar ambigüedades o falta de concentración de los encargados del diseño de políticas públicas en los tópicos más apremiantes, incluyó únicamente tres indicadores: longevidad, conocimiento y niveles decentes de vida, los cuales se miden a través de la esperanza de vida, el analfabetismo y el ingreso, respectivamente. Hoy en día para realizar los informes tanto nacionales, como regionales y el mundial, se toman en cuenta 28 indicadores, que se refieren a asuntos tan diversos como “abonados a telefonía fija o móvil por cada cien personas”, “emisiones de gas per cápita” o “maestros de primaria capacitados”.

¹²⁷ *Ibidem* p. 100, disponible en http://hdr.undp.org/en/media/hdr_1990_es_cap3.pdf consultado el 12 de enero de 2013

desarrollo, dentro de ese largo trayecto que *necesariamente* han de transitar todas las naciones, crean una realidad económica desigual de la que podemos fácilmente dar cuenta;

- 2) el nexo de causalidad que las políticas migratorias pretenden establecer entre migración y desarrollo con éste como consecuencia de aquélla

En relación al primer punto, se ha sostenido que *la división entre el Norte y el Sur globales (crean) un gran número de emigrantes potenciales*,¹²⁸ además percibir al desarrollo como progreso y modelo a seguir ha *llevado a una crisis global de múltiples dimensiones, que demuestra la imposibilidad de mantener la ruta extractivista y devastadora para los países del sur, las desiguales relaciones de poder y comercio entre el norte y el sur*¹²⁹ derivado todo ello de la lógica colonialista que inspiró al concepto.

Aquí es importante señalar que según los hallazgos del último informe sobre desarrollo humano, rendido por el Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo donde aparece que algunos países subdesarrollados (o del sur) han escalado posiciones en la tabla mundial del desarrollo humano aunque no así en los índices de crecimiento económico; lo que fue interpretado como una evidencia de que el crecimiento económico no genera por sí mismo desarrollo

¹²⁸ Portes, Alejandro, *Un diálogo Norte-Sur*, en “El país transnacional migración mexicana y cambio social a través de la frontera”, Ariza y Portes, coordinadores, UNAM, Instituto Nacional de Migración y Miguel Ángel Porrúa, 1ª. Reimpresión, México 2010, p. 656

¹²⁹ Gobierno de Ecuador *Un cambio de paradigmas: del desarrollo al buen vivir*, disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Del%20desarrollo%20al%20Buen%20Vivir.pdf>, consultado el 14 de febrero de 2013

humano, sino que este se ve impulsado por factores no exclusivamente económicos, sino también de voluntad política y solidaridad nacional.

Respecto al segundo aspecto relevante del *desarrollo* para esta tesis, como se adelantó en el primer capítulo, la ONU a través de su Secretario General y de varias agencias que forman parte de ella, han manifestado que la migración internacional propicia el desarrollo no sólo de los países de origen y de acogida, sino también el personal. De hecho, actualmente uno de los *centros estratégicos* de la labor de la OIM (Organización Internacional de las Migraciones) respecto a la gestión migratoria consiste en capitalizar la relación positiva entre la migración y el desarrollo.¹³⁰

El informe de desarrollo humano “Superando barreras: movilidad y desarrollo humano”,¹³¹ elaborado en 2009 por el Programa de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas, establece como argumentos a favor de la movilidad humana, que los *migrantes dinamizan la producción a un costo muy inferior e incluso nulo para los residentes locales*. También identifican como positivo el hecho de que la disponibilidad de personas para el trabajo doméstico, permite a las mujeres de los países de destino trabajar fuera de casa.

Otro argumento esgrimido dice que además, los empleos de este tipo, llevados a cabo generalmente por los inmigrantes, generan una mejor integración de los mismos pues propician la adquisición del idioma y la asimilación

¹³⁰ Sitio electrónico de la Organización Internacional de las Migraciones, disponible en <http://iom.int/cms/es/sites/iom/home/what-we-do/migration--development-1.html>, consultado el 9 de febrero de 2013

¹³¹ Informe disponible en http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_ES_Summary.pdf, consultado el 28 de diciembre de 2012

de la cultura, lo que refutaría las tesis de que los inmigrantes son un factor distorsionante o debilitador de la cultura y por ende de la cohesión social.

De la lectura del informe podemos agregar también que desde esa óptica, la migración internacional abona a la construcción de una sociedad abierta y solidaria.

En el mismo informe consultado, se exponen las ventajas o las contribuciones al desarrollo de los países de origen, y se representan principalmente en *mayores ingresos y consumo, mejor educación y salud... expansión del nivel cultural y social*.¹³² Del mismo modo, cuando una persona cambia su lugar de residencia beneficia a su lugar de origen de manera casi inmediata en el envío de remesas a su familia¹³³ y de manera posterior cuando el dinero de tales remesas se gasta e impulsa la economía.

3. Fenómenos migratorios que corresponden al Sistema Mundial de Estados.

A. Soberanía estatal y su distinción al interior y al exterior.

La Revolución Francesa trajo consigo una importante modificación al origen teórico de la soberanía estatal, al trasladarlo del monarca absoluto al *pueblo*. El pueblo, como categoría política derivada de este proceso de transformación político y jurídico, es aparentemente incluyente si se piensa que bajo esa denominación se agrupa a todo el colectivo social; sin embargo, es en efecto excluyente; pues la participación de las personas en la vida social,

¹³² *Idem*

¹³³ *Idem*

económica, cultural y política del Estado está fuertemente restringida por normas que tienen asidero generalmente, en la Constitución estatal.

De este modo, a partir de entonces la política de los Estados a nivel tanto externo como interno, se desarrolla sobre la línea que divide a los incluidos de los excluidos,¹³⁴ en donde los excluidos permanentemente pretenden ser incluidos y los incluidos usualmente pugnan porque los estándares de división se perpetúen, o incluso se endurezcan o amplíen.

La población, el elemento humano del Estado, ha sido clasificada a partir de criterios variados tales como el sexo, la edad, la raza, la pertenencia étnica, lingüística o religiosa, el origen nacional, etc. De este modo se han creado grupos que evidentemente presentan diferencias reales al interior de los Estados; los grupos no participantes de la vida política del mismo, es decir los que no forman parte del pueblo, han sido generalmente los menores de edad, los discapacitados, las mujeres, los pertenecientes a ciertos grupos raciales o étnicos minoritarios y, de importancia para nuestra investigación, los extranjeros. De este modo el conglomerado de individuos que conforman al pueblo se ve acotado en gran medida.

a. Las fronteras territoriales y las barreras intangibles.

La frontera territorial puede ser entendida como la línea *que separa el espacio reservado a la competencia estatal de otro estado o del mar libre o de un territorio reservado a una competencia interestatal o, teóricamente, de un*

¹³⁴ Cfr. Wallerstein, Immanuel, *op. cit.*

territorio no sometido a ninguna soberanía o competencia estatal,¹³⁵ si tomamos en cuenta los elementos de esa definición, podemos afirmar que la frontera establece el límite del territorio sobre el cual, los Estados ejercen su soberanía territorial.

El Estado como se ha dicho, cuenta entre sus elementos al territorio, que no es otra cosa que el terreno, el subsuelo, las aguas, y el espacio aéreo sobre los cuales ejerce su autoridad o jurisdicción. De este modo, el soberano está facultado a regular los acontecimientos que sucedan al interior de los límites fronterizos, pues en ello radica el ejercicio de la soberanía territorial.

Por ese motivo es que en la tradición estatal la política migratoria y, por ende, el derecho migratorio, han gozado de un carácter eminentemente unilateral, que encuentra su justificación y legitimación en la facultad soberana de proteger las fronteras, otorgar seguridad a sus habitantes, inclusive con la capacidad discrecional de la autoridad administrativa de proveer, sin necesidad de fundamentar, a la admisión o expulsión de extranjeros.

Ello acarrea como resultado que, a pesar de que el hombre ha tendido a emigrar y a cambiar su lugar de residencia, ya sea voluntaria o involuntariamente, la decisión que autorice o prohíba dirigirse, atravesar o establecerse en determinados territorios recaiga sobre un soberano en específico, el del Estado de cuyo territorio se trate.¹³⁶

¹³⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XII, voz *Frontera*, Editorial Driskill, S.A. Buenos Aires, 1987

¹³⁶ Hardt y Negri en su obra *Imperio*, explican que estas actitudes estatales tienen su origen en lo que ellos llaman "la dialéctica de la soberanía colonial" que se refiere a la colonización Europea del mundo y que tuvo como rasgo primordial la construcción de *Otros*, de una alteridad entre Europeo y no europeo o entre nosotros y los demás, que atribuyó cualidades bárbaras a todo aquello allende la frontera estatal. Esta postura se encuentra apoyada firmemente en el Estado moderno.

Estas decisiones son percibidas de diferentes maneras por la población del estado de acogida. En ocasiones, la autoridad del mismo promueve entre sus Ciudadanos, el temor a los migrantes, a los extranjeros; o atribuye a éstos, en otros casos, cualidades negativas y contrarias a los fines que persigue el Estado, o aún más, imputándoles la responsabilidad directa de las calamidades acaecidas dentro del Estado¹³⁷ y todo por el simple hecho de ser extranjeros y carecer, en algunos casos, de medios económicos.

En ese sentido Ban Ki Moon, Secretario General de la ONU se pronunció en su mensaje emitido con motivo del día internacional del Migrante en 2009, reconociendo que la crisis económica y financiera ha *exacerbado la vulnerabilidad* de los migrantes, pues muchos países han *endurecido las restricciones* a la migración y han adoptado medidas ilegales para combatir la migración irregular,¹³⁸ lo que aumenta el riesgo de explotación y abuso, reforzando la impresión de que los migrantes son una de las causas de la crisis.

La posibilidad de ser víctimas de explotación y abuso, deriva de las situaciones de vulnerabilidad, marginación y pobreza en que se llegan a ubicar las personas que se han visto compelidas a mudar su residencia.

La vulnerabilidad, la marginación y la pobreza son términos que han tenido varias interpretaciones, es común que todas se identifiquen con la pobreza o las relacionen directamente, sin distinguir qué relación existe entre ellos.

¹³⁷ Arendt, Hannah *Nosotros los refugiados* en Una Visión de la Historia Judía y otros ensayos. Ed. Paidós Básica, Buenos Aires, 2001.

¹³⁸ Por ejemplo, las detenciones arbitrarias a que ha recurrido el gobierno Griego como control del ingreso de migrantes irregulares procedentes de Afganistán, Somalia, Irán y Eritrea

Para evitar ambigüedades, recurrimos a las interpretaciones que en México ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de cuatro tesis de jurisprudencia¹³⁹, todas ellas derivadas de controversias constitucionales, que aclaran lo que para el derecho mexicano es la vulnerabilidad y la relación que ésta guarda con la pobreza, a la que también define.

De lo que se sigue que la pobreza y la vulnerabilidad no son sinónimos, sino que la última es de mayor extensión, pues se origina a partir de varios factores, uno de esos factores lo es la pobreza. Por ello es que entre ambos fenómenos existe una relación de causalidad.

Los migrantes, sobre todo los indocumentados, puede catalogarse como un grupo social en situación de vulnerabilidad, mismos que el derecho mexicano en la tesis derivada de la Controversia Constitucional 41/2006, definió como aquéllos *núcleos de población y personas que por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de riesgo o discriminación* que les impiden alcanzar mejores niveles de vida y por lo tanto, requieren de la atención e inversión del Gobierno para lograr su bienestar.

La marginación por su parte, fue definida como el *fenómeno estructural que abarca tanto la dificultad de propagar el progreso, como por la exclusión de grupos sociales del proceso de desarrollo y lo más importante, del disfrute de sus beneficios*; de lo que se concluye que los migrantes en algunos casos (casi en todos tratándose de indocumentados), forman un núcleo social en condiciones de vulnerabilidad, en situación de marginación, y una de las causas de esta realidad es la pobreza.

¹³⁹ Las tesis de jurisprudencia mencionadas pueden ser revisadas íntegramente en el ANEXO 2.

En los siguientes párrafos se hace referencia a lo que hemos llamado *barreras intangibles*, y consisten en la violencia, los peligros y los retos a que se enfrentan los migrantes y que generan que los mismos se ubiquen en situaciones de pobreza, vulnerabilidad y marginación.

La exclusión sufrida por estos grupos poblacionales, no se constriñe al ámbito político, sino que abarcan lo laboral, económico, educativo e incluso la prestación de servicios públicos básicos; ese es el caso de los migrantes, pues como extranjeros, a pesar de que viven dentro de las fronteras del Estado de acogida, haber ubicado ahí su residencia e incluso aportar al gasto estatal mediante el pago de contribuciones fiscales, no participan de la vida política del mismo.

La situación se complica si además se encuentran de manera irregular o no autorizada en ese territorio, pues la integración en el país de destino no se logra con la superación de una frontera, sino que existen barreras de facto como el lenguaje, la cultura, la religión, el acceso a los servicios públicos, el rechazo social, restricciones laborales o financieras. Estas limitaciones pueden ser instauradas, promovidas y mantenidas por las personas, por la política estatal o por el derecho.

Como ejemplo de las *fronteras* no físicas que deben sortearse, tenemos algunas legislaciones estatales de los Estados Unidos de América, en donde al igual que en México, la facultad de legislar sobre inmigración corresponde al gobierno federal; sin embargo, en los últimos años, varias

legislaturas de algunos Estados¹⁴⁰ han emitido leyes locales sobre esta materia, mismas que han sido impugnadas por el gobierno federal y organizaciones de la sociedad civil.

Estas demandas han sido apoyadas por varios gobiernos latinoamericanos como el mexicano, bajo dos argumentos principales, el de invadir la competencia legislativa federal y el de ser de corte discriminatorio.

El segundo motivo de inconformidad reviste gran interés a esta investigación, pues independientemente de su eficacia y alcance jurídico, reflejan tendencias en el tratamiento jurídico gubernamental de los procesos migratorios, y además son útiles a ejemplificar el contraste que los ordenamientos jurídicos internos pueden presentar en relación a instrumentos internacionales de amplia aceptación y a principios jurídicos internacionales de *jus cogens*.

Una de las leyes migratorias locales a que me refiero en el párrafo anterior, que ha tenido mayor difusión y que ha servido de ejemplo a otras, es la ley SB1070 emitida por la legislatura del estado de Arizona, la que establece disposiciones jurídicas tachadas de discriminatorias. A continuación se realiza la exposición de los artículos relevantes de la ley, para estar en posibilidades de identificarla como parte del sistema jurídico del principal país de destino del mundo, que constituye una barrera intangible y a la vez casi insuperable para la migración.

Esta Ley tiene como propósito coadyuvar en la ejecución de las leyes federales de inmigración para desanimar e impedir la entrada ilegal y

¹⁴⁰ Los estados de que se trata son: Arizona, Florida, Carolina del Sur, Pennsylvania, Minnesota, Rhode Island, Michigan, Illinois, Georgia, Alabama, Washington, Utah

presencia de extranjeros y la actividad económica de personas ilegalmente presentes en los Estados Unidos.¹⁴¹ En su segunda sección establece la forma en las que los oficiales o agencias estatales cooperarán y asistirán en la ejecución de leyes de inmigración, en este artículo se encuentra la disposición fuertemente tachada de racista, pues en la sección B del artículo 8, se prevé textualmente:

Durante cualquier parada, detención o arresto hecho por un oficial o agencia de ejecución de la ley de este estado o un oficial o agencia de cumplimiento de la ley de un condado, ciudad, pueblo u otra subdivisión política de este estado en cumplimiento de cualquier otra ley u ordenanza de un condado, ciudad o pueblo o este estado donde exista **sospecha razonable** que la persona es un extranjero y está ilegalmente presente en los Estados Unidos, se hará un intento razonable, cuando sea práctico de determinar el estado migratorio de la persona, excepto si la determinación puede dificultar u obstruir una investigación. Cualquier persona que sea arrestada deberá tener su estado migratorio determinado antes de ser liberada.

Este artículo contradice el principio que consagra la No Discriminación¹⁴² pues introduce elementos enteramente subjetivos para aplicar un precepto legal que acarrea detención o arresto, esto es privación de la libertad. La circunstancia de que se hable de “sospecha razonable” sin definirla; “intento razonable, cuando sea práctico” sin mencionar el procedimiento a seguir o las medidas que se evaluarán para conocer la practicidad, deja a las personas en estado de indefensión.

Además, en cuanto a la discriminación en su párrafo F lo siguiente:

¹⁴¹Sección 1 de la Ley que se comenta .

¹⁴² Este principio se desarrolla en la Convención para eliminar todas las formas de discriminación racial, ratificada por los Estados Unidos de América y a que hacemos mención varias veces a lo largo de este trabajo. *Vid. Infra*, capítulo tres.

F. Excepto según sea provisto por la ley federal, los oficiales u agencias de este estado y condados, ciudades, pueblos y otras subdivisiones de este estado no podrán prohibir o en ninguna otra forma ser restringidos de enviar, recibir o mantener información relacionada al estado migratorio, legal o ilegal, de cualquier individuo o intercambiar esa información con cualquier otra entidad del gobierno federal, estatal, local o otra subdivisión política para los siguientes propósitos oficiales:

1. Determinar la elegibilidad para cualquier beneficio público, servicio o licencia provista por cualquier subdivisión federal, estatal, local o política de este estado.

3.- Si la persona es extranjera, determinar si la persona está en cumplimiento con leyes de registración federales prescritas por el título 11, capítulo 7 del Acta de Inmigración y Nacionalidad Federal.

En la sección 6, Sección 13-3883, se autoriza a los oficiales de paz arrestar sin orden previa a cualquier persona que viole esta ley, lo que como hemos visto se determina de manera subjetiva es especialmente grave.

En la sección 7, se prohíbe emplear a un extranjero no autorizado e impone la obligación de verificar con el gobierno federal la legal estancia de cualquier extranjero que solicite empleo, antes de otorgárselo.

Las penas a que se hará acreedor el empleador que por primera vez no observe estas normas consistirán en: cesar a todos los extranjeros no autorizados; ser sometido a fiscalización por un periodo de tres meses; presentar una declaración jurada que manifieste que ha terminado toda relación laboral con extranjeros no autorizados y que en el futuro no empleará más personas que se encuentren en ese supuesto. Podrá también hacerse acreedor a la suspensión de todas las licencias de trabajo hasta por diez días.

Si el empleador ha incurrido en una segunda violación a la ley que se comenta, podrá enfrentarse a la revocación permanente de todas las licencias de operación.

De lo dicho hasta aquí podemos aseverar que las consecuencias de emplear personas extranjeras indocumentadas son graves para los empleadores y dueños de establecimientos, además estas violaciones a la ley por parte de los empleadores, podrán ser denunciadas de manera anónima por cualquier persona.

Las penas de este tipo, generan un clima de rechazo a contratar personas indocumentadas. Esto es grave, ya que los indocumentados tienen como objetivo siempre o casi siempre, el obtener un empleo.

Por otro lado, el hecho de que cualquiera pueda formular estas denuncias, fomenta un clima de desconfianza hacia la comunidad de acogida de los migrantes, lo que dificulta seriamente su integración.

De tal forma, que los empleadores y la comunidad los rechaza, pues su principal objetivo es ahora tipificado como delito y a su vez, el migrante rechaza a la comunidad por la incertidumbre de poder ser denunciado por cualquiera de sus miembros.

Así las cosas, se antoja imposible una completa integración al medio por parte de las personas llegadas a esa comunidad.

Otra ley migratoria que podemos utilizar como ejemplo, es la promulgada por la legislatura del Estado de Alabama en los Estados Unidos de América "HB56", titulada "Ley Beason-Hammon de protección a Contribuyentes y Ciudadanos de Alabama" que además de fomentar la discriminación contra los inmigrantes no autorizados asentados en su territorio; tiene como objetivo atacar

*todos los aspectos de la vida de un extranjero ilegal en el país... crear tantos obstáculos para su vida en el país que finalmente se deporten ellos mismos,*¹⁴³ con disposiciones como la prohibición de celebrar contratos con el estado, por ejemplo servicios públicos, la nulidad de los contratos celebrados entre particulares cuando una de las partes se encuentre en ese supuesto; la tipificación como delito de la solicitud de empleo; la investigación del origen de los padres de los estudiantes menores de edad; etc.¹⁴⁴

Hasta aquí hemos visto cómo el derecho se erige en una barrera fuerte a la llegada, establecimiento e integración de los migrantes; con todo, no es la única que existe.

Otra barrera que podemos identificar es la de la violencia contra los migrantes, que puede ser ejercida por entes estatales o no, pero que ocurre fuera de la ley, es decir por la ausencia o negligencia de las autoridades o del orden jurídico mismo. El caso de México, donde la violencia se ha generalizado contra los extranjeros indocumentados sirve de magnífico ejemplo a este trabajo.

Es sabido que en los últimos años miles de personas provenientes de centro y Sudamérica e incluso de Asia y África han sido víctimas del crimen organizado.

¹⁴³ Human Rights Watch, Informe “Vivir sin Dignidad. La Ley sobre Inmigración de Alabama” afirmación hecha por el legislador Mickey Hammon, durante el debate previo a la aprobación en la Cámara el 5 de abril de 2011, disponible en <http://www.hrw.org/es/reports/2011/12/14/vivir-sin-dignidad> consultado 28 de marzo de 2012.

¹⁴⁴ *Vid. Infra.* Capítulo 4.

Para conocer algunos datos fácticos, de acuerdo al Informe especial emitido en febrero de 2011 por la Comisión Nacional de Derechos Humanos¹⁴⁵, uno de los delitos cometidos en mayor medida contra los migrantes es el secuestro, llevado a cabo generalmente por parte de los grupos de la delincuencia organizada, cuyas principales víctimas son las personas migrantes provenientes de Centroamérica que se encuentran en tránsito por nuestro país en su viaje hacia los Estados Unidos.

También tenemos que de acuerdo a Amnistía Internacional, en México se vive una crisis de derechos humanos cuya principal víctima son los migrantes indocumentados, según lo dio a conocer en la nota PRE01/136/2010 del 28 de abril de 2010, *Los abusos generalizados contra migrantes en México son una crisis de derechos humanos*.¹⁴⁶ En el mismo tenor, la arquidiócesis primada de México en una nota publicada en su semanario Desde la Fe, el 3 de abril de 2011, afirmó "...que las autoridades mexicanas no sólo han hecho poco por salvaguardar la dignidad e integridad de los migrantes, sino que no hay una intención clara de buscar un acuerdo con el vecino país del norte para hacer realidad una reforma migratoria integral"; *Ofenden ganancias por tráfico de migrantes: Iglesia Católica*,¹⁴⁷ es el título de otra nota publicada por el Universal.

¹⁴⁵ Informe especial sobre secuestro de migrantes en México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 22 de febrero de 2011, disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2011_secmigrantes.pdf, consultado el 29 de septiembre de 2011.

¹⁴⁶ disponible en www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/mexico-los-abusos-contra-migrantes-crisis-de-ddhh-2010-04-28/, consultado el 23 de mayo de 2011

¹⁴⁷ Disponible en www.eluniversal.com.mx/notas/756442.html, consultado el 9 de abril de 2011. Aranda, Jesús, *Zetas ejecutaron por la espalda a 72 migrantes; no pudieron pagar rescate*, en La Jornada online, disponible en www.jornada.unam.mx/2010/08/26/politica/002n1pol, consultado el 23 de mayo de 2011.

Como consecuencia del aumento en la comisión de delitos contra los migrantes, el informe revela que el 22 de marzo de 2010, en el marco del 138 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), varias organizaciones de la sociedad civil solicitaron una audiencia pública, a fin de presentar ante los comisionados la situación del secuestro sistemático y generalizado en perjuicio de personas migrantes en México, cometido por el crimen organizado.

En los documentos presentados se afirmó que el fenómeno de la migración en México y en la región de Centroamérica se ha vuelto cada vez más complejo en términos de la composición, rutas y destinos de los flujos migratorios, así como en los retos que las personas migrantes deben afrontar a lo largo de su tránsito y estancia en una región de la cual no son originarios.

En relación a las rutas, la CNDH ha elaborado un mapa donde identifica los puntos más riesgosos por el alto índice de criminalidad contra los migrantes en la República, tomando como base la información oficial y el dicho de los propios migrantes, tales lugares son:

1. Baja California: la zona montañosa de Tecate y tramo carretero TijuanaTecate.
2. Chiapas: Palenque (Pakal-Na y Chacamax), Arriaga, Tapachula, Pijijiapan, Salto de Agua, Pichucalco, Estación Juárez y Playas de Catazajá.
3. Coahuila: Saltillo, Piedras Negras y Ciudad Acuña.
4. Estado de México: Valle de Cuautitlán.
5. Guanajuato: Municipio de Celaya (en el cruce de las vías del tren) y el municipio de Apaseo el Alto.
6. Guerrero: Cuajinicuilapa (en los límites con Oaxaca) y San Juan de los Llanos en Igualepa.
7. Michoacán: Queréndaro (Pueblo Viejo), Cotija de la Paz, Paso de Núñez y Acuitzio del Canje.

8. Nuevo León: Carretera Monterrey – Colombia; brecha del Gas, de Coahuila a Tamaulipas, pasando por el municipio de Anáhuac, NL, carretera Monterrey Laredo, transitando por los municipios de Zuazua, Ciénega de Flores y Sabinas Hidalgo, NL; carretera intermunicipal de Sabinas Hidalgo al municipio de Guerrero Tamaulipas, pasando por el municipio de Parás, N.L.; brecha de Sabinas, Guerrero a Tamaulipas, entrando por el km. 60; carretera Monterrey-Miguel Alemán, pasando por los municipios Marín, Dr. González, Cerralvo y Treviño; carretera Monterrey-Reynosa, cruzando por los municipios de Cadereyta, Los Ramones, Chipa y General Bravo, N.L.

9. Oaxaca: Vías del tren en los puntos de Chahuities, Ixtepec, Matías Romero, Tuxtepec y Zanatepec.

10. Querétaro: Vías del tren en los puntos que atraviesan por Pedro Escobedo, El Marqués y San Juan del Río.

11. Quintana Roo: Cancún.

12. San Luis Potosí: Colonia las Terceras y delegación municipal de Bocas.

13. Sonora: Santa Ana, Altar, Caborca y Sásabe.

14. Tabasco: Tenosique (cabecera municipal, Faisán Vía, Boca del Cerro, Pénjamo, Arena Hidalgo y Sueños de Oro), Balancán (el Barí, el Águila, el Pozo, Mactún y el Tinto), Macuspana (Buenavista), Teapa (a un lado de las vías del tren), Huimanguillo (San Manuel, estación Chontalpa, colonia Francisco Rueda).

15. Tamaulipas: Nuevo Laredo, Reynosa, Río Bravo, Ciudad Victoria.

16. Veracruz: Vías del tren en los puntos de Las Choapas, Agua Dulce, Medias Aguas, Jesús Carranza, Amalgres, Sayula de Alemán, Acayucan, Mundo Nuevo, Coatzacoalcos, Cosamaloapan, Tierra Blanca, Córdoba, Loma Bonita, Orizaba y Río Blanco.

Según esta información en la mitad de las entidades federativas los migrantes son víctima de la acción de la delincuencia organizada, y tales sitios corresponden a aquéllos por los que transita el tren que cruza de sur a norte la República Mexicana. El siguiente mapa nos muestra esos puntos:



En el informe que se comenta, las organizaciones civiles señalaron también que no concebir a los migrantes indocumentados como sujetos de derecho, resulta en la falta de marcos normativos adecuados y mecanismos que garanticen y protejan sus derechos humanos, independientemente de su condición migratoria. Lo anterior, deriva en un incremento de violaciones a derechos humanos cometidas por servidores públicos y agentes policiales federales, estatales y municipales, que se traducen en la criminalización de la migración en condición irregular; así como, en mayor probabilidad, para el tráfico ilícito de migrantes, las agresiones físicas, psicológicas y sexuales, la trata de personas y, recientemente, el incremento descontrolado del secuestro a personas migrantes; delitos todos estos que quedan impunes como consecuencia de una política

migratoria con una escasa perspectiva de derechos humanos y que otorga amplias facultades discrecionales a la autoridad.

Al considerar la violencia de esta realidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formuló al Estado mexicano tres recomendaciones o propuestas: 1. Llamar al Estado mexicano a comprometerse en la construcción de un espacio de coordinación interinstitucional para tratar las violaciones a los derechos humanos de los temas expuestos, en el que estuvieran representadas la Secretaría de Gobernación, la Secretaría de Seguridad Pública Federal y la Procuraduría General de la República; 2. Exhortar al Estado mexicano a llevar a cabo las reformas legislativas necesarias para adecuar la normatividad interna con los compromisos internacionales asumidos por el Estado respecto del derecho de acceso a la justicia para las víctimas, respetando el derecho a la no discriminación; y 3. Invitar al Estado mexicano a la conformación de una “Fiscalía especializada en atención a migrantes en tránsito por México víctimas de secuestro”, que atienda integralmente a las personas que así lo requieran, para velar por su integridad, su seguridad y la reparación del daño.

La naturaleza de estas peticiones provocaron la implementación de una serie de acciones jurídicas por parte del Estado: en 2010 el Instituto Nacional de Migración publicó el Manual de Criterios y Trámites Migratorios del INM, publicado en el Diario Oficial de la Federación, en el cual se considera el otorgamiento de la forma migratoria de no inmigrante visitante por protección internacional y razones humanitarias, a las personas vinculadas a proceso, que incluye a extranjeros víctimas o testigos de un ilícito que deseen permanecer en el país para dar seguimiento al proceso penal.

Además, el INM informó que, con la publicación, el 7 de octubre de 2009, en el Diario Oficial de la Federación, de las nuevas “Normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias”, se garantiza el acceso a los migrantes a una adecuada atención médica y se permite homogeneizar los servicios que a este respecto se brindan en las estaciones migratorias;

Con todo, no fue sino hasta 2011 en que el Estado mexicano ha implementado modificaciones importantes en su política, tanto interior como exterior, que consisten esencialmente en emancipar la política migratoria de la poblacional, valiéndose para ello de reformas constitucionales y legales que importan modificaciones sustanciales en materia de Derechos Humanos.¹⁴⁸

Un documento más que permite apreciar esta realidad violenta, es el informe que publicó Amnistía Internacional el 11 de octubre de 2012, “Culpables Conocidos, Víctimas Ignoradas. Tortura y Maltrato en México”.¹⁴⁹ En el que con referencia a los migrantes señaló en síntesis los siguientes puntos:

- Decenas de miles de migrantes irregulares intentan cruzar México todos los años de camino a la frontera estadounidense. Millares son víctimas en el camino de secuestro, violación, palizas y asesinato a manos de bandas criminales, que a menudo actúan en connivencia con funcionarios públicos.

¹⁴⁸ *Vid. infra*. Capítulo tres, en relación a las reformas legales en la materia, que incluyen la derogación de varios artículos de la Ley General de Población y la publicación de las leyes de Migración y Refugiados y atención complementaria y sus respectivos reglamentos. Y para la reforma sufrida por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, véase el capítulo cuatro.

¹⁴⁹ Informe disponible en [http://amnistia.org.mx/publico/tortura/24106312.ext%20\(Tortura%20y%20maltrato%20en%20Mexico-INFORME\)%20\(1\).pdf](http://amnistia.org.mx/publico/tortura/24106312.ext%20(Tortura%20y%20maltrato%20en%20Mexico-INFORME)%20(1).pdf) consultado el 12 de octubre de 2012

- Según la CNDH, en 2010 fueron secuestrados sólo en un semestre 11.000 migrantes, y muchos sufrieron graves malos tratos en situaciones en las que pudo haber funcionarios públicos implicados.³⁰
- La policía municipal ha sido acusada a menudo de entregar a personas migrantes a bandas criminales, que las someten a tortura para conseguir números de teléfono de familiares suyos en Estados Unidos o en Centroamérica, a los que se obliga a su vez a pagar por ellas para que no las asesinen, las hagan desaparecer o las mutilen.
- Raras veces se hace rendir cuentas a las bandas criminales y a los funcionarios públicos implicados en estos abusos. Amnistía Internacional no conoce un solo caso en que se haya procesado a agentes de policía u otras fuerzas de seguridad por tortura o malos tratos a migrantes, pese a haber testimonios de testigos presenciales de su participación, así como recomendaciones de la CNDH en este sentido.

La realidad es que los migrantes, sobre todo en situación de irregularidad, viven al margen del Estado. El Derecho los califica como regulares e irregulares y al experimentar la ley, cuando no reúnen los requisitos para que les sea otorgada una condición de estancia regular, los migrantes sufren el abandono; la probabilidad de toparse con situaciones violentas y terroríficas cuyos autores pueden ser tanto los delincuentes como las autoridades, penetran la subjetividad de las personas que han tomado la decisión personal de emigrar.

En este sentido la Ley ejerce sobre ellos violencia, pues al momento de nombrar, definir, limitar, permitir, prohibir y diferenciar lo legal de lo ilegal, el migrante como miembro de un grupo vulnerable y parte de una categoría poco relevante, queda siempre del lado ilegal, de lo prohibido.

Así pues, podemos concluir que la frontera territorial, que puede estar representada por las fuerzas armadas, los perros, el muro, la garita, el puente internacional, el desierto, el mar, el río, no son los únicos obstáculos que el migrante debe sortear para alcanzar el lugar de destino.

Para superarlos necesita primero alcanzarlos, sorteando toda clase de peligros, como en el ejemplo mexicano; y una vez superados, se enfrenta a sistemas jurídicos como los estadounidenses que fomentan la desconfianza, la discriminación, el racismo y la xenofobia.

4. El migrante

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, editado por la Academia de la Lengua Española, en su vigésimo segunda edición, el migrante es aquella persona que migra o emigra; y el verbo emigrar es definido como

1. intr. Dicho de una persona, de una familia o de un pueblo: Dejar o abandonar su propio país con ánimo de establecerse en otro extranjero.

2. intr. Ausentarse temporalmente del propio país para hacer en otro determinadas faenas.

3. intr. Abandonar la residencia habitual dentro del propio país, en busca de mejores medios de vida.

En México la Ley de Migración¹⁵⁰ define al migrante como el *individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación*, y distingue también a los menores de edad que viajan solos como *niña, niño o adolescente migrante no acompañado* y los define como *todo migrante nacional o extranjero niño, niña o adolescente menor de 18 años de edad, que se encuentre en territorio nacional y que no esté acompañado de un familiar consanguíneo o persona que tenga su representación legal*.

Partimos entonces de la base de que cualquier persona que abandone su país con ánimo de establecerse en el extranjero o que planee su ausencia sólo temporal por razones laborales o que incluso establezca su

¹⁵⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011 y entró en vigor el 26 de mayo de 2011.

residencia en otro lugar dentro de su país, se considera migrante, por lo que es necesaria la precisión de que en esta oportunidad se hace referencia únicamente a los migrantes internacionales, es decir a los que se establecen fuera de su país de origen, independiente de los motivos que los impulsen a ello. Esto no quiere decir que considero irrelevante la causalidad de la migración, puesto que en el siguiente apartado se describe a manera de ejemplo, la tipología o clasificación aplicable en México a los migrantes, ya que como se deduce fácilmente, las condiciones bajo las que una persona cruza una frontera estatal, son determinantes en las condiciones de su traslado y sobre todo en el tipo de vida que tendrá en su destino.

A. Análisis Tipológico

La primera gran clasificación de migrantes consiste en migrantes irregulares, esto es, aquéllos cuya internación, tránsito o permanencia en un país extranjero no se ajusta a la normatividad jurídica y en migrantes regulares, por el contrario se trata de las personas que se internan, atraviesan o se establecen fuera de su país, apegándose a los criterios establecidos por la ley; en el mismo tenor, en nuestra legislación, la *situación migratoria* se refiere a la *hipótesis en la que se ubica un extranjero en función del cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones migratorias para su internación y estancia en el país*; por lo que se considera que un extranjero tiene una situación “regular” cuando *ha cumplido dichas disposiciones* e “irregular” *cuando haya incumplido con las mismas*, además la condición regular se identifica con lo que han denominado “condición de estancia”.

A pesar de la aparentemente sencilla separación expuesta, la variedad en las tipologías de la migración internacional *“ilustran las perspectivas multidisciplinarias que están disponibles para referirnos al tema... y para comprenderlas es necesario explorar los términos de la migración”*.¹⁵¹

Dice el documento de la OIM consultado, que por ejemplo, las definiciones pueden darse a partir de un punto de vista geográfico (“migración”), o a partir de un punto de vista humano (“migrante”). Desde un punto de vista geográfico, la “migración” es el movimiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica hacia otra a través de una frontera administrativa o política, con la intención de establecerse de manera indefinida o temporal en un lugar distinto a su lugar de origen.

Continúa diciendo que otra distinción puede hacerse entre “país de origen” o lugar de partida, y el “país de destino” o lugar de arribo. Además, la migración no siempre ocurre directamente entre el punto de origen y punto de destino, sino que incluye uno o más “países de tránsito”. También refiere que en *muchas regiones del mundo* se realizan esfuerzos por armonizar la terminología y definiciones utilizadas para facilitar la concertación e implementación de instrumentos jurídicos internacionales y la aplicación de las políticas migratorias.

¹⁵¹ *Tipologías de la Migración*. Organización Internacional de las Migraciones, disponible en <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/terminology/migration-typologies/cache/offonce/lang/es;jsessionid=E87EBAB2DF3D9260718D28B06D75766D.worker01/cache/offonce/>, consultado el 26 de noviembre de 2010

También apunta que se debe atender no sólo a la tipología elaborada por la ley, sino a otras de tipo social y cultural en las que se toma como referencia algunas características del migrante como son el género, el estado civil, la edad, el grado de instrucción, origen étnico o religión.

Para efectos de presentar una tipología detallada de migrantes, recurriremos al catálogo que contenía la Ley General de Población que estuvo vigente hasta noviembre de 2012.

Turista
Transmigrante
Visitante
Ministro de culto
Asilado político
Refugiado
Estudiante
Visitante distinguido
Corresponsal
Rentista
Inversionista
Profesionista
Cargo de confianza
Científico
Técnico
Familiar
Artista
Deportista

No soslayamos el hecho de que todas esas categorías que enunciaba la Ley General de Población se referían a los migrantes o personas en movimiento con una presencia documentada en México; sin embargo sirve para aclarar que las personas que se deciden cambiar su residencia al extranjero, no son siempre personas obligadas a hacerlo, ni se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

Lo anterior se corrobora con el hecho de que las personas emigran con el propósito de ampliar sus negocios a través de la inversión en un país extranjero; o para realizar estudios; o para asistir a asambleas o reuniones directivas de las empresas transnacionales de las cuales son funcionarios; también puede ser por motivo de su actividad artística, científica o deportista.

Con ello queremos establecer que la pobreza, el desempleo y la marginación no son las únicas razones por las que se generan flujos migratorios.¹⁵²

5. Elementos constitutivos de la migración internacional

Como ya se ha establecido, las causas de la migración han evidenciado ser de muy variada naturaleza, en este apartado se hace referencia a tres en específico, a saber, la interacción estatal, lo que se complementará con la descripción de la geoeconomía mundial de la migración y por último a los factores socio-económicos y políticos que repercuten en la formación y desarrollo de los flujos migratorios internacionales.

A. La formación de flujos migratorios internacionales como consecuencia de la interacción estatal.

Si bien es cierto que el Estado nacional es territorial y se encuentra fijo en determinado espacio geográfico sobre el que ejerce su jurisdicción, también lo es que a pesar de este apego o sujeción física, la situación que presenta el

¹⁵² Esta tesis se demostrará más adelante en este capítulo, en el apartado 4.C.a

sistema internacional le permite actuar o provocar efectos sobre otros Estados, por muy lejanos que se ubiquen.

La globalización, entendida como una *creciente interrelación entre las distintas partes del planeta*,¹⁵³ facilita y multiplica la interacción entre los Estados, entre éstos y organismos no gubernamentales, o entre éstos últimos desde diferentes países. Tan es así que Juan Carlos Velasco habla de que el fenómeno migratorio ha alcanzado un “grado de mundialización”. Esta interacción puede ser de varios tipos: política, económica, cultural, etc.

A causa de la interacción entre Estados y organismos, así como de la entrada, establecimiento, tránsito o salida de personas a su territorio (a través de las fronteras) se evidencia una creciente incapacidad de integrar, gobernar y controlar los efectos que sobre su gobierno e instituciones causan los flujos externos; pues al insertarse en una sociedad distinta a la de su origen, es posible que los migrantes no le otorguen a las normas y a las instituciones valor o su respeto y lealtad, incluso puede ser que no las consideren obligatorias, justas o adecuadas, y por ende no favorezcan su observancia; así los nuevos miembros de la sociedad introducen nuevas formas, costumbres, en suma cultura, que va transformando a la larga el orden normativo, a este respecto debemos considerar uno de los grandes postulados de la antropología jurídica que dice:

Toda categoría jurídica tiene un fundamento cultural, una visión del mundo que la sustenta y por consiguiente no puede tener un alcance universal. Por muy generalizada que esta categoría jurídica

¹⁵³ Velasco, Juan Carlos. *El Estado y la ciudadanía ante el desafío de la inmigración*. En *Revista Internacional de Filosofía Política*. 2006

podiera encontrarse, no representa lo mismo en los diversos ámbitos culturales en los que se aplica.¹⁵⁴

Por otra parte, Sassen¹⁵⁵ ha afirmado que no es suficiente apelar al papel soberano del Estado ni a su cometido de proteger sus fronteras para, en primer lugar encontrar las causas del fenómeno migratorio, y después controlar los flujos y asentamientos migratorios. Y da a conocer los 3 principales rasgos que presenta la regulación migratoria en países altamente desarrollados: a) el manejo de la inmigración como un *proceso autónomo*, b) el tratamiento de la inmigración como una *cuestión de soberanía unilateral* y c) la concepción del Estado como *algo dado*.

Ahora bien, tales rasgos, sigue diciendo Sassen, son incompatibles con *lo que necesita hacerse para tener una regulación inmigratoria viable y sostenible*¹⁵⁶, y propone la necesidad de formar multilateralismos internacionales especializados, puesto que la interdependencia en el mundo forzaría un replanteamiento del modo en que los Estados traten los asuntos migratorios tomando en cuenta los procesos y actores que aparentemente no son protagonistas en la regulación migratoria como el papel de los tratados de libre comercio entre otros ejemplos, así, concluye Sassen afirmando que lo que se considera una *crisis en el control del Estado sobre sus fronteras* puede ser un indicador de la necesidad de abordar el fenómeno migratorio de otro modo.

¹⁵⁴ Adonon Viveros, Akuavi. *Conceptos fundamentales del derecho internacional a la luz de la Antropología Jurídica*. en *La Juridificación de las Relaciones Internacionales*. Becerra, Manuel y Muller Klaus, coord. México, UNAM. 2008

¹⁵⁵ Sassen, Saskia . *La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas*. En *Revista Internacional de Filosofía Política*. 2006

¹⁵⁶ Cfr. Sassen, Saskia, *op. cit.*

Ese modo diverso, sugiere Sassen, puede ser el entender las migraciones como un fenómeno que *responde a una dinámica más amplia a menudo iniciada por las acciones de gobiernos o empresas*¹⁵⁷ de los países de acogida, por ejemplo si los movimientos migratorios son resultado de acciones políticas de los países de origen y destino, sería provechoso buscar dentro de esa política, dentro de esa aspiración a detentar el poder, las causas y no sólo eso sino los objetivos que se plantea tal desplazamiento. Después de todo, esas posturas políticas que conciernen a diversos Estados son muestra de la multiplicidad de causas que esgrimimos.

Por su parte, Beck habla de otro tipo de interacción no entre Estados como tal, sino entre los individuos a lo que llama “Sociedad Global” y explica que *“la sociedad global, que a resultas de la globalización se ha ramificado en muchas dimensiones... se entremezcla con –y al mismo tiempo relativiza- el Estado nacional, como quiera que existe una multiplicidad –no vinculada a un lugar- de círculos sociales, redes de comunicación, relaciones de mercado y modos de vida que traspasan en todas direcciones las fronteras territoriales del Estado nacional.”*¹⁵⁸

También tenemos que las *redes comerciales, administrativas y de desarrollo de los antiguos imperios europeos,*¹⁵⁹ aunados a la gran cantidad de tratados de libre comercio,¹⁶⁰ los que promueven el flujo de capital, mercancía,

¹⁵⁷ *Ídem.*

¹⁵⁸ Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización?* Paidós, España 1998

¹⁵⁹ Sassen, Saskia, *op. cit.*

¹⁶⁰ Según la Secretaría de Economía, México ha celebrado 12 Tratados de Libre Comercio con 44 países (TLCs), 28 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRIs) y 9 acuerdos de

recursos, comerciantes y consumidores; representan un modelo de interacción entre Estados, que además involucra directamente a corporaciones de carácter privado, y a los individuos en su faceta de consumidores, atendiendo a los fines que se han planteado en sus directrices fundamentales, como lo sería en el caso de México, el Plan Nacional de Desarrollo. Sin que obste a lo anterior el argumento de que su celebración propende únicamente a un mejoramiento en la economía nacional.

Otra modalidad de la interacción entre Estados la constituyen los modelos de integración regional, que derivan del tejido de compromisos convencionales que en materia económica van elaborando los países.

B. La geoeconomía mundial de la migración.

El politólogo francés Pascal Lorot, en el año 2000 utilizó el término *geoeconomía* para referirse a la preeminencia de la economía sobre la política en el contexto de poder mundial y la definió como:

El análisis de las estrategias de orden económico, especialmente comercial, decididas por los Estados en el marco de las políticas encaminadas a proteger su economía nacional o sectores bien definidos de la misma, para adquirir el dominio de tecnologías claves y/ o conquistar segmentos del mercado mundial relativos a la producción y a la comercialización de un producto o una gama de productos sensibles, que confiere a su poseedor un elemento de poder y de presencia internacional, que ayuda a reforzar su potencial económico y social.¹⁶¹

comercio (Acuerdos de Complementación Económica y Acuerdos de Alcance Parcial) en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

¹⁶¹Checa Artasu, Martín, *Aproximación a la geoeconomía china en el África Subsahariana*, en "Seminario Anual de Investigación sobre la Cuencia del Pacífico", ponencia disponible en http://apec.uco.mx/Sem08/ponencias/8/sem08_articulo_Checa.pdf consultado el 28 de noviembre de 2011.

De acuerdo a esa definición, la geoeconomía tiene que ver con la manera en cómo los Estados intentan apropiarse de tecnologías y mercados con la finalidad de apuntalar su economía o algunas ramas de ella. Eso implica que ponen en marcha planes y estrategias que les permitan una mayor penetración en los mercados mundiales, lo que acarrea como consecuencia su presencia, sea real o virtual, dentro del territorio de otros países lo que genera condiciones precursoras de la formación de flujos migratorios.

De acuerdo con Sassen, *la existencia de una geoeconomía de la migración viene sugerida por los principales patrones inmigratorios. Si la inmigración fuera simplemente una cuestión de regulación y de querer imponer controles, entonces muchos de los actuales flujos ilegales no deberían existir.*¹⁶²

Sin embargo, de acuerdo con el Informe sobre las Migraciones en el Mundo, edición 2010, publicado por la OIM de la ONU,¹⁶³ el número total de migrantes internacionales en todo el mundo se calcula que asciende en 2010 a 214 millones de personas, esta cifra se califica de estable entre 2005 y 2010, pues según el documento consultado, se registra un 0.1% de incremento porcentual entre los dos años; a pesar de la estabilidad en los últimos cinco años, los flujos mundiales se han incrementado en las últimas tres décadas, en 1975 se estimó que existían 175 millones de personas fuera de su país de origen.

Se desprende del mismo informe (ver mapa 1), que Europa fue la región que registró el mayor número de migrantes en 2010, con 77,1 millones de personas nacidas en él, pero en términos porcentuales, esta cantidad representa

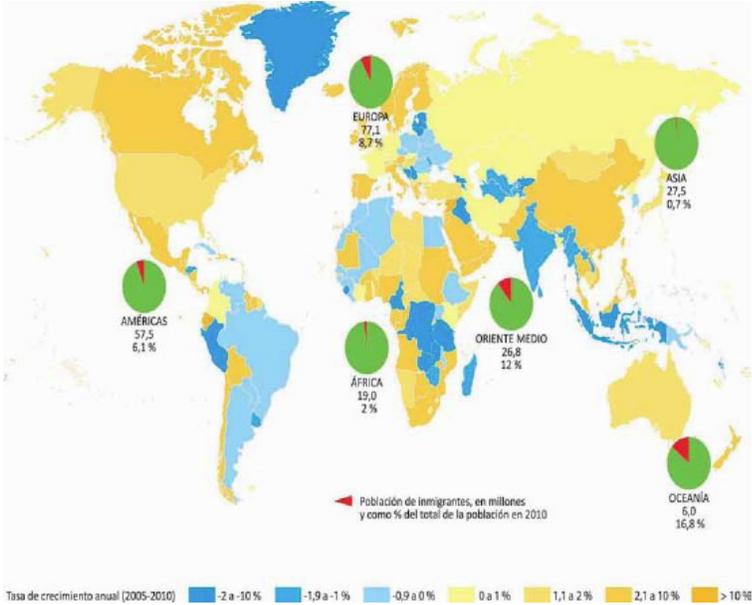
¹⁶²Saseen, *op. cit.* p. 24

¹⁶³ Publicado el 26 de noviembre de 2010 y disponible en el sitio de la Organización Internacional de las Migraciones en http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR_2010_SPANISH.pdf

el 8.7% de la población total. Caso contrario el de Oceanía y el Oriente Medio, donde un número más reducido de migrantes 6 y 26.8 millones de migrantes respectivamente, representan un porcentaje mucho más elevado de la población, en Oceanía 16,8% y en Medio Oriente e 12%. En Asia se observa una cantidad mayor a la del Medio Oriente u Oceanía y a pesar de ello, sólo equivalen al 0,7%.

Se mencionan países, en donde se aprecia el aumento de los contingentes de migrantes entre 2005 y 2010, en primer lugar se encuentra Ecuador donde se aprecia una tasa de aumento del 23%; los países que reportan un crecimiento de un año para otro superior al 10% son la Republica Árabe Siria, Islandia y Qatar.

El número de migrantes disminuyó en algunos otros países, entre los principales están Iraq (-8.6%), Armenia (-8,4%), Sierra Leona (-7,1%), Tonga (-6,3%) y Burundi (-5,9%). En números reales, los países de Europa Central y Oriental y Asia Central reportan un decrecimiento constante en esas cifras.

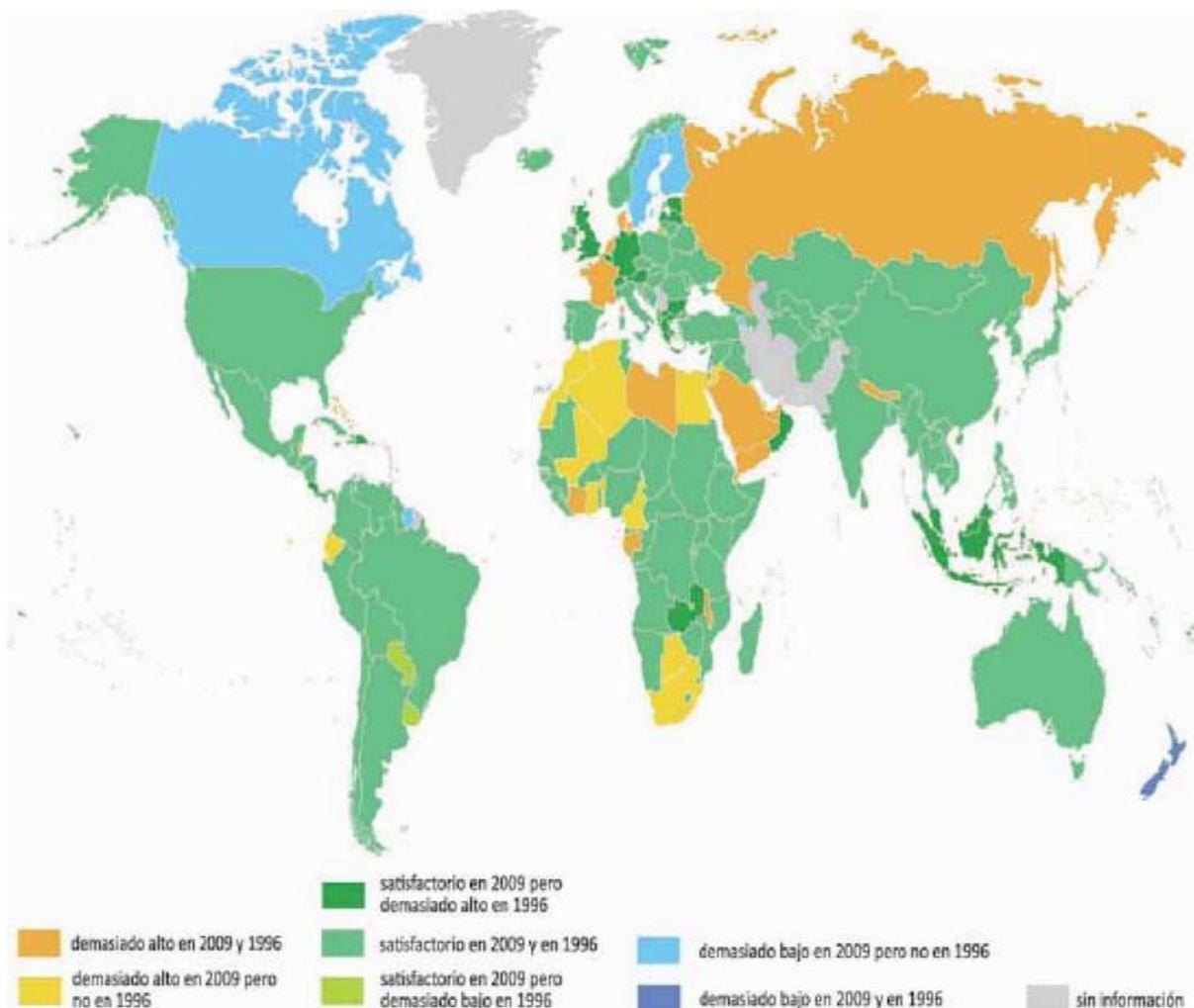


Mapa 1.

Los Estados Unidos de América, siguen siendo el país con el mayor número de habitantes migrantes, y como dato relevante, seis de los principales países con mayor número de migrantes son europeos.

Por otro lado, la OIM también recabó la opinión de los gobiernos de diversos Estados acerca de la inmigración que han recibido en los últimos años, los resultados de tal ejercicio revelan que *la inmensa mayoría* respondió que el nivel de inmigración corriente era “satisfactorio”. Fueron encuestados los gobiernos 146 países de todo el mundo, entre ellos seis de los principales países de destino de la migración internacional: Alemania, España, Estados Unidos de América, India, Ucrania y Reino Unido.

Las respuestas de 20 países, incluidos nuevamente Alemania y el Reino Unido, además de Austria, Bélgica, Indonesia, el Líbano y Zambia, dejó de ser “demasiado alto” para pronunciarse por “satisfactorio” en el período 1996-2009; este cambio de percepción del fenómeno migratoria en países que tienen gran cantidad de inmigrantes, obedece quizá a la implementación de políticas migratorias tendentes a integrar mejor los flujos migratorios a sus dinámicas internas y que han arrojado resultados exitosos; o quizá se deba también, a la contribución económica que la mano de obra migrante aporta a la sociedad de destino; o a un cambio en la manera de percibir al migrante y su entorno. Ver mapa 2.



Mapa 2.

El último elemento a analizar es la relación a nivel regional, entre las remesas enviadas por los migrantes a sus países de origen y la ayuda exterior por regiones.¹⁶⁴ Según estimaciones del personal del Banco Mundial, basadas en el

¹⁶⁴ La ayuda exterior incluye la asistencia oficial para el desarrollo.

Anuario de Estadísticas de Balanza de Pago, del Fondo Monetario Internacional.¹⁶⁵

Como ya hemos adelantado, las remesas constituyen una fuente importante de entrada de recursos a países en vías de desarrollo.

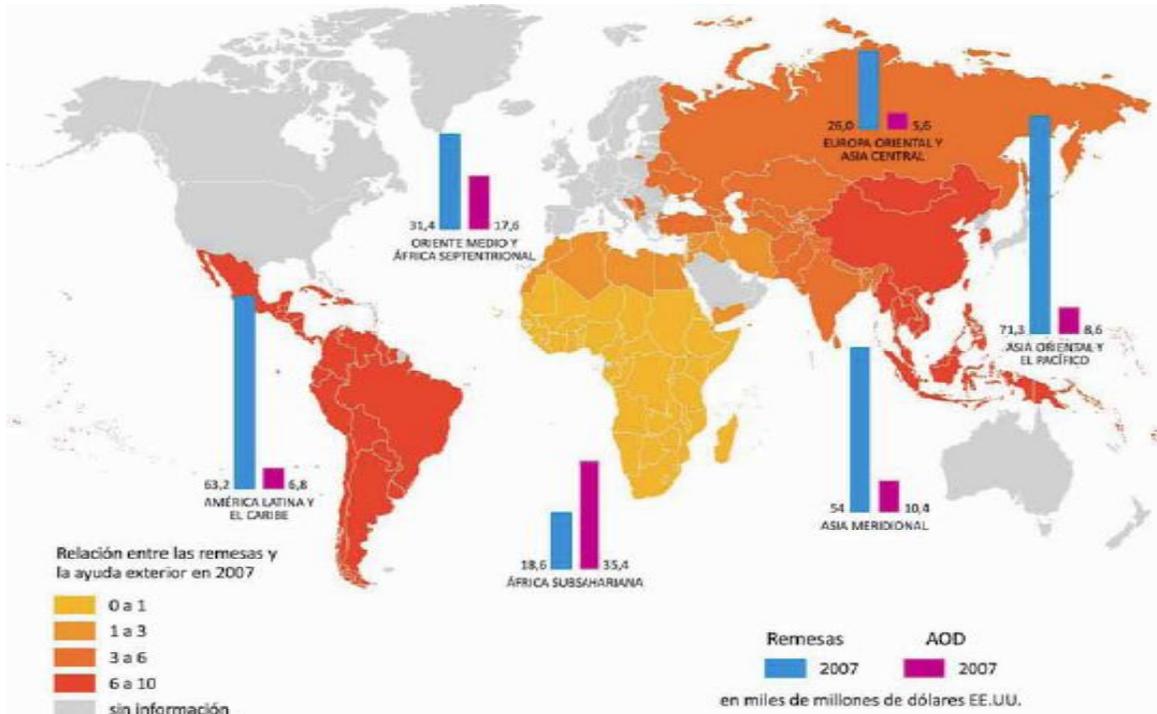
En efecto, el informe en comento revela que la cantidad obtenida por remesas es mayor a las recibidas por ayuda internacional, y se observa el Caribe y América Latina conforman la región donde la diferencia es más pronunciada, puesto que por cada 9.3 dólares enviados a esos países por remesas, sólo se envía 1 por ayuda exterior; el segundo sitio le corresponde a Asia Oriental y el Pacífico, en donde se tiene que por cada 8.3 dólares de remesas se obtiene 1 por ayuda.

Desde 2005 las diferencias entre ambos conceptos es más marcada, pues en los últimos años se ha registrado un crecimiento de gran escala en las corrientes de remesas y no así el de la ayuda exterior, que se ha visto reducida, pues para Asia Oriental y el Pacífico esta ayuda se contrajo en un 10.4%, mientras que las remesas aumentaron un 41% en el África subsahariana por ejemplo, y así el crecimiento porcentual de las remesas es 91% mayor al de la ayuda exterior.

Otro dato interesante es que las remesas favorecen a países de ingresos medianos, los que recibieron aproximadamente en 2007, doscientos sesenta y cinco mil millones de dólares y a los países de ingresos bajos sólo les

¹⁶⁵ El documento consultado hace la advertencia de que las cifras regionales corresponden a las regiones definidas por el Banco Mundial en relación con las corrientes de remesas, y no incluyen a los países de ingresos altos de la OCDE. Se han excluido también las cifras correspondientes a Bulgaria, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Polonia y Rumania, que son Estados miembros de la UE. Sin embargo, las cifras regionales que utiliza el Banco Mundial para la ayuda exterior sí incluyen a algunos otros Estados miembros de la UE, así como a Australia, el Japón, y otros países, que no se destacan en el mapa debido a que la cuantía de ayuda exterior que reciben esos países se considera insignificante, en *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010*, op. cit. p. 257

fueron enviados en ese período 25,000 millones de dólares en remesas. Ver mapa 3.



Mapa 3.

En números absolutos tenemos que en 2010 se estima que las remesas enviadas se elevan a la cantidad de 440,000 millones de dólares americanos; aumentaron de 132,000 millones en el año 2000, a pesar de la ligera disminución provocada por la crisis económica financiera global, y los principales países beneficiados fueron India, China, México, Filipinas y Francia.

Ahora bien, los datos expuestos aportan elementos que permiten identificar la geoeconomía de la migración internacional mundial actualmente.

El primer mapa de referencia, el que ilustra la cantidad de migrantes por región y el porcentaje de la población que representan en el país de destino, como se ha dicho, no ofrece variaciones sustanciales en los últimos años, por lo

que no es novedoso para nosotros. Pero es importante reparar en el hecho de que refleja una tendencia sostenida, lo que se traduce en la idea prevaleciente a nivel mundial, de que determinados países (Estados Unidos de América, Alemania o la Federación Rusa) se han consolidado como lugares atractivos para residir, pues el seguir representando destinos favoritos para los migrantes, por más de veinte años, refleja la existencia de vínculos fuertes entre éstos y los países de origen, formados esencialmente por los propios migrantes, sus historias exitosas, la cantidad de remesas que envían a casa y la asistencia que brindan a su familia.

En cuanto al segundo y tercer mapas, podemos interpretarlos como elementos que acusan el vínculo entre migración y desarrollo que busca y promueven la ONU y la Unión Europea, del que hemos hablado, ya que el tercero demuestra en cifras duras la relación provechosa entre la generación de recursos y la migración, al punto de que supera en gran medida la ayuda que los países de origen podrían llegar a obtener, lo que al concatenarse con otros elementos económicos de la inversión y el ahorro, podrían convertirse en una herramienta para el desarrollo.

En ese sentido, podemos aceptar que el desarrollo humano puede derivar de la migración y por ello es que las personas que permanecen en el país de origen, deseen imitar a sus connacionales que han emigrado

Por su parte el Mapa 2, revela la opinión de los gobiernos de distintos Estados y regiones acerca de la cantidad de migrantes que se internan por sus fronteras, la cual de manera estándar fue de *satisfactoria*, esta calificación yo la entiendo como una aprobación, si bien, restringida, a la inmigración.

La aprobación que percibo no tendría que ser al fenómeno en sí, como a sus efectos. Los Estados Unidos y Alemania (como ejemplo de los países-destino preferidos) consideran satisfactoria la inmigración tanto en 1996 como en 2009, ¿esto será una señal de que efectivamente la Migración y el Desarrollo puedan estar vinculados? Probablemente. El hecho de que la cantidad de recursos enviados a través de las remesas se interprete junto a las calificaciones de satisfacción que otorgaron los gobiernos estatales a la migración, ello permitiría pensar de ese modo; sin embargo, el resultado obtenido es a nivel regional y para poder aseverar lo anterior se requiere desde mi punto de vista, atender a un ejemplo histórico sobre este punto. Con lo anterior no pretendo restar el valor que como indicio representan estos datos, lo que para efectos de este trabajo es suficiente.

C. Factores socioeconómicos y políticos.

a. La pobreza y el desempleo.

La pobreza y el desempleo son dos fenómenos que han sido asociados de forma directa a la migración, se ha creído que son la causa de que las personas tomen la decisión personal de emigrar. Incluso, algunas opiniones afirman que la migración es el *más claro indicador* de altos niveles de pobreza, desempleo y subdesarrollo de un Estado.¹⁶⁶

El informe de desarrollo humano “Superando barreras: movilidad y desarrollo humano”,¹⁶⁷ elaborado en 2009 por el Programa de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas, estableció que el análisis del fenómeno migratorio debía partir de la *extraordinaria desigualdad* de la distribución global de oportunidades.

Esa misma fuente señala que tan sólo en Latinoamérica viven más de trescientos millones de personas en situación de pobreza y una tercera parte de ellas vive en situaciones de miseria extrema, carecen de vivienda y viven en estado de desnutrición, lo que explicaría la tendencia de los habitantes de esa región a emigrar a los Estados Unidos.

Se asume entonces que la pobreza y el desempleo son el empuje de la emigración, debido a que muchos de los estudios migratorios han identificado condiciones de vida comunes en las personas que conforman los grandes flujos migratorios como los bajos ingresos, el origen de países menos o no

¹⁶⁶ Cfr. Programa “Ciudad Hospitalaria, Intercultural y de atención a migrantes” Gobierno del Distrito Federal, 2006, p. 4

¹⁶⁷ Op. Cit. Informe disponible en http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_ES_Summary.pdf, consultado el 28 de diciembre de 2012

desarrollados, con poca o ninguna educación o la disposición a aceptar empleos indeseables.¹⁶⁸

Empero, algunos autores sostienen que los motivos que impulsan a una persona a emigrar no son tan simples, ni derivan de una decisión completamente personal, sino que 'la opción de la movilidad es un producto social.¹⁶⁹

Efectivamente, la pobreza y el desempleo por sí mismos, no causan la emigración, además, la emigración no se da hacia *cualquier* destino, tiene un objetivo y una ruta bien definidas, y no *cualquier* persona que se encuentre en situación de pobreza o que carezca de empleo o ingresos emigra.

Anteriormente hemos hablado de la globalización como un proceso de interacción entre los Estados, ahora debemos adicionar que esa interacción alienta una serie de *dinámicas articuladoras* que fomentan la formación de *infraestructuras globales*,¹⁷⁰ derivadas de la configuración de los sistemas económicos globales o economías mundo.

Hemos hablado de que, a consecuencia de la geoeconomía mundial de la migración, existe presencia de empresas en varios países del globo y además un flujo constante de capital, vía inversión o vía remesas, entre personas ubicadas en diferentes lugares del mundo, ello *además de crear la conexión entre los países que envían y los que reciben capitales... permiten la creación de*

¹⁶⁸ Cfr. Sassen, Saskia, *La formación de migraciones internacionales: implicaciones políticas*, op. cit.

¹⁶⁹ *Ídem*

¹⁷⁰ *Ídem*

*imaginarios marcados por la influencia de la industria global del entretenimiento y de la cultura de consumo*¹⁷¹.

Además, existe una fuerte demanda de inmigrantes en la economía informal de los países de destino, que aunado a la proximidad geográfica y la porosidad de muchas fronteras¹⁷², genera efectivamente movimientos migratorios, cuyo principio sea precisamente el desempleo; pero que como vemos, debe estar aderezado por otras circunstancias.

Tales infraestructuras globales, creadoras de imaginarios globales emergentes que vinculan a los países, se asemejan a lo que Wallerstein identifica como los mecanismos que crean en la consciencia de los hombres un *universalismo falaz*,¹⁷³ que consiste en la propagación de la idea de que todas las personas de todo el mundo tienen la capacidad y *pueden* acceder a los mismos bienes, sean educativos, culturales, económicos, familiares; y que constituyen unos poderosos motores de la migración internacional.

A esto debemos sumarle que la globalización económica ha acarreado consecuencias económicamente devastadoras en los países más pobres o mejor dicho, menos competitivos, reproduciendo el patrón de pobreza y desempleo ya existente en los mismos; en conclusión, la pobreza y el desempleo deben darse en ambientes inmersos en lo aquí descrito para que sean efectivamente motivos de emigración; lo que además se complementa con los factores a que hacemos referencia en los siguientes incisos.

¹⁷¹ *Ídem*

¹⁷² Battistella, Graziano, *Irregular Migration: an approach to an intractable issue*, en "Diritto e politiche delle migrazioni nel Mediterraneo", Organización Internacional de las Migraciones (IOM) e Instituto Internacional de Derecho Humanitario (IIHL) editores, Genova, 2009, p. 49

¹⁷³ Wallerstein, Immanuel, *Op. Cit.* p. 63

b. Las acciones estatales tanto de origen como de destino, que contribuyen a formar los flujos.

Entre las interrogantes más frecuentes sobre el origen de la conformación de flujos migratorios, existen las relativas a las acciones que los Estados llevan a cabo de manera unilateral, y que aparentemente no tienen repercusión en la migración.

Para complementar las ideas contenidas en los apartados anteriores, podemos decir que las actividades estatales que fomentan la creación de importantes flujos migratorios internacionales, son esencialmente de dos tipos:

- 1.- los que tienen que ver con la globalización económica
- 2.- los que tienen que ver con la creación de regímenes jurídicos supranacionales.

El primer punto ya ha sido objeto de estudio líneas arriba, quizá sólo debamos reafirmarlo con la idea de que gracias a la globalización, la penetración de empresas multinacionales en países periféricos ha generado fuertes atractivos a la migración tanto documentada como indocumentada, además de que un mercado laboral secundario requiere de una gran cantidad de personas¹⁷⁴ que estén dispuestas a realizar el trabajo, aunque sea riesgoso, insalubre, mal pagado, fuera de la economía formal e inestable, lo que genera la idea de que en los países desarrollados “sobra” el trabajo que en los demás “falta”.

En cuanto al derecho, se considera esencialmente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues este pugna por proteger a los

¹⁷⁴ Cfr. Joppke, Christian, *Why liberal States Accept Unwanted Immigration*, en “World Politics”, vol. 50, No. 2, enero 1998, pp. 266-293, disponible en <http://www.jstor.org/stable/25054038>, consultado el 03 de marzo de 2011.

migrantes, independientemente de su nacionalidad, limitando así la discrecionalidad de los Estados en torno a los extranjeros y devaluando en cierto modo la ciudadanía,¹⁷⁵ lo que representa una tendencia a revertir el énfasis en la política y el derecho estatales de la soberanía al derecho de las personas a tomar sus propias decisiones, como la de fijar libremente el lugar de su residencia.

Debemos hacer referencia a una coincidencia importante, a fin de clarificar esta idea, de acuerdo a los datos aportados anteriormente¹⁷⁶, tenemos que los principales países de destino de los flujos internacionales coinciden con los países que en general se caracterizan por ser repúblicas liberales, con regímenes jurídicos domésticos fuertes y bien definidos que tienden además, al respeto de los derechos humanos y del derecho internacional en general.

En ese sentido, Joppke¹⁷⁷ nos dice que sólo los estados liberales sufren el problema de la inmigración indeseada; y encima estos estados han proclamado a nivel mundial una soberanía absoluta (de la que en realidad nunca ha gozado ningún Estado) y un respeto irrestricto a los derechos humanos y a las libertades civiles, entre las que destacan la libertad de prensa y de opinión, así como la posibilidad de criticar las acciones estatales.

En conclusión todas esas características combinadas generan sobre los llamados estados liberales o centrales, según hemos visto, una presión importante y una vigilancia permanente en torno a las acciones que toman para controlar o regular la migración internacional.

¹⁷⁵ *Ídem.*

¹⁷⁶ *Vid. Supra* Capítulo uno

¹⁷⁷ *Cfr. Joppke, Christian, op. cit*

Así pues, tenemos que las acciones estatales tendientes a maximizar el crecimiento económico a través de una industria que genere altas utilidades a bajo coste y las obligaciones jurídicas y políticas auto impuestas a nivel inter y supranacional, han ido convirtiendo a los países liberales en auténticos imanes inmigratorios. Lo que ha sido calificado como la *paradoja liberal*, según la cual, los países más poderosos del planeta están limitados por sus propias leyes en el esfuerzo de regular o suprimir la migración clandestina.¹⁷⁸

c. Las Redes de Migrantes

El último factor al que nos referimos como coadyuvante a la formación de flujos migratorios internacionales, lo constituyen las *redes* que han ido tejiendo los migrantes.

Tales redes acusan la naturaleza transnacional del fenómeno, pues se refieren a las relaciones sociales, familiares, políticas y religiosas que establecen y mantienen las personas en movimiento, con otras personas, comunidades o instituciones presentes tanto en su lugar de origen como en el de acogida.

Este entramado de relaciones, que puede ser tan basta como número de parientes, amigos, paisanos tenga el migrante, así como las instituciones en las que haya militado o milite y las comunidades a las que haya pertenecido o pertenezca, le permiten estar de algún modo *presente* en varios lugares a la vez.

¹⁷⁸ Portes, Alejandro, *Un diálogo Norte-Sur*, Op. cit. p. 656.

Las redes influyen en la conformación de flujos migratorios de la siguiente manera: existe un primer emigrante o grupo de emigrantes, ellos logran establecerse en el puerto de destino, generan ciertas condiciones de vivienda, de asimilación al medio, de inserción laboral. Estas condiciones las ofrecen a personas de su lugar de origen, generalmente amigos o familiares, de modo que cuando ellos decidan o logren emigrar, se inserten de manera más exitosa gracias a la brecha que sus antecesores han abierto.

Las redes de migrantes han sido considerados como una herramienta para que la inserción e incluso el traslado de las personas, sea lo más amigable y tersa posible.

Hoy en día, una gran cantidad de residentes mexicanos en Estados Unidos, ha conformado diversas redes que incluso se han erigido como interlocutores ante el gobierno estadounidense y ante el mexicano. Representan a la vez una organización de las personas migrantes, que debido a su unión y a los intereses comunes que persiguen logran hacerse escuchar e incidir en las políticas tanto migratorias como poblacionales de su lugar de origen y del de su residencia.

Como ejemplo podemos citar a la Red Mexicana de Líderes y Organizaciones Migrantes, cuyo objetivo es erigirse en nexo entre las comunidades y coadyuvar a la consolidación de derechos y que incluso mantiene un diálogo permanente de alto nivel con instituciones tales como el Instituto Federal Electoral o la Secretaría de Gobernación.

Ofrece orientación e información gratuita y oportuna sobre la regulación y la política migratoria, los trámites que como mexicanos deben o tiene

derecho a hacer, etc. De este modo, se han tendido puentes sociales e incluso podríamos decir, políticos permanentes entre los países de origen y de destino de los principales flujos migratorios internacionales.

Con la referencia a la variedad de factores que inciden en la formación de las migraciones internacionales se pretende aportar elementos que develen e ilustren la complejidad del fenómeno materia de este trabajo y la dificultad que por ende, afronta su regulación jurídica.

CAPÍTULO TRES

El marco jurídico de las políticas de migración a nivel nacional e internacional

1 Marco Jurídico Nacional.

A. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En México, las disposiciones jurídicas sobre emigración e inmigración son de carácter federal, pues de acuerdo a la fracción XVI del artículo 73 Constitucional, el Congreso de la Unión tiene facultad *para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República*. Así, al ser potestad expresamente conferida al Congreso Federal la elaboración de leyes en la materia, las legislaturas de las entidades federativas están impedidas para hacerlo, según el mandato del artículo 124 de la propia Constitución Política, interpretado a *contrario sensu*. Ahora bien, la Constitución otorga al Ejecutivo de la Unión la facultad de expulsar a los extranjeros del territorio nacional¹⁷⁹, pues el artículo 33, dispone que esto lo podrá hacer *previa audiencia y con fundamento en la ley*.

De este modo, únicamente las autoridades federales son competentes para legislar y aplicar las disposiciones jurídicas, de cualquier naturaleza, en materia de Migración; empero, las legislaturas de algunas

¹⁷⁹ Esta facultad se vio considerablemente restringida por el decreto publicado el 11 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación, que estableció las reformas que en materia de Derechos Humanos sufrió la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Entidades Federativas han emitido leyes sobre la materia, como la Ley de Hospitalidad, Interculturalidad, Atención a Migrantes y Movilidad Humana del Distrito Federal o la Ley de los Migrantes y sus Familias del Estado de Michoacán de Ocampo.

Resulta relevante a este trabajo, hacer referencia al artículo 1º. Constitucional,¹⁸⁰ en el que se consigna que *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...*; si se toma en cuenta que es el derecho internacional de los derechos humanos, un régimen que ha contribuido a dotar al derecho migratorio de sus características actuales; sin embargo, las reflexiones pertinentes se harán en último capítulo.¹⁸¹

B. Plan Nacional de Desarrollo.

Este documento es el instrumento rector de la planeación nacional y enumera los lineamientos generales en materia económica, política y social del país y se caracteriza por ser de duración sexenal, coincidente con la permanencia del Presidente en turno en ejercicio de su mandato. Así pues, para el periodo 2007-2012, el Plan Nacional de Desarrollo presentado por el presidente Felipe Calderón¹⁸² propone una política exterior:

... responsable y activa... (que) debe mirar, al mismo tiempo, por el respeto a los derechos y el mejoramiento de las condiciones de vida

¹⁸⁰ Modificado por el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2011.

¹⁸¹ Vid. infra. Capítulo cuatro, p.

¹⁸² Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012. Consultable en <http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/>

de los mexicanos que se encuentran en el extranjero, así como por la protección a los ciudadanos latinoamericanos que ingresan al país, muchas veces de manera indocumentada y en condiciones lamentables de seguridad. Por eso, el mejoramiento de la política migratoria, a partir de la colaboración y el entendimiento con las naciones del Norte y el Sur, ocupa un sitio destacado en los objetivos y estrategias de la política exterior.

Y sus principales objetivos en esta materia son: a) Proteger y promover activamente los derechos de los mexicanos en el exterior; y, b) construir una nueva cultura de la migración; para cuya consecución enumera una serie de estrategias, entre las que se cuentan:

- El fortalecimiento en la capacidad de protección y asistencia jurídica de mexicanos en el extranjero;
- la promoción de mecanismos jurídicos internacionales para lograr flujos legales y seguros;
- respetar derechos de los migrantes en territorio nacional.
- impulsar la visión de corresponsabilidad en la que México genere mayores oportunidades de desarrollo dentro del territorio nacional;
- promover la inversión productiva de capital en determinadas regiones expulsoras de mano de obra;
- enfocarse a generar oportunidades de crecimiento económico y empleo en los Estados de donde sale mayor número de personas a buscar ingresos fuera de sus comunidades, así como contribuir a generar oportunidades de desarrollo dentro de la región mesoamericana a través de programas como el Plan Puebla-Panamá.

C. Ley de Migración.

La Ley de Migración fue expedida mediante decreto publicado el 25 de mayo de 2011 en el Diario Oficial de la Federación; y, junto con la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, constituyen lo que podría denominarse el fundamento jurídico de la política migratoria del Estado Mexicano para el siglo XXI; en efecto la ley que en esta oportunidad se comenta, tiene por objeto *regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros al territorio de los Estados Unidos Mexicanos y el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo;*¹⁸³ lo que la hace una ley especial en materia migratoria, que sustituye en ese aspecto a la Ley General de Población, el ordenamiento jurídico migratorio vigente en México desde 1974. En este apartado se ofrece un esbozo del contenido y estructura de la ley con la finalidad de ubicar las disposiciones a que habremos de referirnos en los siguientes capítulos.

La Ley de Migración se divide en ocho títulos. El primero, de las “Disposiciones preliminares”, delimita el objeto de la ley, define la Política Migratoria del Estado Mexicano como *el conjunto de decisiones estratégicas para alcanzar los objetivos determinados... para atender el fenómeno migratorio en México de manera integral, como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes*¹⁸⁴ y señala los principios sobre los que ésta debe descansar y que son: a) respeto irrestricto a los derechos humanos de los migrantes, b) congruencia del Estado mexicano al garantizar los derechos que reclama para sus nacionales en el

¹⁸³ Artículo 1 de la Ley de Migración

¹⁸⁴ Artículo 2 de la Ley de Migración.

exterior, c) el abordar el fenómeno desde un enfoque integral como corresponde a su complejidad, d) responsabilidad compartida, tanto con instituciones nacionales y extranjeras, como con gobiernos extranjeros; e) la hospitalidad y solidaridad internacionales; f) facilitación de la movilidad internacional de personas con orden y seguridad; g) la complementariedad de los mercados laborales en la región; h) la equidad entre nacionales y extranjeros al amparo del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; i) el reconocimiento a los valores adquiridos de los migrantes; j) la unidad familiar y el interés superior de los menores de edad como principal criterio para autorizar la internación y estancia de extranjeros en el país; k) promoción de la integración social y cultural entre nacionales y extranjeros; l) simplificación del retorno y la reinserción social a los emigrantes mexicanos. Este título también otorga competencia para la aplicación de la ley a la Secretaría de Gobernación.

El título segundo por su parte, describe los derechos y las obligaciones de los migrantes; y la obligación del Estado Mexicano de garantizar el trato igual a extranjeros con respecto a los nacionales, en el ejercicio de sus derechos, independientemente de su situación migratoria, como el acceso a los servicios educativos y a la atención médica, procuración e impartición de justicia, o la autorización y registro de los actos referentes a su estado civil, según los artículos 8 a 11 de la Ley; adicionalmente, establece la obligación de la autoridad de tomar en cuenta la edad de los niños, niñas y adolescentes migrantes, cuando sean ellos los involucrados en cualquier tipo de procedimiento que emana de esta ley.

El título tercero “De las autoridades en materia migratoria” establece las atribuciones de la Secretaría de Gobernación, del Instituto Nacional de Migración, la Secretaría de Relaciones Exteriores, y de otras autoridades auxiliares en el tema migratorio; lo que ofrece claridad sobre las funciones que cada una debe desempeñar en aras de una actuación eficiente y coordinada entre ellas. Cabe destacar que sobre la Secretaría de Gobernación recae la formulación y dirección de la Política Migratoria, mientras que su instrumentación la hace sobre el Instituto Nacional de Migración (INM)¹⁸⁵; y a fin de tener una adecuada implementación de la con pleno respeto a los Derechos Humanos, se ha incluido un sistema de profesionalización y certificación de los servidores públicos adscritos al INM.

En el título cuarto “Del movimiento internacional de personas y la estancia de extranjeros en territorio nacional” se consignan los requisitos exigibles a los extranjeros para ingresar al país, con lo que se otorga certeza jurídica respecto de las decisiones de la autoridad de permitir o no su internación. Este título contiene una importante reforma al sistema migratorio vigente bajo la Ley General de Población, pues asigna nuevas categorías migratorias a las personas extranjeras en México; estas modificaciones serán tratadas en el capítulo siguiente.

Después, el título quinto habla de la protección a los migrantes que transitan por el territorio nacional con independencia de su situación migratoria y establece los derechos de los migrantes en situación irregular al momento de su

¹⁸⁵ Artículos 18 y 20 de la Ley de Migración.

presentación ante las autoridades; además prevé que la Secretaría de Gobernación celebre convenios de colaboración con los tres órdenes de gobierno, así como con dependencias y entidades de la Administración Pública Federal con el objetivo de implementar acciones tendientes a coadyuvar con las organizaciones de la sociedad civil en auxilio de los migrantes, y de coordinarse con aquéllas en la prevención, persecución, combate y atención a los migrantes víctimas de delitos¹⁸⁶.

El título sexto rige al “Procedimiento Administrativo Migratorio”. Este título no sólo establece los lineamientos que seguirá el procedimiento, sino que impone la obligación de la autoridad de salvaguardar los derechos de los migrantes en el desarrollo del mismo, en el ejercicio de las funciones de control, revisión, verificación; alojamiento en estaciones migratorias; procedimientos de deportación, retorno asistido y presentación. Para ello se introducen plazos y garantías procesales de observancia obligatoria. Resulta novedosa la adecuación del procedimiento en tratándose de personas en situación vulnerable como los menores de edad, mujeres embarazadas, adultos mayores o discapacitados.

Dentro del séptimo título se establecen las sanciones a que se harán acreedoras las personas que violen las disposiciones de la Ley, ya sean físicas o morales, nacionales o extranjeras, y hace hincapié en las aplicables a los servidores públicos del Instituto Nacional de Migración.

Por último, el octavo título trata “De los delitos en materia migratoria”, en sus cuatro artículos se tipifican los delitos migratorios y se establecen las penas

¹⁸⁶ Artículos 66, 69, 71, 72 y 75 de la Ley de Migración

que les son aplicables. Los delitos que prevé esta ley son tres y se configurarán siempre que las siguientes acciones tengan por objeto o fin obtener directa o indirectamente un lucro:

- Llevar a una o más personas a internarse en otro país sin la documentación correspondiente.
- Introducir, sin la documentación correspondiente, a uno o varios extranjeros a territorio mexicano.
- Albergar o transportar por el territorio nacional a uno o varios extranjeros con el fin de evadir la revisión migratoria.

Las conductas que esta ley tipifica como delito, coinciden con las acciones que durante años han llevado a cabo las personas conocidas popularmente como “polleros”, mismos que incluso han llegado a cobrar más de cinco mil dólares americanos,¹⁸⁷ a cambio de llevar a una persona a internarse a los Estados Unidos de América sin la documentación correspondiente, a riesgo de su vida y de su integridad física y que por su falta de documentación migratoria son presa fácil de la delincuencia organizada y en algunos casos de la actuación arbitraria e ilegal de las autoridades tanto mexicanas como estadounidenses.

¹⁸⁷ Esta actividad ilegal, ahora delictuosa en México, genera ganancias anuales de aproximadamente 6.6 mil millones de dólares de acuerdo con Antonio Mazzitelli, representante de la Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) para México, Centroamérica y el Caribe de la Organización de las Naciones Unidas, quien dijo que México está considerado como puente, tránsito y destino para la trata de personas para la explotación sexual, comercial y trabajo forzado, estos datos explican por sí mismos la necesidad de tipificar como delito las acciones que se comentan. Sosa, Miguel y Gutiérrez, Oscar, *Polleros ganan 6.6 mil mdd: ONU. Movilizar a migrantes más rentable que narco, afirma*, en El Universal online, visible en www.eluniversal.com.mx/nacion/184424.html, 29 de marzo de 2011, consultado el 9 de abril de 2011.

Lo descrito hasta aquí proporciona una idea general del contenido de la Ley de Migración; ahora, en las siguientes secciones haremos énfasis en las cuestiones relevantes de la Ley que se comenta.

Disposiciones relevantes

El contenido de la ley resulta interesante y novedoso no sólo por su lenguaje y extensión, sino por el contenido relevante, a nuestro criterio, de algunas de sus disposiciones que ahora se analizan; además sistematiza las disposiciones migratorias, lo que facilita su localización y consulta.

Derechos de los Migrantes

Por primera vez, se consignan expresamente dentro del cuerpo legal, los principios que regirán la política migratoria nacional, que incluyen y desarrollan los seis principios fundamentales que sustentan la propuesta de la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales de la Organización de las Naciones Unidas, para la creación de un marco global, coherente y mundial de acción sobre migración, y que los hizo consistir en:

- 1) el papel de los migrantes en un mercado de trabajo mundial;
- 2) las migraciones y el desarrollo;
- 3) las migraciones irregulares;
- 4) los migrantes en la sociedad;
- 5) los derechos humanos de los migrantes; y,

6) la gobernabilidad de las migraciones.¹⁸⁸

Al amparo de este propósito del Estado mexicano (expresado también en Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012), de incorporar y cumplir con sus compromisos jurídicos internacionales, se pretende hacer efectivo a través de esta Ley, el reconocimiento de derechos a los migrantes, independientemente de su situación migratoria, que no es otra cosa que la hipótesis en la que se ubica un extranjero, en función del cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones migratorias para su internación y estancia en el país, de modo tal que si el migrante ha cumplido con las disposiciones migratorias respectivas para su internación y estancia en México, su situación migratoria será *regular* y si no ha cumplido con ellas, entonces será *irregular*¹⁸⁹. En consecuencia el migrante cuya situación migratoria es irregular, se identifica con la figura a la que despectivamente se ha dado en llamar *ilegal* o *indocumentado*

La precisión anterior es necesaria para aquilatar la importancia de los preceptos que conforman el Título Segundo de la Ley, pues el primero de ellos, al decir que *El Estado mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano y en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria,*¹⁹⁰ elimina como requisito para ser sujeto de derechos la demostración de contar con una legal

¹⁸⁸ Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar. Informe de la Comisión Mundial Sobre las Migraciones Internacionales. ONU Octubre 2005. Consultable en [http://www.gcim.org/mm/File/Spanish\(1\).pdf](http://www.gcim.org/mm/File/Spanish(1).pdf)

¹⁸⁹ De acuerdo a la fracción XXVII del artículo 3º. de la Ley de Migración que se comenta.

¹⁹⁰ Artículo 6 de la Ley de Migración.

estancia en México, lo que promueve la equidad entre nacionales y extranjeros y entre éstos, sea regular o irregular su situación. Además, esta Ley consigna la libertad de las personas para transitar en el territorio nacional, pues limita la obligación de comprobar su nacionalidad y situación sólo ante la *autoridad competente en los casos y bajo las circunstancias establecidas en la ley*¹⁹¹, lo que de observarse, traerá como consecuencia el cese de 1.- las detenciones y diligencias arbitrarias, llevadas a cabo por autoridades policiales o de cualquier otra naturaleza distinta a la migratoria, sin facultades para ello; y, 2.- la discriminación de las personas por su mera apariencia, o por la simple sospecha de las autoridades de no poseer la nacionalidad mexicana o de estar en México en situación irregular.

La vigencia de estos artículos importan una limitante a las facultades discrecionales de las autoridades administrativas, en concordancia con la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que introduce el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, por el que se modifican, entre otros, el primer párrafo del artículo 33 constitucional, para quedar como sigue: *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*¹⁹². Esta significativa restricción, al permitir la expulsión de migrantes del territorio nacional, únicamente a través del desahogo del procedimiento

¹⁹¹ Artículo 7, segundo párrafo, de la Ley de Migración

¹⁹² El artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente hasta el 10 de junio de 2011, establecía la facultad, otrora discrecional, de que gozaba el poder Ejecutivo de la Unión de *hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente*

administrativo previsto por la Ley,¹⁹³ en el que se observarán todas las formalidades de debido proceso, hará efectivos los Derechos Humanos de los migrantes y sus Garantías de audiencia y debido proceso consagradas en el Título Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues su expulsión no quedará al juicio unilateral y subjetivo del poder Ejecutivo.

Aparte de los derechos de tránsito y debido proceso, los migrantes, con independencia de su situación migratoria, podrán:

- Acceder a los servicios educativos, sean públicos o privados.
- Recibir atención médica, sea ésta provista por el sector público o privado, la que además será gratuita cuando resulte urgente y necesaria para la preservación de su vida.
- Obtener de los jueces u oficiales del Registro Civil, la autorización de los actos del estado civil en que sean parte y la expedición de las actas correspondientes, que versen sobre nacimiento, reconocimiento de hijos, matrimonio, divorcio o defunción.
- Preservar la unidad de su familia, para lo cual se autorizará la entrada al territorio de los familiares de los migrantes que pretendan ingresar o residan de manera regular en el país o que pretendan regularizar su estancia.
- Acceder a la procuración e impartición de justicia y presentar quejas en materia de Derechos Humanos.

¹⁹³ De acuerdo con el artículo 77 de la Ley de Migración, el procedimiento administrativo migratorio se regirá por las disposiciones contenidas en título Sexto de la Ley, en el Reglamento y en las disposiciones administrativas de carácter general que llegue a emitir la Secretaría de Gobernación. A este procedimiento le serán aplicables de manera supletoria, las disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

- Recibir información sobre sus derechos y obligaciones, los requisitos para su admisión, permanencia y salida del país y sobre la posibilidad de solicitar el reconocimiento de Refugiado, del otorgamiento de protección complementaria, el otorgamiento de asilo político y la determinación de apátrida.
- Contar con intérprete o traductor cuando desconozca el español y manifestarse por escrito cuando sea sordo, en cualquier diligencia en que intervenga y especialmente si se inicia en su contra el Procedimiento Administrativo Migratorio.
- Exigir de la autoridad judicial, que haya dictado sentencia condenatoria en su contra, información sobre los tratados y convenios internacionales en materia de traslado de reos.
- Obtener de la autoridad migratoria la documentación que acredite su situación migratoria regular, cuando satisfagan los requisitos legales exigibles.¹⁹⁴

Lo notable de este catálogo de derechos consiste en que las disposiciones legales vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley de Migración,¹⁹⁵ exigían la comprobación de la legal estancia de los extranjeros en el país, como requisito indispensable para la realización de cualquier acto o trámite y guardaban silencio acerca del acceso a la educación, salud o procuración de justicia; lo que se veía reforzado con la prohibición expresa a las autoridades de autorizar o llevar a cabo cualquier acto donde interviniera un extranjero sin comprobar su legal estancia, la cual debía hacer constar en el instrumento

¹⁹⁴ Este derecho se consagra en el artículo 58 de la Ley de Migración.

¹⁹⁵ Me refiero a los ahora derogados artículos 67 a 70 de la Ley General de Población, los que serán abordados en el apartado siguiente donde se hará el estudio comparativo pertinente.

respectivo, además del permiso especial que en los casos establecidos por la ley era necesario.

La Ley de Migración reúne en su artículo 16 las obligaciones exigibles a los migrantes, las cuales se limitan a la custodia y resguardo de la documentación que acredite su identidad y situación regular en el país; deber de mostrar dicha documentación a requerimiento de las autoridades migratorias y proporcionar la información y datos personales que les soliciten las autoridades mexicanas en el ámbito de sus atribuciones y competencia.

De estas obligaciones desprendemos el hecho de que únicamente las autoridades migratorias podrán requerir a los migrantes que muestren los documentos que acrediten su identidad y la situación que tienen en el país, lo que se complementa con la norma de que *sólo las autoridades migratorias podrán retener la documentación que acredite la identidad o situación migratoria de los migrantes cuando existan elementos para presumir que son apócrifas.*¹⁹⁶

Autonomía de la política migratoria

La Secretaría de Gobernación es la principal autoridad en materia migratoria en México, su principal atribución es *formular y dirigir la política migratoria del país*¹⁹⁷. La Ley de Migración establece esta facultad expresa como consecuencia del desprendimiento de la cuestión migratoria de la Ley General de Población, pues la política migratoria, se consideraba parte de la política de

¹⁹⁶ Artículo 17 de la Ley de Migración, en el que se establece también que las autoridades al retener la documentación dudosa deberán hacerlo inmediatamente del conocimiento de las autoridades competentes para que resuelvan lo conducente.

¹⁹⁷ Artículo 18 de la ley de Migración

población, por ello es que entre las facultades que le otorga a esta secretaría de Estado la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, encontramos la de *formular y conducir la política de población, salvo lo relativo a colonización, asentamientos humanos y turismo*¹⁹⁸. Para llevar a cabo la responsabilidad de formular y dirigir la política migratoria de México, la Secretaría de Gobernación debe tomar en cuenta las opiniones de las autoridades auxiliares, de los poderes Legislativo y Judicial de la Unión, de los gobiernos estatales y de la sociedad civil.

Ahora, el artículo que se comenta invita a hacer las siguientes reflexiones, la primera, a la que se refiere el párrafo anterior, podemos identificarla como el reconocimiento de la importancia que ha adquirido el fenómeno migratorio en el país y en la región, al considerar que se requiere de una política de Estado para su gestión, independiente de la política de población dentro de la cual estuvo siempre inserta. Otro punto importante, es la posibilidad que se otorga a los poderes de la Unión y a los gobiernos locales, de emitir una opinión para que sea tomada en cuenta al momento de formular y dirigir la política de migración, aunque se destaca que esa misma posibilidad se le concede a la sociedad civil,¹⁹⁹ no obstante, no establece los mecanismos a través de los cuales ejercitar esa facultad, cuestión que probablemente sea subsanada por el Reglamento de la Ley.

Retorno asistido

¹⁹⁸ Según la fracción IV del artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Se hace notar que dentro de las facultades que le confiere la referida ley a la Secretaría de Gobernación, contenidas en las 32 fracciones del numeral citado, no se desprende ninguna referencia a la cuestión migratoria.

¹⁹⁹ Suponemos que organizada, aunque la Ley no lo especifica.

Otra de las atribuciones legales de la Secretaría de Gobernación, consiste en *promover y suscribir instrumentos internacionales en materia de retorno asistido tanto de mexicanos como de extranjeros*, en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores, facultad de la que carecía esta dependencia antes de la promulgación de la Ley de Migración, que introdujo también la categoría de retorno asistido, que no es otra cosa que el *procedimiento por el que el Instituto Nacional de Migración hace abandonar el territorio nacional a un extranjero, remitiéndolo a su país de origen o de residencia habitual,*²⁰⁰ beneficio que, a diferencia de la deportación, puede ser solicitado por los migrantes en situación irregular que se encuentren a disposición del Instituto y que no cuenten con restricciones legales para abandonar el país, pero que no hayan incurrido en ninguna de las hipótesis que establecen las seis fracciones del artículo 144 de la Ley de Migración.

El Instituto Nacional de Migración.

La naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Migración, asignada por la Ley de Migración, es la de un órgano administrativo desconcentrado dependiente de la Secretaría de Gobernación, tiene por objeto: a) la ejecutar, controlar y supervisar los actos realizados por las autoridades migratorias; y, b) instrumentar la política migratoria, basándose en los lineamientos que de la misma establece la secretaría de Gobernación. Por primera vez, la existencia del Instituto está prevista en ley, ya que anteriormente el Reglamento de la Ley General de

²⁰⁰ Artículo 3, fracción XXIV, sobre su tramitación y pormenores hablan los artículos 114 a 118, todos de la Ley de Migración

Población se ocupaba de él, pero sin determinar su naturaleza jurídica, y le atribuía dos objetivos muy generales, y sus atribuciones se encontraban dispersas en varios numerales del propio reglamento, factores ambos, que han permitido una amplia discrecionalidad a sus funcionarios en el ejercicio de su cargo. Ahora, la Ley de Migración sistematiza sus atribuciones, de modo que las prevé un solo artículo,²⁰¹ las cuales se reproducen aquí textualmente, pues ellas delimitan el campo de acción de las autoridades migratorias:

- I. Instrumentar la política en materia migratoria;
- II. Vigilar la entrada y salida de personas al territorio de los Estados Unidos Mexicanos y revisar su documentación;
- III. En los casos señalados en esta Ley, tramitar y resolver sobre la internación, estancia y salida del país de los extranjeros;
- IV. Conocer, resolver y ejecutar la deportación o el retorno asistido de extranjeros, en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley y en su Reglamento;
- V. Imponer las sanciones previstas por esta Ley y su Reglamento;
- VI. Llevar y mantener actualizado el Registro Nacional de Extranjeros;
- VII. Presentar en las estaciones migratorias o en los lugares habilitados para tal fin,²⁰² a los extranjeros que lo ameriten conforme a las disposiciones de esta Ley, respetando en todo momento sus derechos humanos;
- VIII. Coordinar la operación de los grupos de atención a migrantes que se encuentren en territorio nacional;
- IX. Proporcionar información contenida en las bases de datos de los distintos sistemas informáticos que administra, a las diversas instituciones de seguridad nacional que así lo soliciten, de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables, y
- X. Las demás que le señale esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables.

²⁰¹ El artículo 20 de la Ley de Migración en sus diez fracciones.

²⁰² Estos establecimientos deben alojar exclusivamente a los extranjeros sujetos al Procedimiento Migratorio Administrativo durante el tiempo en que se resuelva éste, por lo que necesariamente deben ser distintos a cárceles, prisiones u otro tipo de centros de detención. Ello se ajusta a los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 23 de noviembre de 2010 que resolvió de fondo el Caso Vélez Loor VS. Panamá

La primera atribución que en este artículo se le otorga al Instituto, se desmenuza en las siguientes fracciones, pues la política migratoria se organiza y aplica al vigilar la entrada y salida de personas del territorio nacional, conocer sobre la internación, estancia y salida de extranjeros, al imponer sanciones por violación a las disposiciones migratorias, al llevar el Registro Nacional de Extranjeros, al administrar las estaciones migratorias y presentar y alojar en ellas a los extranjeros, al coordinar la asistencia a los migrantes e informar sobre las disposiciones migratorias. No pasamos por alto, que esta Ley impone a las autoridades realizar todo lo anterior, siempre con respeto a los derechos humanos de los migrantes.

Se arroga también al Instituto Nacional de Migración, la carga de profesionalizar y certificar a su personal, de modo que su actividad se cña invariablemente a los *principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos,*²⁰³ para lo cual se prevé la creación del Centro de Evaluación cuya función consistirá principalmente en evaluar periódicamente a los empleados del Instituto y comunicar el resultado de tales evaluaciones; emitir los certificados que avalen la evaluación; contribuir a identificar factores de riesgo en la prestación de servicios migratorios que pudieren entorpecer su eficiencia; y a grandes rasgos, contribuir a la capacitación del personal con el objetivo de que respeten los principios mencionados.

La creación de esta instancia se interpreta como una respuesta del Estado mexicano a las severas imputaciones de corrupción e ineficiencia que

²⁰³ Artículo 22 de la Ley de Migración.

pesan sobre el Instituto, mismas que se han agravado en los últimos dos años, en los que varias organizaciones de la sociedad civil, tanto nacionales como internacionales, gobiernos estatales, gobiernos extranjeros, organizaciones internacionales e incluso particulares han denunciado la participación de las autoridades en la comisión de delitos, así como la realización de actos de extorsión, intimidación y en general, violatorios de derechos humanos,²⁰⁴ los que han sido difundidos en varios órganos informativos nacionales e internacionales.

De este modo, la Secretaría de Gobernación al diseñar y el Instituto Nacional de Migración al instrumentar política migratoria, son las autoridades principales en materia de migración, pues sobre ellas recae el diseño y la ejecución de toda su normatividad y gestión; aun así, requieren del auxilio, dentro del ámbito de su competencia, de otras instituciones y de los tres órdenes de gobierno, por ello la Ley prevé asigna funciones específicas a estas autoridades calificadas como auxiliares, las que son: la Secretaría de Relaciones Exteriores, la Secretaría de Turismo, la Procuraduría General de la República, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y los sistemas estatales y del Distrito Federal para el Desarrollo Integral de la Familia.

Condiciones de estancia en territorio nacional.

²⁰⁴ Acaso una de las más graves acusaciones que de este tipo se hicieron contra el Instituto Nacional de Migración, tuvo su origen con la nota periodística publicada el 24 de marzo de 2011 en varios medios en donde se denunció la persecución de una inmigrante hondureña por un agente de migración que, machete en mano, amenazaba su vida y la obligó a tirarse al río Usumacinta, en el municipio tabasqueño de Tenosique, para evadir el peligro que le significaba enfrentarse al agente. Agente del INM persigue a Hondureña con machete, El Universal online, disponible en www.eluniversal.com.mx/notas/754202.html, consultado el 9 de abril de 2011.

El título cuarto de la Ley de Migración, reviste gran importancia pues contiene las disposiciones que fijan los requisitos que deben cubrir los extranjeros para internarse y permanecer en territorio mexicano. Es aquí donde se fijan las categorías o *condiciones de estancias* que pueden ser otorgadas a las personas extranjeras en situación regular en México. En los primeros artículos del título, se prevé la facultad de la Secretaría de Gobernación de fijar, suprimir y cerrar temporalmente los lugares destinados al tránsito internacional de personas y las características que tendrán los mismos, dichos lugares son por los que exclusivamente se permitirá la internación y salida de personas del territorio nacional, así pues, para que la internación de un extranjero sea calificada como regular y por ende su situación en México también lo sea, debe verificarse con su paso a través de *los filtros de revisión migratoria ubicados en los lugares destinados al tránsito internacional de personas por tierra, mar y aire, dentro de los horarios establecidos para tal efecto y con intervención de las autoridades migratorias.*²⁰⁵

De este modo, una persona que no posee la nacionalidad mexicana, por no reunir los requisitos del artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al internarse a territorio mexicano por los lugares destinados al tránsito internacional de personas,²⁰⁶ ya sea por tierra, mar o aire, debe pasar necesariamente por los filtros de revisión migratoria, dentro del horario establecido para ello y su paso debe realizarse con intervención de las

²⁰⁵ Artículo 34 de la Ley de Migración

²⁰⁶ El lugar destinado al tránsito internacional de personas consiste en el espacio físico fijado por la Secretaría de Gobernación para el paso de personas de un país a otro, de acuerdo a la fracción XV del artículo 3 de la Ley de Migración.

autoridades migratorias destacadas en tales puntos para el efecto de verificar su documentación e identidad, así como el cumplimiento de los requisitos legales para su internación²⁰⁷ y registrar su entrada, requisitos indispensable para considerar su internación y estancia como regular y como consecuencia asignársele o reconocerle una condición de estancia acorde a sus circunstancias particulares. Las mismas condiciones se deben verificar para salir del territorio nacional, además de demostrar su situación migratoria regular del país o en su defecto el permiso de salida correspondiente.

Aparte de contar con pasaporte o documento de identidad y viaje vigente y válido, los extranjeros que pretendan ingresar a México, cuando así se requiera,²⁰⁸ deben contar con visa vigente, la cual es otorgada por la Secretaría de Gobernación a través de sus oficinas establecidas en territorio nacional o en las representaciones consulares en el exterior. Es facultad de la misma secretaría negar la expedición de visa, la entrada o la permanencia de los extranjeros, aun cuando cumplan con los requisitos legales o reglamentarios, cuando se encuentren dentro de las hipótesis que marca el artículo 43 de la Ley de Migración

Ahora bien, las condiciones de estancia que el derecho mexicano otorga a los extranjeros son las de a) visitante, que puede ser con o sin permiso para realizar actividades remuneradas, visitante regional, trabajador fronterizo, por

²⁰⁷ Los documentos que un extranjero debe presentar en el filtro de revisión migratoria ante el personal del Instituto Nacional de Migración son: pasaporte o documento de identidad y viaje válido conforme al Derecho Internacional, visa vigente, en caso de ser necesaria o tarjeta de residencia o autorización otorgada por el Instituto Nacional de Migración. Además deberán proporcionar la información y datos personales o estadísticos que se les requiera.

²⁰⁸ Este requisito no es necesario para los extranjeros que: a) son nacionales de países con los que se haya suscrito un acuerdo de supresión de visa o unilateralmente el

razones humanitarias o con fines de adopción; b) residente temporal o residente temporal estudiante y c) residente permanente.

Esta clasificación legal es limitativa y el otorgamiento de cada una de las condiciones de estancia está sujeto a que el extranjero cumpla con los requisitos exigidos en la propia ley y en su reglamento, siempre y cuando a juicio de la Secretaría no se actualicen las hipótesis a que se refiere el artículo 43 de la Ley, arriba citado.

Las condiciones de Residente Temporal, Residente Temporal Estudiante y Residente Permanente conceden a sus titulares el derecho a la preservación de la unidad familiar, lo que se traduce en la posibilidad de solicitar a su ingreso o posteriormente el ingreso de sus padres, hijos menores de edad, cónyuge, concubina o concubinario y, tratándose de Residente Permanente, los hermanos menores de edad o de los que ejerza su representación legal. Este derecho lo tienen también los mexicanos.

Para obtener la condición de Residente Permanente, que ofrece la ventaja de contar con una duración indefinida, por regla general los Residentes Temporales deberán cumplir con una estancia previa de cuatro años; no obstante, la Ley de Migración introduce un novedoso mecanismo para obtener dicha condición, denominado “sistema de puntos”,²⁰⁹ dentro del cual se tomarán en cuenta las capacidades del extranjero, de acuerdo a su nivel de instrucción, aptitudes o experiencia laboral. Este sistema beneficiará a las personas que por

²⁰⁹ La creación de ese sistema se prevé en el artículo 57 de la Ley de Migración, aunque su mecanismo será implementado por disposiciones administrativas de carácter general que publicará la Secretaría de Gobernación en el Diario Oficial de la Federación.

sus aptitudes se consideren benéficas para el país y que deseen residir definitivamente en México.

Protección a los migrantes dentro del territorio nacional.

La afirmación legal: *el Estado mexicano garantizará el derecho a la seguridad personal de los migrantes, con independencia de su situación migratoria,*²¹⁰ arroja una pesada carga sobre las autoridades nacionales. Durante los años 2010 y 2011 los medios informativos han publicado prácticamente a diario notas relacionadas a delitos cometidos contra los migrantes en situación irregular, tales como secuestro, explotación laboral o sexual, lesiones y homicidio. Esos hechos han sido denunciados y condenados²¹¹ por organizaciones de la sociedad civil nacionales e internacionales, la Iglesia Católica, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, algunos gobiernos centroamericanos cuyos nacionales se han visto directamente afectados e incluso por autoridades nacionales, de los tres órganos de gobierno, siendo uno de estos desafortunados acontecimientos la matanza del 25 de agosto de 2010, de más de setenta

²¹⁰ Segundo párrafo del artículo 66 de la Ley de Migración.

²¹¹ De acuerdo a Amnistía Internacional, en México se vive una crisis de derechos humanos cuya principal víctima son los migrantes indocumentados, según lo dio a conocer en la nota PRE01/136/2010 del 28 de abril de 2010, *Los abusos generalizados contra migrantes en México son una crisis de derechos humanos*, disponible en www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/mexico-los-abusos-contra-migrantes-crisis-de-ddhh-2010-04-28/, consultado el 23 de mayo de 2011.

Según la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en 2010, 20 mil migrantes centro y sudamericanos fueron secuestrados en México por bandas del crimen organizado que los extorsionan y los obligan a unirse a sus filas, información que dio a conocer a través de la nota *Identifica la CNDH 71 municipios de riesgos para inmigrantes*, en Excelsior online, disponible en www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_nota=730784, consultado el 15 de junio de 2011.

En el mismo tenor, la arquidiócesis primada de México en una nota publicada en su semanario Desde la Fe, el 3 de abril de 2011, afirmó "...que las autoridades mexicanas no sólo han hecho poco por salvaguardar la dignidad e integridad de los migrantes, sino que no hay una intención clara de buscar un acuerdo con el vecino país del norte para hacer realidad una reforma migratoria integral", *Ofenden ganancias por tráfico de migrantes: Iglesia Católica*, en www.eluniversal.com.mx/notas/756442.html, consultado el 9 de abril de 2011.

migrantes en el ejido El Huizachal, perteneciente al municipio de San Fernando, Tamaulipas.²¹²

En este sentido, la Ley de Migración al imponer la obligación que se comenta al Estado, reconoce la facultad de los migrantes de ejercer sus derechos y libertades, dentro del territorio nacional independientemente de su situación migratoria, como ya se dijo

Esta ley otorga al migrante en situación irregular la seguridad de que será tratado sin discriminación alguna ni será víctima de arbitrariedades por parte de la autoridad migratoria pues será sometido al Procedimiento Administrativo Migratorio, el cual se desarrollará con estricto apego a la legalidad y durante el que contará con la asistencia de la persona que él designe, además de que será informado oportunamente sobre sus derechos procesales, la legislación aplicable, el motivo de su presentación, los requisitos para la regularización de su situación migratoria y la notificación que ésta haga a la representación consular del país del que sea nacional a fin de que pueda acogerse a su protección²¹³. Este procedimiento incluye la presentación, el alojamiento en las estaciones migratorias, el retorno asistido y la deportación.

Adicionalmente, la Secretaría de Gobernación creará grupos de protección y defensa de los migrantes, para lo que podrá celebrar convenios de colaboración con las dependencias y entidades de la Administración Pública

²¹² Aranda, Jesús, *Zetas ejecutaron por la espalda a 72 migrantes; no pudieron pagar rescate*, en La Jornada online, disponible en www.jornada.unam.mx/2010/08/26/política/002n1pol, consultado el 23 de mayo de 2011.

²¹³ Esta notificación se ajusta lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva acerca de El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías de Debido Proceso Legal, y la interpretación que en ella hace de los apartados b) y c) del artículo 36.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Federal, los estados y los municipios, así como con la sociedad civil para un óptimo y eficaz funcionamiento de los mismos.

Este procedimiento administrativo podrá ser de control, verificación y regulación migratoria, el control migratorio consiste en revisar la documentación de personas que pretenden internarse o salir del país, así como la inspección de los medios de transporte utilizados para tal fin. La verificación consiste en la realización de visitas por parte del Instituto Nacional de Migración con la finalidad de comprobar el cumplimiento de las obligaciones de los extranjeros en México.

Además del control y la verificación migratoria, la autoridad cuenta con la figura de la revisión, la que se llevará a cabo en los lugares destinados al tránsito internacional de personas y dentro del territorio nacional a fin de comprobar la situación migratoria (regular o irregular) de los extranjeros. Esta ley introduce la obligación expresa de que el acto que ordene la revisión deberá contar con los requisitos que establece el artículo 38 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, lo que en materia migratoria constituye una novedad pues antes de la reforma al artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las diligencias migratorias e inclusive la expulsión de los extranjeros no tenían limitación legal pues eran ejercitadas al amparo de las facultades discrecionales del poder ejecutivo.

Personas en situación de vulnerabilidad.

Por último, la circunstancia de que en la Ley de Migración, se prevean tratamientos excepcionales en el desahogo de cualquier procedimiento administrativo migratorio, en el alojamiento en las estaciones migratorias, en el

control migratorio al momento de entrar o salir del territorio nacional y en el ejercicio de los derechos y libertades que esta Ley, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales reconocen a los migrantes, a los menores de edad no acompañados, mujeres embarazadas o con hijos lactantes y personas de la tercera edad, constituye una novedad respecto a cualquier disposición jurídica migratoria que haya tenido vigencia anteriormente, tales beneficios van desde resguardarlos bajo la custodia del Instituto Nacional de Migración; tratándose de alojamiento, se les proporcionará un espacio separado del que ocupan los adultos y los varones e incluso, se les prescribirá una dieta especial que responda de manera adecuada a sus necesidades de nutrición²¹⁴.

La realidad es que no hay espacio suficiente dentro de las cuarenta y siete estaciones migratorias existentes en el país,²¹⁵ para alojar a todos los migrantes que por violación a las disposiciones jurídicas aplicables hayan sido sancionados con esa medida, por lo que se antoja, al menos de momento, imposible contar con el espacio suficiente para cumplir con los preceptos legales que plantean un alojamiento especial, al menos en el caso de las mujeres embarazadas o con hijos lactantes y de las personas de la tercera edad, pues si se trata de los menores de edad, la fracción I del artículo 112, ordena que su custodia y alojamiento será a cargo del Sistema Nacional, de los estados o del Distrito Federal para el Desarrollo Integral de la Familia en los centros administrados por ellos para fines de custodia, aunque tampoco se ha anunciado que el sistema haya adquirido o habilitado inmueble alguno para tal fin.

²¹⁴ Artículo 107, fracción II de la Ley de Migración.

²¹⁵ Que en conjunto cuentan con capacidad para albergar a 4000 personas.

Participación de la Sociedad Civil

Merece mención dentro de esta sección, un pequeño párrafo inserto en el artículo 159 de la Ley de Migración, en el título octavo donde se legisla sobre los delitos migratorios. Este párrafo establece:

No se impondrá pena a las personas de reconocida solvencia moral, que por razones estrictamente humanitarias y sin buscar beneficio alguno, presten ayuda a la persona que se ha internado en el país de manera irregular, aun cuando reciban donativos o recursos para la continuación de su labor humanitaria.

Este artículo es innovador. En primer lugar porque exenta de pena a las personas de vocación humanitaria que auxilien a los migrantes irregulares, y en segundo lugar porque reconoce la labor de la Sociedad Civil, pues al decir *personas* se refiere a aquéllas de carácter privado, distintas de las autoridades, además no distingue entre personas físicas y morales; lo que lleva a interpretar este párrafo como incentivo a la actividad protectora de los migrantes, pues éstos son víctima de la delincuencia y en ocasiones, las personas no les ofrecen ayuda por temor a ser sancionadas por el Estado. Por supuesto no soslayamos que para que se actualice lo aquí sancionado, deben agotarse los tres requisitos que impone, a saber: contar con reconocida solvencia moral, realizar esta actividad con fines estrictamente humanitarios y no buscar beneficios personales pecuniarios ni de otra índole.

Análisis comparativo con la Ley General de Población

En el apartado anterior ofrecemos una visión sobre los conceptos notables introducidos por la Ley de Migración, dada su novedad y la circunstancia

de que contiene más disposiciones que las conducentes de la Ley General de Población, el análisis entre ambas legislaciones se centrará en las categorías bajo las cuales los extranjeros o migrantes pueden internarse y permanecer en territorio mexicano.

La situación migratoria irregular de las personas en México, se actualiza del mismo modo en ambas legislaciones, al verificarse el incumplimiento de los requisitos legales que establecen para el ingreso y permanencia de los extranjeros.

En cuanto a la situación regular, la ley General de Población contemplaba que los extranjeros sólo podían internarse a México bajo las calidades de No Inmigrante e Inmigrante,²¹⁶ también que dentro del territorio podían obtener las calidades migratorias de No Inmigrante, Inmigrante o Inmigrado.

Las personas a quienes les otorgaba la calidad de No Inmigrante, eran quienes se internaban temporalmente al país y podían poseer las características de turista, transmigrante, visitante, ministro de culto o asociado religioso, asilado político, refugiado, estudiante, visitante distinguido, visitantes locales, visitante provisional y corresponsal.

Por su parte, según la Ley General de Población, el Inmigrante se internaba legalmente en el país con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiriría la calidad de Inmigrado. Y podía presentar, de acuerdo a las actividades que realizara en el país, las características de rentista, inversionista, profesional, cargo de confianza, científico, técnico, familiar, artista y deportista o asimilado.

²¹⁶ Artículo 41 de la Ley General de Población.

En esa misma legislación, la calidad de Inmigrado podía ser conferida al extranjero que ha adquirido derechos de residencia definitiva en el país. Esas calidades y características migratorias eran limitativas por lo que todas las personas que se internaran, sea con la finalidad de establecerse o únicamente transitar por el territorio nacional, sin que el Gobierno Federal le reconociera la titularidad de alguna de las calidades mencionadas, se encontraban en una situación de irregularidad.

En el capítulo anterior hemos referido ya cómo en la Ley de Migración clasifica las categorías o *condiciones de estancia* de los extranjeros en México, lo interesante aquí es saber de qué manera se asignarán estas condiciones a las personas ya residentes en México, pues como ya comentamos también, uno de los derechos que le reconoce la Ley de Migración a los extranjeros es el respeto a los derechos adquiridos, de residencia en este caso. El siguiente cuadro ilustra las equivalencias entre calidades migratorias y condiciones de estancia:

Ley General de Población	Ley de Migración (Vigente a partir del 26 de mayo de 2011)
No inmigrante: a) turista b) transmigrante c) visitante en todas sus modalidades a excepción de ministro de culto, visitante distinguido, visitante provisional y corresponsal.	Visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas.
No inmigrante visitante local	Visitante regional

No inmigrante estudiante	Residente temporal estudiante
No inmigrante asilado político y refugiado²¹⁷	Residente permanente
Inmigrante:	Residente temporal
a) rentista	
b) inversionista	
c) profesional	
d) cargo de confianza	
e) científico	
f) técnico	
g) familiar	
h) artista y deportista	
i) asimilado	
Inmigrado	Residente permanente

A partir de estas equiparaciones legales, advertimos que las mismas podrían causar algunas inconformidades a los tenedores de las categorías migratorias, quienes tienen que esperar hasta que sea publicado el Reglamento de la Ley para conocer los procedimientos para realizar el cambio de su estatus migratorio.

Como se desprende del cuadro, el No Inmigrante Visitante en todas sus modalidades, con excepción de ministro de culto, visitante distinguido, visitante provisional y corresponsal, se equiparará al Visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas; ahora bien, una de las modalidades del No Inmigrante Visitante, de acuerdo a la Ley General de Población y su Reglamento, autorizaba a su titular a realizar actividades lucrativas, era ésta la única característica migratoria que permitía al No Inmigrante, trabajar a cambio de una remuneración, por ello, la Ley de Migración al entrar en vigor, impediría a estas

²¹⁷ En caso de que haya obtenido la característica de Refugiado antes de la entrada en vigor de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria el 28 de enero de 2011.

personas a continuar con el desarrollo de una actividad remunerada, y las obligaría a cambiar de condición de estancia a la de Visitante con permiso para realizar actividades remuneradas, lo que en la práctica se traduce a realizar trámites, erogaciones, y en algunos casos hasta pérdida o suspensión de su empleo, pues es obligación legal de los patrones, contratar extranjeros únicamente si éstos cuentan con el permiso correspondiente.

Ahora bien, la Ley de Migración no establece equivalencia para la calidad de No Inmigrante con las características de ministro de culto, visitante distinguido, visitante provisional y corresponsal, por lo que los extranjeros que al amparo de la Ley General de Población ostentaban tal calidad y características se encuentran en una incertidumbre jurídica aun mayor al desconocer el *status* migratorio que les será reconocido a la entrada en vigor y operatividad de la Ley de Migración.

La calidad de Inmigrante era accesible para las personas que se internaban *legalmente en el país con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiere la calidad de inmigrado,*²¹⁸ se trataba de una situación que si bien, no se consideraba permanente, sí otorgaba a su tenedor derechos de radicación, siendo uno de los más codiciados el que le permitía optar por la nacionalidad mexicana al poder obtener la “Carta de naturalización por residencia”, pues el principal requisito es ser extranjero que acredite una residencia en territorio nacional con la calidad migratoria de inmigrante o inmigrado cuando menos durante los últimos

²¹⁸ Artículo 48 de la Ley General de Población.

cinco años inmediatos anteriores a la fecha de solicitud,²¹⁹ es decir, la Cancillería tomará como criterio para el trámite de este tipo de Carta de Naturalización una residencia permanente, por ello podemos afirmar que esa Secretaría de Estado sí considera como permanente la residencia del Inmigrante, y ahora, según la Ley de Migración, los Inmigrantes serán considerados como Residentes Temporales, lo que hace inferir que al ser temporal su residencia, ésta no podrá tomarse en cuenta para acceder a la nacionalidad mexicana por naturalización.

Podemos sostener entonces, que uno de los apartados fundamentales de la Ley, el de las condiciones de estancia, ha dejado de considerar algunas cuestiones fundamentales que intenta promover: el respeto los derechos adquiridos por los migrantes, al no precisar, en algunos casos, en qué hipótesis se encuentran ciertos extranjeros y en otros, al degradar en cierto sentido, la calidad jurídica que ostentan las personas.

D. Reglamento de la Ley de Migración

Este reglamento fue expedido mediante decreto publicado el viernes 28 de septiembre de 2012. Constituye un documento amplio que abunda en las disposiciones contenidas en la Ley de Migración.

E. Ley de Refugio y Protección Complementaria.

La ley de Refugio y Protección Complementaria fue promulgada el 26 de enero de 2011 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día siguiente.

²¹⁹ Dirección general de asuntos jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, www.sre.gob.mx/index.php/carta-de-naturalizacion-por-residencia, consultada el 12 de junio de 2011.

El decreto mediante el cual se emitió esta Ley, reforma, adiciona y deroga algunas disposiciones de la Ley General de Población, entre éstas la fracción VI de su artículo 42,²²⁰ con la finalidad de que la figura del refugiado sea regulada únicamente por la Ley que ahora analizamos, lo que confirma la intención del legislador de emancipar la cuestión migratoria, sea cual fuere su origen, de la política poblacional.

El objeto de la Ley sobre refugiados y protección complementaria consiste en regular la condición de refugiado, otorgar la protección complementaria y establecer las bases para la atención y asistencia a los refugiados que se encuentren en territorio nacional con la finalidad de *garantizar el pleno respeto a sus derechos humanos*.²²¹

Es importante, establecer a quién otorga la Ley el reconocimiento de la condición de Refugiado; y, esto es a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional y que reúna las siguientes características:²²²

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

II. Que ha huido de su país de origen, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, y

²²⁰ El artículo de la Ley General de Población que se comenta, fue derogado en su totalidad mediante decreto publicado el 25 de mayo de 2011 en el Diario Oficial de la Federación, que expidió la Ley de Migración

²²¹ Artículo 3 de la Ley.

²²² Artículo 13 de la Ley que se comenta.

III. Que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Ahora bien, los principios sobre los que se sustenta la aplicación de este ordenamiento jurídico son:

La no devolución, este principio es de la mayor importancia porque, de acuerdo al artículo 6 de la ley, *ningún solicitante o refugiado podrá en modo alguno ser rechazado en frontera o devuelto de cualquier forma al territorio de otro país donde su vida peligre o... en donde existan razones fundadas para considerar que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Así, la observancia de este principio ofrece la principal garantía a los solicitantes de refugio de que su vida, integridad o libertad será protegida.

En el Derecho Internacional, este principio es conocido como de *non-refoulement*, y esta obligación de los Estados de abstenerse de devolver a los solicitantes de asilo, ha sido positivizada a través del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, dicha disposición a la letra dice:

Art. 33.- Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”)

1.- Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras del territorio donde su vida o su libertad peligre por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

2.- Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la Comunidad de tal país.

Ahora bien, el primer párrafo de este artículo establece al *refugiado* como la figura jurídica que constituye el ámbito personal de validez de esta norma; sin embargo “la práctica de los Estados señala que la obligación de *non-refoulement* es aplicable también a los solicitantes de asilo, a los refugiados de hecho y a los refugiados en masa...”,²²³ práctica adoptada también por México, pues como ha quedado establecido en la transcripción del artículo 6 de la ley que se comenta, no serán devueltos ni los refugiados ni los solicitantes de refugio. Por ello es que este deber estatal se ha visto ampliado en su ámbito de aplicación personal y material.²²⁴

Vale la pena puntualizar que esta ley no hace referencia expresa a la figura del asilado político; ni tampoco lo hace la Ley de Migración; sin embargo, de los supuestos bajo los cuales es posible otorgar el estatuto de refugiado, se deduce que la misma podría otorgarse a las personas que bajo la Ley General de Población, fueron consideradas como asilado político. Tan es así, que a menos de un mes de haber entrado en vigor las derogaciones de la última ley citada, el presidente de la República ha enviado una iniciativa de reforma a la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria para que se incluya en el nombre la

²²³ Pérez Barahona, Sergio. *El Estatuto de Refugiado en la Convención de Ginebra de 1951*. Universidad de la Rioja en línea, disponible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/perez.pdf>, consultado el 25 de octubre de 2011.

²²⁴ *ídem*

palabra “Asilo” y adoptar e incluso ampliar, los estándares internacionales en la materia.²²⁵

Otro principio sobre los que descansa el derecho de los Refugiados consiste en no sancionar a las personas que soliciten el Refugio por haber ingresado de manera irregular al país, e incluso si se hubiere iniciado un Procedimiento Migratorio contra un extranjero con motivo de su ingreso irregular, éste quedará suspendido si es que el interesado solicita el refugio, hasta que se resuelva sobre el reconocimiento de la condición de Refugiado.²²⁶

La No Discriminación, constituye un tercer principio que debe regir el derecho de los Refugiados, y estatuye que la Secretaría de Gobernación, tomará las *medidas que estén a su alcance*,²²⁷ a fin de que tanto los refugiados como los solicitantes no sean objeto de discriminación con motivos de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, religión, opiniones, preferencias sexuales o estado civil. Disposición que revela la preeminencia del respecto a los Derechos Humanos en esta materia y que cobra relevancia sobre todo porque precisamente podría ser uno de esos factores los que sean motivo de persecución de la persona en su país de origen o residencia anterior.

Del mismo modo la Confidencialidad, compone otro de estos principios básicos y garantiza a los solicitantes y refugiados que la información que proporcionen y los datos relativos a su persona y sus condiciones personales se

²²⁵ Iniciativa publicada en la Gaceta Oficial del Senado de la República el 09 de octubre de 2012, disponible en http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/1/2012-10-09-1/assets/documentos/Iniciativa_Ejecutivo.pdf Consultada el 14 de noviembre de 2012

²²⁶ Artículo 7 de la Ley que se comenta.

²²⁷ Artículo 8 de la Ley que se comenta.

manejarán con *estricta confidencialidad*, con la única excepción en lo establecido por la Ley Federal De Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Por último, la Ley contempla dos principios íntimamente relacionados entre sí: la unidad familiar y el interés superior del niño; de modo que las autoridades están obligadas a proteger la organización y el desarrollo de la familia al momento de reconocer la condición de refugiado. Por ello es que cuando una persona reúne los requisitos establecidos por la Ley en su artículo 13, transcritos líneas arriba y se le reconoce por la Secretaría de Gobernación la condición de refugiado, mediante el acto declarativo correspondiente, ese reconocimiento se otorgará por derivación al *cónyuge, concubinario, concubina, hijos, parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, parientes consanguíneos del cónyuge, concubinario, concubina, hasta el segundo grado que dependan económicamente del solicitante principal.*²²⁸

Otro aspecto interesante del cuerpo jurídico que se analiza, recae sobre la figura de la *protección complementaria*, misma que define como la *protección que la Secretaría de Gobernación otorga al extranjero que no ha sido reconocido como refugiado en los términos de la presente Ley, consistente en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, se vería amenazada o se encontraría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*; el otorgamiento de esta protección se ha concedido no sólo en México, y por ello es que algunos autores identifiquen a tal con lo que han

²²⁸ Artículo 12 de la Ley que se comenta.

llamado “estatuto B”²²⁹ y lo relacionan con una de las “clases” de refugiados que distinguen, la de Refugiado de Facto, misma que hacen consistir en *una situación fáctica y ajurídica. Dentro de ella, se dan diversos supuestos como... la situación de los refugiados que son admitidos a permanecer en el territorio de un Estado únicamente por motivos humanitarios o políticos*²³⁰, con la salvedad de que gracias a esta Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, no se está en nuestro país ante una situación meramente fáctica sino que ya está jurídicamente regulado el supuesto en el que caen aquéllas personas que sin reunir los requisitos para que les sea reconocida el estatuto de Refugiado, quedan protegidos al garantizar su no retorno a los lugares donde corren peligro.

Esta Ley junto a la Ley de Migración otorgan mayores beneficios al refugiado, cumpliendo así lo previsto en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, pues las personas a quienes se les reconoce tal estatus, son consideradas como Residentes Permanentes, y con anterioridad a la entrada en vigor de estas dos leyes, se les otorgaba la calidad de No Inmigrante con

²²⁹ Pérez Bahona Sergio, *op. cit.*, p.23

²³⁰ *Ídem* Otros de los tipos de refugiado que distingue este autor son: 1) Refugiado en órbita, se trata de aquellos solicitantes de refugio cuya solicitud es rechazada por un Estado. Conforme a la obligación de *non-refoulement*, como principio de Derecho internacional general, el Estado no puede poner al solicitante en las fronteras del Estado perseguidor. Asimismo, dicho Estado “de acogida” no se considera competente para examinar la solicitud de refugio, por lo que envía al solicitante al Estado por el que transitó en primer lugar, que será quien deba examinar la solicitud de refugio. Ahora bien, este Estado puede no estar de acuerdo, con lo que reenviará al solicitante de refugio al Estado anterior. Esto puede suceder con varios Estados, y si ninguno se considera competente, puede suceder que el solicitante de refugio esté viajando de uno a otro Estado sin que su solicitud sea atendida. 2) Refugiado de Facto, de los que se explican en el cuerpo del trabajo. 3) Refugiados en masa, se refiere a los flujos masivos de solicitantes que acuden con ocasión de guerras civiles o desastres naturales. 4) Refugiados económicos, Se trata de aquellos refugiados que han huido de su país de origen con el objetivo de escapar de las míseras condiciones de vida de dichos países, y que pretenden ser acogidos en Estados con perspectivas económicas más favorables. En ocasiones, se produce una utilización abusiva del estatuto de refugiado motivada por estas circunstancias económicas, como fue el caso de solicitantes mexicanos ante el gobierno de Canadá, por ejemplo.

característica de Refugiado, lo que de suyo implicaba una residencia permanente y no definitiva como se prevé ahora.

Derechos de los Refugiados en territorio nacional.

La Ley que se analiza establece una serie de derechos que asisten a los Refugiados en México, estos consisten en:

- Recibir apoyo de las instituciones públicas, en el ejercicio y respeto de sus derechos.
- Recibir servicios de saludo.
- Recibir educación y en su caso, el reconocimiento de sus estudios.
- Ejercer el derecho al trabajo.
- Obtener documento de identidad y viaje expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores.
- Solicitar la reunificación familiar, y
- Obtener el documento migratorio expedido por la Secretaría de Gobernación, que acredite su legal estancia en el país como refugiado.

La ley establece también disposiciones adjetivas que norman el procedimiento para solicitar y obtener la condición de Refugiado; sin embargo el procedimiento a detalle será materia del reglamento de la Ley.

F. Reglamento de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria.

Este reglamento fue publicado el 21 de febrero de 2012 en el Diario Oficial de la Federación, se compone de nueve títulos que se ocupan de:

1. Disposiciones Generales.

En este título se presenta una serie de definiciones relativas a la condición de refugio y a la protección complementaria que sirven de glosario al reglamento.

2. De la condición de refugiado

Este título consta de dos capítulos, el primero de ellos se refiere a la definición de refugiado, en la que se aclaran las categorías o cualidades a que se refiere el artículo 4 de la Ley que reglamenta. El segundo capítulo explica los requisitos necesarios para obtener el estatuto de refugiado y su derivación a los dependientes económicos del refugiado

3. De las atribuciones en materia de refugiados y protección complementaria

Este título enumera las atribuciones que sobre la materia tienen la subsecretaría dependiente de la Secretaría de Gobernación que tenga facultades sobre el tema migratorio, actualmente es la subsecretaría de población, migración y asuntos religiosos; pero también enuncia las atribuciones de la Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a los Refugiados (COMAR), entre las que destaca aquélla que le confiere la exclusividad para recibir las solicitudes del reconocimiento de la condición de refugiado y la de determinar su otorgamiento.

Del mismo modo establece las atribuciones que le corresponden al Instituto Nacional de Migración, de las cuales a nuestro juicio la principal es detectar a los extranjeros que presumiblemente puedan ser solicitantes de la condición de refugiado. De las demás se desprende su carácter de instancia coadyuvante de la COMAR.

4. Del procedimiento de reconocimiento

En este título se detalla el desarrollo del procedimiento administrativo a través del cual se pueda obtener la condición de Refugiado, el inicio del mismo se hace a través de la presentación de una solicitud y llama la atención que este reglamento establece que *cualquier autoridad* que tenga conocimiento de la pretensión de un extranjero de obtener la condición de refugiado, está obligada a notificar esa pretensión por escrito a la COMAR.²³¹ Por lo demás, se detallan las formalidades y etapas del procedimiento, una de dichas etapas es la realización de una entrevista personal con el solicitante, lo que implica un conocimiento real del mismo y un acercamiento que permitirá a la autoridad determinar con mayores elementos de convicción el otorgamiento o no de la condición de refugiado.

Del mismo modo, los menores de edad no acompañados, tendrán un tratamiento y asistencia especiales durante el procedimiento.

5. De la protección complementaria.

Esta figura jurídica de reciente creación, ha quedado definida en el apartado anterior, pues lo contempla la Ley, sin embargo, el reglamento establece las formalidades que revestirán el otorgamiento o no de dicha protección.

²³¹ Artículo 18 del Reglamento que se comenta.

6. De la cesación, cancelación y revocación del reconocimiento de la condición de refugiado y del retiro de la protección complementaria.

Este título en esencia, permite a la autoridad cesar, cancelar o revocar el reconocimiento que haya hecho sobre la condición de refugiado, al amparo de información superveniente incompatible con el reconocimiento efectuado. Estas acciones empero, no son arbitrarias ni automáticas, pues se establece un procedimiento específico para la valoración de las pruebas con pleno respeto a la garantía de audiencia del extranjero interesado, pues deberá notificársele el inicio del procedimiento. Lo mismo se aplicará en el caso de la Protección Complementaria.

7. Del recurso de revisión

Este título ofrece a los solicitantes a quienes han negado, cancelado, cesado o revocado la calidad de Refugiado o el otorgamiento de la Protección Complementaria un recurso administrativo, mismo que debe ser interpuesto en un plazo de 15 días hábiles a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos su notificación.

8. De la asistencia institucional

La asistencia institucional se otorgará a aquéllas personas que se encuentren en una situación de vulnerabilidad, misma que se determinará a partir de varios factores, como la condición física o de salud, la edad, el hecho de encontrarse en una estación migratoria. La asistencia cesará al momento en que la situación de vulnerabilidad sea superada.

Asimismo, se prevé la posibilidad de otorgar apoyos a la integración de los refugiados a la sociedad. Esto podrá consistir en atención médica, revalidación de estudios, asistencia para el trabajo, reconocimiento de capacidades técnicas, programas públicos para la inserción laboral, de asistencia social y los demás que la COMAR estime pertinentes, incluyendo las gestiones que para la obtención, apostilla o legalización de documentos se deban hacer ante los consulados de los Estados de los cuales sean nacionales los refugiados.

9. De la situación migratoria.

Los refugiados y las personas a quienes se otorgue la protección complementaria, gozarán de la condición migratoria de residente permanente. La misma condición de estancia se otorgará a los familiares de esas personas que obtengan el estatuto derivado en aras de la unidad familiar.

De la descripción del reglamento comentado, se concluye que el mismo dada su naturaleza jurídica, abunda y detalla los contenidos de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, además con su entrada en vigor, hace plenamente aplicables la Ley que reglamenta.

2. Instrumentos Internacionales

A. Instrumentos jurídicos que establecen estándares internacionales para la protección de los Derechos Humanos de las personas en movimiento y migrantes.

En materia migratoria, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha emitido diferentes actos, tanto consultivos como contenciosos, que establecen patrones o estándares que han sido incorporados a la legislación interna no sólo de México, sino de otros países parte del sistema.

a. Opinión Consultiva OC/18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos relativa a la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

De acuerdo con el primer párrafo del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), podrán consultar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), acerca de la interpretación de la citada Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; así pues, el 17 de septiembre de 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a petición del Estado mexicano emitió la Opinión Consultiva que en esta oportunidad se revisa y que

reviste gran interés a nuestro tema de estudio pues se refiere a la condición jurídica y a los derechos de los migrantes en condición irregular en México.

El planteamiento que recibió la Corte de parte de México, versa sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos de trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios consagrados en los tratados internacionales de Derechos Humanos respecto de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley; así, las cuatro preguntas que formuló el Estado mexicano a las que dio respuesta puntual la Corte son las siguientes:

1) ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide per se el goce de tales derechos?

2.1) Los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], así como 1 y 24 de la Convención Americana, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?

2.2) *A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?*

Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, [ambos] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

3) *¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles erga omnes?*

Habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación, en especial a

través de las disposiciones invocadas de los instrumentos mencionados en la presente solicitud,

4) ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de ius cogens? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la Carta de la OEA?²³²

Ahora bien, las opiniones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a los planteamientos transcritos, y que son de interés a este trabajo se pueden enunciar de la siguiente forma:

- Es facultad de los Estados establecer distinciones en el goce de determinados beneficios entre sus nacionales y los extranjeros; y entre los extranjeros en situación regular y aquéllos en situación irregular.

²³²Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los Estados Unidos Mexicanos sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf, consultada el 2 de septiembre de 2011

- El ejercicio de tal facultad debe derivar del examen de los siguientes factores: alcances y contenido de la norma; consecuencias que derivarán de esa distinción; la justificación del tratamiento diferenciado en especial en su relación con el interés legítimo del Estado; la existencia de una relación racional entre tal interés y el trato diferenciado; la existencia o creación de medios que disminuyan tal diferenciación, con los cuales el Estado obtenga ese mismo fin legítimo.

- No siempre una distinción de trato implica discriminación.

- La discriminación se constituye por *toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma o la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad.*²³³

- En consecuencia, la distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo; y a diferencia de la discriminación esta diferenciación no es violatoria de derechos humanos, de este modo el principio de igualdad de trato se viola *si la distinción carece de justificación objetiva y razonable.*²³⁴

²³³ Definición dada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, según la Opinión Consultiva OC-18/03 que se analiza.

²³⁴ Según ha sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos en los precedentes *Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, para. 39*; *Eur. Court H.R., Case of Wessels-*

- El trato discriminatorio a cualquier persona, genera al Estado que lo realiza responsabilidad internacional.
- Esa responsabilidad deriva del hecho de que *el principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del “jus cogens”, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones “erga omnes” de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.*²³⁵
- En consecuencia, no es posible anteponer la observancia de la Política Migratoria estatal a la de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Lo que impone a los Estados la obligación de adecuar su legislación a tales instrumentos internacionales; pero también deben adecuarse las prácticas internas de aplicación, por lo que *es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el Derecho Internacional aplicable.*²³⁶

Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, para. 46; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10., citada en la Opinión Consultiva OC-18/03 que se analiza.

²³⁵ Párrafo 108 de la Opinión Consultiva OC-18/03 que se analiza.

²³⁶ Párrafo 171 de la Opinión Consultiva OC-18/03 que se analiza.

Esta opinión consultiva cita, entre otras, la resolución sobre “Protección de los Migrantes”,²³⁷ de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en donde se establece que los Estados deben tomar en cuenta *la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes (indocumentados) debido... a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades de... diferencias de idioma, costumbres, culturas, así como... económicas y sociales y los obstáculos para regresar*; esta resolución también expresa su preocupación *por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente mujeres y niños...;* añadió también que *...el proceso de mundialización y liberalización... la creciente disparidad económica y social... y la marginación de algunos de la economía mundial han contribuido a crear grandes movimientos de población y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional.*

De la lectura de los razonamientos vertidos en la Opinión Consultiva OC/18-03 y de la resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, podemos deducir que el Derecho Internacional ha establecido un complejo de normas obligatorias para los Estados por las que éstos se ven constreñidos a garantizar un trato igual a todas las personas que se encuentren en su territorio. Esto es falso. Debemos atender la diferencia entre el trato diferente y la

²³⁷Resolución número A/RES/54/166 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 24 de febrero de 2000, disponible en http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/54/A_RES_54_166_es.pdf, consultada el 29 de septiembre de 2011.

discriminación, siendo ésta última la que debe excluirse de toda actuación estatal, pues la misma

...conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas... no existe discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionada una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichoso, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.²³⁸

De este modo tenemos que la observancia del principio de igualdad jurídica y no discriminación no debe interpretarse como un cuestionamiento o limitación a los Estados de tomar acciones legales en contra de las personas que se encuentren en su territorio en situación irregular, incluso la deportación

Lo importante es destacar que las acciones que emprenda el gobierno contra los inmigrantes en situación irregular, estén previstas en sus ordenamientos internos y, sobre todo que se ofrezca a los individuos, por un lado, la posibilidad de defenderse ante autoridades judiciales competentes, con todo lo que ello implica en relación al principio del debido proceso; y por el otro, la oportunidad de obtener la regularización de su estatus migratorio, si satisface desde luego, los requisitos para ello.

En este contexto, la Ley de Migración mexicana emitida en 2011, como ya se expuso, cumple con los requisitos apuntados en el párrafo anterior; sin embargo esto no es suficiente, pues como lo estableció la Corte, no basta con armonizar el derecho interno al internacional, sino que toda la práctica estatal, que incluye la actuación no sólo de los agentes migratorios o policiales, sino también

²³⁸ Párrafo 91 de la Opinión Consultiva OC-18/03 que se analiza.

de otras instancias de gobierno y de la sociedad civil, privilegien la observancia de los principios contenidos en el Derecho Internacional y desdeñen las prácticas arbitrarias, caprichosas, despóticas que contravengan el respeto a la dignidad humana; por lo que si bien es cierto, los Estados son libres de establecer la política migratoria que consideren pertinente, también lo es que no pueden subordinar la observancia del principio de igualdad legal y no discriminación a los fines de cualquier política pública, incluida por su puesto la migratoria.

b. Opinión Consultiva OC/16/99, de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre “El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías de Debido Proceso Legal”.

Esta opinión²³⁹ se relaciona con la anterior pues para cumplir cabalmente con el principio de no discriminación, decíamos que debe garantizarse el acceso a un proceso justo, a través del cual, independientemente de la materia a la que se circunscriba, la persona tenga la oportunidad de conocer objetiva y verazmente las infracciones que se le imputan, así como los medios de defensa que tiene contra la actuación del Estado y sobre todo la posibilidad de aportar pruebas para demostrar, en su caso, la procedencia de sus pretensiones; por ello, es irrelevante que la opinión que revisamos en esta oportunidad se refiera concretamente a los procesos penales, pues la misma establece estándares observables en el desarrollo de cualquier procedimiento además de que en materia migratoria se establece como sanción de manera generalizada la detención de las personas en situación irregular, y como consecuencia la privación de su libertad; medida que también constituye por antonomasia, la pena impuesta en materia penal.

Y en relación al principio de igualdad ante la ley, el “debido proceso” debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son

²³⁹ Opinión Consultiva OC-16/99 que emitió la Corte Interamericana de Derechos humanos sobre “El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías de Debido Proceso Legal” solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, visible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf , consultada el 11 de septiembre de 2011.

llevados ante la justicia; de modo tal que independientemente de sus diferencias reales, todas las personas deben tener acceso a un proceso justo y llevado a cabo en igualdad de condiciones.

A continuación enumero los principales puntos establecidos por esta opinión judicial:

- Es necesario que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma efectiva.
- El proceso legal ha tenido un amplio desarrollo, de modo tal que existen en la actualidad derechos procesales irrestrictos como el derecho a no auto incriminarse o a tener asistencia jurídica.²⁴⁰
- Tomando en cuenta las desigualdades reales, el derecho debe adoptar medidas de compensación que eliminen los obstáculos que impidan o reduzcan la defensa de los intereses propios, sin esto, no podríamos hablar de la existencia de un verdadero acceso a la justicia.
- La Corte indicó que estas garantías serán observables en procesos del orden *civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*, por ello son aplicables también a los procedimientos que se sigan en materia migratoria, sean de naturaleza judicial o como en el caso de México, administrativa.

²⁴⁰Estos son ejemplos de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra en sus artículo 14 y 16 las garantías del debido proceso legal. La Ley de Migración establece que los migrantes alojados en las estaciones migratorias, esto es, privados de su libertad cuenten con asistencia no sólo jurídica, sino religiosa y psicológica.

- El derecho a un debido proceso se ve vulnerado cuando existe un riesgo real para la persona al acudir a las instancias impartidoras de justicia, como a la deportación, expulsión o privación de la libertad (alojamiento).
- Para la consecución de un debido proceso legal, es necesario contar con Asistencia Consular.

Estos puntos son fundamentales en la resolución de los procesos que imponen sanciones a los migrantes, cuenten o no con una estancia irregular, como hemos expuesto líneas arriba, se respetará el principio de No Discriminación, en la medida en que las personas, independientemente de su situación migratoria (situación real) puedan tener acceso en igualdad de condiciones a cualquier instancia estatal. Lo que es imposible de lograr si existe el temor de ser deportado, expulsado o privado de la libertad.

Una vez más, se presenta la disyuntiva de si el Estado se encuentra imposibilitado de aplicar su derecho interno y sancionar a las personas que contravienen sus disposiciones administrativas, y si entonces el Estado debe tratar de modo idéntico a todas las personas dentro de sus fronteras. Como hemos dicho, este no es el sentido de las convenciones, el trato se dará a las personas atendiendo a diferencias objetivas, pero siempre respetando sus Derechos Humanos y ofreciéndoles, aquí la importancia de esta opinión, la oportunidad de alegar y en su caso, demostrar la procedencia de su intención, con lo que se le otorga a la persona un trato no discriminatorio y, aunque no lograra hacerlo, entonces se le deben brindar opciones para solucionar su situación y no obligarlo

a permanecer en la ilegalidad; una de estas opciones importantísimas es la Asistencia Consular.

Esta asistencia consular reconoce el derecho de los Estados de *asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular* y también, *reconoce el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado*²⁴¹, de este modo las personas privadas de su libertad tienen el derecho a solicitar y obtener de las autoridades competentes del Estado en que se encuentran, informen a la oficina consular sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva y además, comunicarse con tal representación diplomática.

Encontramos que en México la Ley de Migración de 2011, consigna ese derecho a los migrantes en situación irregular alojados en las estaciones migratorias.

²⁴¹ Párrafo 81 de la Opinión Consultiva OC-18/03 que se analiza.

c. Caso Vélez Loor

El 23 de noviembre de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió sentencia de fondo en el caso Vélez-Loor VS. Panamá, que resuelve la demanda interpuesta por el ciudadano Ecuatoriano Jesús Tranquilino Vélez-Loor contra el Estado panameño, en la que alegó violaciones a sus Derechos Humanos realizadas durante el tiempo que estuvo detenido en diferentes centros de reclusión de Panamá, violaciones especialmente graves pues incluyen tortura y tratos inhumanos y degradantes contra su persona.

El señor Jesús Vélez-Loor se internó a Panamá en su viaje a los Estados Unidos, pues como él mismo refiere en la demanda, debido a la crisis económica en Ecuador decidió emigrar a los Estados Unidos, como lo hacen miles de personas al año, pero al ingresar a Panamá, Estado para el cual, según alega, contaba con una visa válida, es detenido por la policía migratoria, bajo el argumento de que la visa era falsa. Esta detención se llevó a cabo en la región fronteriza de Darién, después fue remitido con junto a otros cuatro extranjeros a la Cárcel Pública de la Palma²⁴² *el principal centro de reclusión de la región*, en esta cárcel de La Palma, según el señor Vélez *había detenidos peruanos y sus esposas y colombianos... con sus niños, mujeres embarazadas y una adolescente embarazada*, describió las instalaciones de las tres celdas para varones que existían en esa cárcel: *la celda grande, la preventiva y la cuadra*, y según su dicho carecían de ventilación; además la celda de las mujeres estaba *desprovisto de seguridad y de una separación física*, el denunciante dijo que estuvo en la celda

²⁴²Párrafo 200 de la sentencia que se analiza

donde se alojaban a los privados de libertad de buen comportamiento y a los ancianos; al ser una cárcel común estuvo detenido junto con delincuentes.

El hacinamiento era otra condición desfavorable, pues la cárcel pública de La Palma tenía para el 2003, una *capacidad física para recluir 108 personas, tanto mujeres como hombres. Según datos oficiales del Sistema Penitenciario panameño, en el año 2002, su población total había llegado a 146 y en 2004 a 149.*²⁴³ Por su parte, el Centro Penitenciario la Joyita, al que fue trasladado después, *en el año 2003 mantenía una capacidad física para albergar 1770 personas. Según datos oficiales del Sistema Penitenciario Panameño, en el año 2002 su población total de privados de libertad había llegado a 2430 detenidos y en el año 2003 a 2917.*²⁴⁴

En los apartados anteriores hemos destacado que la Corte se ha referido a la Resolución de la Asamblea General de la ONU 54/166 de Protección a los Migrantes en la que se hace referencia al estado vulnerable en que se encuentran los migrantes; *vulnerabilidad que se ve incrementada cuando por causa de su sola situación migratoria irregular son privadas de libertad en centros penitenciarios en los que son recluidas personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos.*²⁴⁵ Esta observación de la Corte, la llevó a establecer que los migrantes que sean detenidos, deben alojarse en instalaciones creadas y destinadas únicamente para alojar a los migrantes, sin que éstos tengan que ser recluidos con delincuentes, tal distinción o *principio de separación*, encuentra su justificación en las *diferentes finalidades de la privación de libertad. En efecto,*

²⁴³ Párrafo 202 de la sentencia que se analiza

²⁴⁴ Ídem

²⁴⁵ Párrafo 207 de la sentencia que se analiza

*cuando se trata de personas que sufren condena, las condiciones de privación de la libertad deben propender a la ... reforma y la readaptación social... cuando se trata de migrantes... debe ser utilizada cuando fuere necesario y proporcionado en el caso concreto, solamente admisible durante el menor tiempo posible,*²⁴⁶ mientras reúne los requisitos para regularizar su estancia o para abandonar el país; lo que demuestra la totalmente diferente finalidad de ambas reclusiones; es importante indicar que la Corte estableció que en la medida de lo posible, durante la detención no se deben desintegrar los núcleos familiares, lo que refuerza aún más la necesidad de contar con instalaciones dedicadas exclusivamente al alojamiento de migrantes, pues muchas veces deberán ingresar a ellos familias enteras, es decir mujeres y niños, que no deben exponerse a convivir en ambientes puramente masculinos; y, que por lo tanto se necesita de personal especializado, no simples celadores.

Tortura

Entre las diligencias que informaron el juicio que inició Jesús Tranquilino Vélez-Loor contra el Estado de Panamá y que fue resuelto en definitiva por la sentencia que se analiza, se encuentra una audiencia pública que se llevó a cabo el 25 de agosto de 2010²⁴⁷, en la que el actor, narró detalladamente lo siguiente:

[...a]l momento que fui detenido [...] la policía abrió fuego con fusiles [...], me obligaron a tirarme al piso, se acercaron, se pararon en mis brazos, me hicieron abrir mis brazos en forma de cruz en el piso, se pararon en mis manos abiertas sobre la palma de mi mano, y me despojaron de mis pertenencias. Posteriormente a eso, me sacaron mis zapatos, mis calzados, me pusieron unos grilletes en mis brazos y en mis

²⁴⁶Párrafo 208 de la sentencia que se analiza

²⁴⁷Párrafo 233 de la sentencia que se analiza

pies y me obligaron a caminar descalzo [...] hasta un pequeño cuartel de la población Nueva Esperanza de la Provincia del Darién. [...] Lo que hicieron después [fue] colgarme de un poste [...] de mi brazo derecho donde yo permanecí casi ocho horas [...].

[En la Cárcel Pública de La Palma,] todos los presos que estaban por situación migratoria [tomaron la] decisión [...] de hacer una huelga pacífica, tomados de las manos hacia afuera en un momento que nos sacaron, [y] en eso llega un montón de policías y empiezan a arrastrarnos de los pies, como estábamos agarrados empezaron a darnos garrotazos, palazos, [...] y en esa golpiza que nos dieron a mí me rompieron el cráneo [...].

[En el marco de una huelga de hambre en el Centro Penitenciario La Joyita] el 1 de junio [de 2003] me costuré mi boca [...] en respuesta,] me llevaron al pabellón 12 de máxima seguridad, caminando, alejado de los demás pabellones [...], entonces un policía [...] dijo: tráigame ese para acá, ¿por qué te has cosido la boca?. Bueno, yo no hablaba nada porque tenía mi boca cosida, en ese momento me empiezan a regarme gas en mi cara, yo me veo obligado a forzar mis labios, se me desgarraron mis labios para poder respirar, y me sangré todo, y de allí me sacan la ropa [...] me dejaron desnudo y me pusieron mis esposas, [...] en los pies[, lo acostaron en el piso y] empiezan a caminar en una forma circular, primeramente dando golpes con unos garrotes gruesos sobre las plantas de los pies, y al regreso venían caminando por las espaldas de los detenidos desnudos y destapando botellas de gas lacrimógeno y regándola en los cuerpos desnudos y tirándoles agua [...], era desesperante, era como fuego en la piel. De allí otra vez rotaron y lo hacían virar boca arriba y venían caminando por las barrigas [...] De allí [...], me llevaron a un cuartito que lo conocen la discoteca [...] y me siguieron regando ese polvo [...] de allí me encerraron en un pabelloncito [...] ahí me siguen regando gas, viene un policía con burla, riéndose, y me dice: ¿ah quieres tener sexo conmigo? Y riéndose, [...], me golpea con sus botas, entonces, allí me inserta con un lápiz por el lado del borrador polvo por mi ano, y me da patadas [...]

Según lo narrado por el propio demandante en la audiencia pública que se comenta, fue sometido a tortura y malos tratos cuando permaneció recluso en Panamá; no obstante, el Estado panameño no ha reconocido y ni siquiera indagado sobre la realización de esas conductas; cabe señalar que la primera vez que el señor Vélez da a conocer estos tratos es el 24 de enero de 2004, una vez que ya se encontraba en territorio Ecuatoriano.

La denuncia de tales hechos la hizo por primera vez mediante un escrito presentado ante la Embajada Panameña en Ecuador el 24 de enero de 2004, al que acompañó copia del escrito de Queja que presentó ante la Defensoría del Pueblo de Ecuador previamente, entidad que a su vez solicitó informes a la Policía Nacional y a la Dirección Nacional de Migración de Panamá sin hacer mención alguna de las alegaciones de tortura, limitándose a preguntar sobre la detención del Sr. Vélez, estas dos últimas dependencias rindieron el informe solicitado el 30 de marzo de 2004 y el 17 de febrero de 2004, respectivamente, en los que se consignaba información únicamente sobre la situación migratoria del actor sin hacer referencia a maltratos o tortura.

Más tarde el 15 de septiembre de 2004, presentó un escrito de denuncia ante la Cancillería Panameña, al cual le recayó un escrito donde no se hacía pronunciamiento alguno sobre la tortura que alega haber sido objeto; finalmente, los días 7 y 24 de septiembre de 2004, envió sendos correos electrónicos con su denuncia a la Dirección General de Política Exterior y a Asuntos Jurídicos y Tratados en Panamá, instancia que solicitó información al encargado de Asuntos Consulares de la Embajada de Panamá en Ecuador, quien tampoco hizo mención alguna de las alegaciones de tortura.

A pesar de que los informes fueron ineficaces para obtener información sobre los hechos alegados por el Sr. Vélez, estas solicitudes de información realizadas por el Gobierno panameño, fueron utilizadas para negar la omisión de la obligación de investigar cualquier denuncia de tortura o tratos inhumanos o degradantes, que impone a los Estados la Convención contra la Tortura; pues el Estado panameño se defendió diciendo que tal obligación está

condicionada a la existencia de una razón fundada para creer que tuvieron lugar actos de tortura y no a la declaración unilateral del supuesto agraviado.

La Corte sin embargo, estimó en su resolución que Panamá no llevó a cabo la investigación con la debida diligencia, investigación que inició el 10 de julio de 2009, y que en consecuencia incumplió con la garantía del Derecho a la integridad corporal consagrada en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1, y 6 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.

d. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El 30 de diciembre de 2010 la Corte Interamericana de Derechos Humanos publicó un informe sobre inmigración en los Estados Unidos,²⁴⁸ con el objetivo de dar a conocer el diagnóstico que realizó acerca de la situación que guardan las prácticas y políticas implementadas durante las detenciones y procesos emprendidos contra los migrantes indocumentados en Estados Unidos, frente a los estándares mínimos establecidos internacionalmente.

A modo de introducción, el informe referido proporciona datos estadísticos sobre la cantidad y calidad de inmigrantes en Estados Unidos, que resultan útiles para apreciar la dimensión del fenómeno y que podemos condensar en la siguiente tabla.²⁴⁹

Inmigrantes internacionales	38.5 millones de personas
Extranjeros residentes permanentes	12.6 millones de personas
Personas asiladas	22,930 personas
Personas refugiadas	60,180 personas
Inmigrantes indocumentados	10.8 millones de personas 40% ingresó del año 2000 al 2009 60% ingresó en décadas 80 y 90.
Niños con al menos un padre indocumentado	5 millones de personas
Niños ciudadanos estadounidenses hijos de inmigrantes indocumentados	3 millones de personas

²⁴⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, número OEA/Ser.L/V/II. Doc 78/10. 30 de diciembre de 2010, disponible en <http://cidh.org/countryrep/USImmigration.esp/Indice.htm>, consultado el 11 de septiembre de 2011

²⁴⁹De elaboración propia.

Del mismo modo, el informe da a conocer, que la legislación estadounidense prevé varias opciones para que un inmigrante pueda regularizar su situación migratoria, mismas que consisten en:

- a) Solicitar asilo.
- b) Solicitar la suspensión de su devolución al país de origen o residencia habitual (*non refoulment*).
- c) Calificar para un cambio de estatus migratorio.
- d) Calificar para la cancelación de la deportación ordenada en su contra.
- e) Calificar para una visa tipo “T” que se otorga a las personas víctimas del delito de trata de personas.
- f) Calificar para una visa tipo “U” que se otorga a las personas víctimas de violencia doméstica o de cualquier otro delito violento.
- g) Solicitar una excepción a la inadmisibilidad.
- h) Calificar para el estatus migratorio especial de Inmigrantes Juveniles.

Otra información relevante que aporta el informe es el desarrollo que ha tenido la gestión migratoria en los Estados Unidos de América en los últimos 25 años y que resumimos de la siguiente manera:

En 1996, se expiden la Ley de Reforma de Inmigración Ilegal y de Responsabilidad de los Inmigrantes y la Ley de Antiterrorismo y Pena de Muerte Efectiva; ordenamientos que ampliaron sustancialmente el uso de la detención obligatoria sin fianza, así como la lista de delitos que tienen como pena la

deportación obligatoria de migrantes con una estancia autorizada, lo que se ha interpretado como el endurecimiento de la Política de Migración.

En 2002 se emite la Ley de Seguridad Nacional, a consecuencia de los sucesos acontecidos el 11 de septiembre de 2001, que crea el Departamento de Seguridad Interna, mismo que asumió las funciones y responsabilidades del anterior Servicio de Inmigración y Naturalización, por lo que se creó el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas (cuyas siglas en inglés son ICE). Esta agencia estatal es la que hasta la fecha se encarga de aplicar las leyes migratorias y el informe que se comenta se centra exclusivamente en la gestión que de la inmigración internacional ha realizado y destaca un renovado endurecimiento de la política migratoria a partir de la entrada en vigor de la “Operación Endgame” en 2003, pues la misma planteó un plan estratégico a 10 años, cuyo principal objetivo era deportar al 100% de las personas “deportables”, esto es que no reúnan los requisitos para regularizar su estancia, presentes en Estados Unidos.

Estas acciones en su conjunto trajeron como consecuencia el incremento de detenciones lo que motivó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a investigar la coincidencia de las políticas y prácticas de detención con la obligación de los Estados de respetar los Derechos Humanos de todas las personas; al efecto una comisión realizó visitas a algunos centros de detención en los estados de Arizona y Texas²⁵⁰ del 21 al 24 de octubre de 2009.

²⁵⁰Estos centros fueron, en el estado de Arizona: *Southwest Key Unaccompanied Minor Shelter*, *Florence Service Processing Center* y *Pinal County Jail* y en el estado de Texas: *T. Don Hutto Family Residential Center*, *Willacy Detention Facility* y *International Education Services Unaccompanied Minor Shelter*. En el párrafo 12 del informe la Corte condenó el hecho de que el *Sheriff* del condado de Maricopa en Arizona, no haya permitido la visita de la comisión a la cárcel del condado donde, dice la Corte, se encuentran reclusas

La Comisión expresó que, como resultado de esta investigación, tiene dos preocupaciones principales:

a) Que se ha incrementado el uso de la detención como una herramienta para frenar los flujos inmigratorios, de modo tal que el privar a una persona de su libertad no es ya la excepción que debiera ser; lo que se agrava con la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de considerar constitucional esa situación a pesar *de la naturaleza civil de las infracciones y de la pérdida de la libertad* de las personas.

b) La agencia federal del Servicio de Inmigración y Control de Aduanas, ha suscrito un gran número de acuerdos de cooperación con autoridades de los estados y no cuenta *con un sistema de supervisión y rendición de cuentas* para verificar que en las actuaciones oficiales que lleven a cabo los estados en virtud de esos acuerdos de cooperación, no apliquen criterios discriminatorios.

El informe de marras, después de referir los datos aquí condensados, se refiere al proyecto de informe y observaciones de los Estados Unidos, en donde el estado da a conocer de manera concreta las acciones y planes que ha echado a andar en relación a la migración y también, reconoce la importancia de los

personas que han infringido las leyes migratorias, al amparo de un convenio de colaboración entre el estado y las agencias federales competentes.

inmigrantes en el desarrollo de su país; y se refiere a la inaplicabilidad de las resoluciones y opiniones formuladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

También justifica el uso de la detención contra los migrantes, al constituir una útil herramienta en la preservación de la soberanía estatal, a través del siguiente razonamiento:

La inmigración es un tema de importancia crítica para Estados Unidos, y por lo tanto es tratada 'in extenso' en la legislación y la política de los EEUU. El derecho internacional reconoce que cada Estado tiene el derecho soberano de controlar el ingreso a su territorio y de regular el ingreso y expulsión de los extranjeros en forma consistente con las obligaciones internacionales contraídas. Este principio ha sido reconocido por largo tiempo como atributo fundamental de la soberanía estatal. La detención migratoria puede ser una herramienta importante para el ejercicio de la soberanía por parte de los Estados al resguardar la seguridad pública y remover en la forma más expedita posible a los individuos que puedan constituir una amenaza para la seguridad del país o de sus ciudadanos y residentes legales. Por lo tanto, la detención migratoria está permitida por el derecho internacional, toda vez que sea aplicada en forma consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

Las preocupaciones expresadas por la Comisión, se agravan por el hecho de considerara a la detención como una herramienta útil, mejor dicho indispensable, en el control migratorio por el gobierno del principal país receptor de migrantes.

El manifestar que tal detención se realiza de forma consistente con las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, no comprueba que eso ocurra en la realidad; y peor aún si como vimos, en la realización del informe que se comenta, no se permitió la entrada a centros de

reclusión instalados en el condado del estado de Arizona sobre el que pesan serias acusaciones de violaciones a los derechos humanos.

Estándares Internacionales

La Corte enumeró seis principios cuya observancia garantiza el respeto a los Derechos Humanos de las personas en situación migratoria irregular que son detenidas o sujetas a un procedimiento migratorio; tales principios son:

- ❖ Libertad personal,²⁵¹ textualmente la Comisión refirió que los migrantes irregulares no son delincuentes *per se*, por lo que no deben ser tratados como tales y que las detenciones deben tener lugar únicamente cuando, después de evaluar cada caso de manera individual, se considere como una medida necesaria para cumplir un interés legítimo del Estado²⁵²

- ❖ Trato humano, se refiere a todas aquellas condiciones que deben prevalecer en los centros de detención de migrantes irregulares, la Corte en este punto hizo hincapié en recordar que la detención debe ser una medida de control migratorio extraordinaria. Los requerimientos mínimos que deben ser satisfechos en la detención de migrantes son: alimentación, acceso a agua potable, alojamiento en condiciones de higiene, proporcionar vestimenta, fomentar las actividades educativas y de recreación, garantizar la libertad religiosa y las visitas, atención médica y psicológica adecuadas como se lee del párrafo que a continuación se transcribe:

²⁵¹ Párrafos 38 al 43 del informe que se analiza

²⁵² Para consultar el texto íntegro de las consideraciones de la Comisión sobre la Libertad Personal, véase el ANEXO 3.

67. Los Principios Interamericanos sobre la Detención ofrecen pautas específicas sobre las disposiciones básicas --como los derechos a la alimentación, agua potable, alojamiento, higiene, vestimenta y actividades educativas, recreación, libertad religiosa y visitas-- a fin de asegurar el trato humano a todos los detenidos bajo custodia de un Estado⁸⁹. En los Principios Interamericanos sobre la Detención se prohíbe el hacinamiento en las prisiones y centros de detención, por considerar que ello constituye una violación del artículo 5 de la Convención Americana.

Además hace mención también del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyos artículos 7 y 10 (1), establecen lo siguiente:

El artículo 7 indica lo siguiente: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”. El artículo 10(1) del Pacto dispone análogamente que “[t]oda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. En referencia al impacto legal del artículo 10 del PIDCP respecto de los migrantes irregulares, la Relatora de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes también subrayó que “la detención de migrantes con fundamento en su estatus irregular bajo ninguna circunstancia debería ser de naturaleza punitiva”

Derivado de lo dispuesto en el último precepto transcrito, una de las obligaciones principales de los Estados en materia de detención de migrantes, corresponde al derecho de los migrantes detenidos a ser separados de los reclusos penales, al efecto se transcribe en el informe lo contenido en el artículo XXV de la Declaración Americana de Derechos Humanos, en el sentido de que los detenidos deben separarse en base a sus categorías, también se refiere a las palabras de la Relatora de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, respecto a

la recomendación que hace a los Estados de velar porque los migrantes detenidos sean colocados en establecimientos públicos destinados específicamente a ese fin, o cuando menos separados de los detenidos por cuestiones penales, a continuación se transcribe lo dispuesto por la Convención Americana:

En particular, se dispondrá la separación de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales. En los casos de privación de libertad de los solicitantes de asilo o refugio, y en otros casos similares, los niños y niñas no deberán ser separados de sus padres. Los solicitantes de asilo o refugio y las personas privadas de libertad a causa de infracción de las disposiciones sobre migración no deberán estar privados de libertad en establecimientos destinados a personas condenadas o acusadas por infracciones penales.

Este principio incluye también la obligación de notificar al migrante alojado de su traslado a otro centro de detención y permitirle que a su vez, informe esa circunstancia a sus familiares, representantes o cualquier persona que desee el migrante; este principio de trato humano guarda estrecha relación con el de la protección a la familia, pues al disponer los traslados de las personas, se debe considerar el impacto que ese traslado tenga sobre la familia.²⁵³

Así, la Comisión ha establecido que un Estado que proporcione trato humano a los migrantes presentes en su territorio, privados de su libertad, debe garantizar los siguientes derechos:

²⁵³ Las consideraciones textuales sobre la relación que existe entre el derecho a un Trato humano y la unidad familiar, véase el ANEXO 3.

- a) Derecho a la atención médica
- b) Derecho a la separación de los reclusos penales
- c) Derecho a ser notificado del traslado a otros centros de detención
- d) Derecho a que el personal esté debidamente entrenado y a una supervisión independiente del lugar de detención
- e) Derecho a una política disciplinaria establecida y al debido proceso
- f) Derecho a un procedimiento efectivo de petición y respuesta
- g) Obligación de analizar las muertes que se produzcan durante la detención
- h) Cumplimiento de los principios de la ONU para la detención de niñas y niños no acompañados.

❖ Garantías mínimas del proceso, en el informe comentado,²⁵⁴ la Comisión menciona que de acuerdo al art XXVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos, todas las personas acusadas de la comisión de un delito tienen el derecho de ser oídas de forma parcial y pública; y agrega que ella misma ha establecido con anterioridad que este artículo es aplicable también a los procesos administrativos de inmigración; por ello es que enumera las garantías

²⁵⁴ Párrafos 56 y 57 del informe que se analiza

mínimas que en condición de igualdad tienen todas las personas sujetas a un proceso (ya criminal, ya administrativo), y son:

... derecho a una audiencia sin demora con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial; notificación previa en detalle de los cargos que se le imputan; derecho a no ser obligado a declararse culpable de los cargos que se le imputan; derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos; derecho a la representación letrada; derecho a reunirse libremente y en forma privada con su abogado; derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, y derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

❖ Igualdad ante la ley, este principio fue ya desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva número 18/03, sobre los derechos de los trabajadores migrantes y ya fue comentado líneas arriba.²⁵⁵

❖ No discriminación, al igual que el anterior, ya fue expuesto en este mismo capítulo.²⁵⁶

❖ Protección a la vida privada y a la familia , de acuerdo a la Declaración Americana de Derechos Humanos, *toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar*. Por ello es que, a decir de la Corte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos protege el

²⁵⁵ *Vid supra* Capítulo cuatro, 2, A, a

²⁵⁶ *Vid supra* Capítulo cuatro, 2, A, a

domicilio y la vida familiar y privada de intromisiones arbitrarias por parte del Estado, entendiendo que *interferencia arbitraria, se refiere a elementos de injusticia, imposibilidad de predecir y falta de razonabilidad.*²⁵⁷

La Corte sostuvo que este derecho tiene implicaciones importantes en la aplicación de las leyes migratorias, pues dice que *el Estado no debe aplicar leyes de migración al interior de un domicilio, a menos que tenga una causa probable en base a información confiable de la ubicación del individuo, y la existencia de un gran riesgo para la comunidad y, siempre y cuando se hayan considerado todas las otras alternativas de aplicación de la ley.*²⁵⁸

En cuanto a la protección de la unidad familiar, la Corte sostuvo que la detención migratoria de que sea objeto un padre o madre migrante, sea documentado o indocumentado, no puede usarse como un factor para perder la custodia legal sobre sus hijos, y por último pone de relieve la figura del interés superior del niño, migrante en este caso o hijo de migrantes; como el factor a tomar en cuenta siempre al ordenar detenciones.²⁵⁹

Para concluir su informe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emite una serie de preocupaciones y recomendaciones a los Estados Unidos, de las que prescindimos en este trabajo, pues ahora se pretende únicamente identificar los estándares que a nivel internacional ha propuesto la

²⁵⁷ Párrafo 97 del informe que se analiza

²⁵⁸ Párrafo 98 del informe que se analiza

²⁵⁹ Ídem

Corte que deben ser observados en el caso de privación de la libertad de las personas migrantes.

Ahora bien, estos instrumentos, ciertamente no son las únicas normas internacionales²⁶⁰ que consagran principios fundamentales del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos; empero para la realización de este trabajo se considera pertinente analizar detalladamente sólo estos cuatro, lo que no implica el desconocimiento o desprecio por su contenido, pues su conjunto es lo que ha logrado que los Derechos Humanos y los principios sobre los que

²⁶⁰ Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (artículos 1 a 3); Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10); Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículo 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 1 y 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo No.12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1).

descansan formen parte en la actualidad del núcleo jurídico que conforma el *jus cogens* internacional.

e. Instrumentos jurídicos internacionales suscritos y ratificados por México en materia de inmigración y asuntos fronterizos.

De acuerdo a la base de datos del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados,²⁶¹ el Estado mexicano ha suscrito acuerdos internacionales multilaterales y bilaterales con otros Estados en materias de Migración, Refugio y Desarrollo Fronterizo.

En los siguientes cuadros se aprecian el rubro y los datos de publicación, firma y adopción de los tratados.

Acuerdos bilaterales y multilaterales en materia de migración y desarrollo fronterizo signados por México (orden cronológico, según firma de adopción)

- 1) Multilaterales
- a) *Migración*

Materia	Tratado	Fecha Publicación en el <i>DOF</i>	Fecha Firma/ Adopción	Lugar Firma Adopción
Cooperación Internacional	DECRETO Promulgatorio del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Organización Internacional para las Migraciones relativo al establecimiento en México de una Oficina de Representación, firmado en la Ciudad de México, el siete de abril	17/01/2005	07/04/2004	México, D.F.

²⁶¹ Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, “Contexto Internacional”, en *Migración, Frontera y Población* (actualización: 9 de junio de 2006), disponible en www.diputados.gob.mx/cesop/.

de dos mil cuatro.				
Coope- ración Interna- cional	Decreto por el que se aprueba la constitución de la Organización Internacional para las Migraciones, que entró en vigor el treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro	16/01/2002	09/01/2002	México, D.F.
Tráfico Ilícito de personas	DECRETO por el que se aprueba el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince de noviembre de dos mil.	27/11/2002	22/11/2002	México, D.F.
Tráfico Ilícito de personas	DECRETO Promulgatorio del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince de noviembre de dos mil.	10/04/2003	13/12/2000	Sede de las Naciones Unidas
Laboral	DECRETO Promulgatorio de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa.	13/08/1999	18/12/1990	Sede de las Naciones Unidas
Laboral	CONVENIO relativo a la Igualdad de Trato de Nacionales y Extranjeros en materia de Seguridad Social, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.	15/02/1978	16/12/1977	Oficina Internacional del Trabajo

Laboral	Convenio Internacional del Trabajo No. 118 relativo a la Igualdad de Trato de Nacionales y Extranjeros en materia de Seguridad Social (Depositario: OIT)	15/02/1978	28/06/1962	Ginebra, Suiza
Cooperación Internacional	Decreto Promulgatorio de la Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones, que entró en vigor el treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.	09/08/2002	30/11/1954	Organización Internacional para las Migraciones
DIH	DECRETO Promulgatorio de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York, el veintiocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.	25/08/2000	28/09/1954	Nueva York
Laboral	DECRETO que promulga el proyecto de convenio relativo a la igualdad de trato a los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de reparación de los accidentes del trabajo.	07/08/1935	12/05/1934	Secretaría General de la Sociedad de Naciones
Extranjería	DECRETO que promulga la Convención celebrada entre México y varias naciones, sobre Condiciones de los Extranjeros.	20/08/1931	20/02/1928	La Habana, Cuba
Laboral	Convenio Internacional del Trabajo No. 19 relativo a la Igualdad de Trato entre los Trabajadores Extranjeros y Nacionales en materia de Indemnización por Accidentes de Trabajo. (Depositario: OIT)	07/08/1935	05/06/1925	Ginebra, Suiza

b) Refugiados

Materia	Tratado	Fecha Publicación en el DOF	Fecha Firma/Adopción	Lugar Firma Adopción
DIH	DECRETO Promulgatorio de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en	25/08/2000	28/07/1951	Ginebra, Suiza

	Ginebra, el veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta y uno.		
DIH	Convenio de Financiación entre la Comunidad Europea y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para Apoyo a la Integración Definitiva de los Refugiados Guatemaltecos en los Estados de Campeche y Quintana Roo.	17/03/1997	México, D.F.
DIH	Carta de Entendimiento entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Programa Mundial de Alimentos (PMA), para la Ejecución del Proyecto México PRO4163-03 Ayuda Alimentaria para Refugiados Guatemaltecos.	14/03/1995	México, D.F.

2) Bilaterales

a) *Desarrollo fronterizo*

Materia	Tratado	Fecha Publicación en el DOF	Fecha Firma/Adopción	Lugar Firma Adopción
Salud	DECRETO Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Guatemala para Establecer una Comisión de Salud Fronteriza México-Guatemala, firmado en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el doce de mayo de dos mil tres.	14/04/2004	12/05/2003	Guatemala, Guatemala
Salud	DECRETO Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para Establecer una Comisión de Salud Fronteriza México-Estados Unidos,	20/03/2001	24/07/2000	México, D.F.

	hecho en la ciudad de Washington, el catorce de julio de dos mil y en la Ciudad de México, D.F., el veinticuatro de julio del propio año.			
Coope- ración Interna- cional Ecología	DECRETO Promulgatorio del Protocolo Modificadorio al Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre el Establecimiento de la Comisión de Cooperación Ecológica Fronteriza y el Banco de Desarrollo de América del Norte, firmado el 16 y 18 de noviembre de 1993, suscrito en Washington el veinticinco de noviembre de dos mil dos y en la Ciudad de México el veintiséis de noviembre de dos mil dos.	09/09/2004	16/11/1993	Washington, D.C.
Coope- ración Interna- cional Ecología	DECRETO de promulgación del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre el establecimiento de la Comisión de Cooperación Ecológica Fronteriza y el Banco de Desarrollo de América del Norte.	27/12/1993	16/11/1993	México, D.F. y Washington D.C.
Coope- ración Interna- cional	DECRETO Promulgatorio del Tratado para Fortalecer la Comisión Internacional de Límites y Aguas entre los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos y de la República de Guatemala, firmado en la Ciudad de México, el diecisiete de julio de mil novecientos noventa.	05/03/2003	17/07/1990	México, D.F.

Cooperación Internacional	DECRETO de Promulgación del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Guatemala, sobre Cooperación para la Prevención y Atención en Casos de Desastres Naturales, firmado en la ciudad de Guatemala, el día 10 de abril de 1987.	23/06/1988	10/04/1987	Guatemala, Guatemala
Fronteras	DECRETO de Promulgación del Tratado para resolver las diferencias fronterizas pendientes y para mantener a los ríos Bravo y Colorado como la Frontera Internacional entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, firmado en la ciudad de México el 23 de noviembre de 1970.	12/07/1972	23/11/1970	México, D.F.
Mercantil	ACUERDO sobre la asignación de canales de televisión a lo largo de la frontera entre México y los Estados Unidos de América.	18/12/1962	18/04/1962	Notas Intercambiadas entre la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Embajada de los Estados Unidos de América en México
Fronteras	DECRETO que promulga la Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, para la rectificación del Río Bravo del norte (Grande), en el Valle de Juárez- El Paso.	20/01/1934	01/02/1933	México, D.F.

b) Migración

Materia	Tratado	Fecha Publicación en el <i>DOF</i>	Fecha Firma/ Adopción	Lugar Firma Adop- ción
Protección Seguridad	Entendimiento que Amplía el Marco Bilateral en materia de Protección y Migración entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Guatemala		18/08/1989	Tapachula Chiapas, México
Protección Seguridad	Entendimiento que Amplía el Marco Consular Bilateral en materia de Protección y Migración, México - Estados Unidos de América		07/08/1989	México, D.F
Labora	Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Canadá relativo a la Admisión en Canadá de Trabajadores Agrícolas Migratorios mexicanos		17/06/1974	Ottawa, Canadá
Visado	Acuerdo sobre Documentación Migratoria a No Inmigrantes entre los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América.		29/05/1974	México, D.F
Seguridad Social	Acuerdo sobre la Aplicación de la Leyes del Seguro Social de los Estados Unidos de América sobre el Pago de Beneficios a Causahabientes con Domicilio en el Extranjero		27/03/1968	México, D.F
Visado	Acuerdo sobre Documentación Migratoria a No Inmigrantes entre los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América		28/10/1953	México, D.F

De las tablas anteriores, advertimos que los acuerdos internacionales suscritos por México y que tienen que ver con asuntos migratorios y fronterizos, versan sobre:

- a) Trabajo,
- b) Cooperación internacional,
- c) Protección Humanitaria,
- d) Extranjería y visado, y
- e) Tráfico ilícito de migrantes

Con lo que podemos afirmar que México forma parte de un diverso conglomerado de normas jurídicas internacionales en la materia migratoria, lo que como se verá más adelante, otorga la posibilidad de afirmar que en la actualidad nos encontramos ante un derecho de migración de naturaleza internacional que ha permeado al sistema jurídico interno.

B. Reglas de Derecho Internacional Consuetudinario relativas a la migración.

En el apartado 2.A se hizo referencia a diferentes actos o instrumentos internacionales que establecen estándares de protección a los derechos de las personas migrantes.

En este apartado haremos referencia a aquellas reglas establecidas por la práctica internacional de los Estados que se refieren en amplio sentido a las migraciones. Cabe señalar que estas reglas han sido recogidas y codificadas en distintos instrumentos jurídicos.

La costumbre internacional se considera una fuente del Derecho Internacional que por ende, es obligatoria para los Estados.

Las principales reglas identificadas se circunscriben al ámbito del Derecho Internacional Humanitario, pues se concentran en un tipo de migración no consensuada o voluntaria, sino forzada como resultado de un conflicto armado sea o no internacional; ello no impide que las reglas deben ser observadas por los Estados en tratándose también de migraciones libres o voluntarias.

Además es relevante a este trabajo el conocimiento de las reglas que a continuación se citan, pues se estima que existen más de quince millones de refugiados en el mundo²⁶² y el refugio se actualiza ante la migración provocada.

El Comité Internacional de la Cruz Roja, ha publicado una base de datos²⁶³ sobre las normas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario,

²⁶² De acuerdo al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados a finales de 2011, existían 42.5 millones de personas desplazadas en el mundo, de las cuales 15.2 millones son refugiadas. Dato disponible en <http://www.acnur.org/t3/recursos/estadisticas/>, consultado el 20 de diciembre de 2012

cuyo primer tomo ha sido consultado para la elaboración de este apartado, en razón de que contiene un catálogo de las reglas (*rules*) mismas que define, relaciona con la práctica y además hace referencia a los manuales, códigos, sentencias, tribunales y tratados que las contienen.

La parte V de la base de datos que se titula “Trato debido a las personas civiles o fuera de combate” incluye en su capítulo 38 “Desplazamientos y personas desplazadas”, las normas establecidas por la costumbre internacional sobre las personas que se ven en la necesidad de abandonar su lugar de origen o de residencia para internarse en el territorio de otro Estado y son las siguientes:

NORMA	TEMA	CONTENIDO
129	Prohibición de deportación o traslado forzosos.	Derivado de esta norma las partes en un conflicto armado internacional no pueden deportar o trasladar a la fuerza a toda la población civil de un territorio ocupado, o a parte de ella, a no ser que lo exijan la seguridad de la población civil o razones militares imperiosas. Existe una excepción, las evacuaciones en caso de que la población civil esté en riesgo.
130	Prohibición de deportar o trasladar partes de su población civil a un territorio ocupado por ellos.	En virtud de esta regla, los Estados están impedidos por el Derecho Internacional de enviar a miembros de su población a establecerse en un territorio ocupado por ellos, algo equiparable a la colonización, lo que incluso se considera un

²⁶³ La base de datos está disponible en español en el sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja en la siguiente liga http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf. Consultado el 13 de enero de 2013

crimen de guerra.

- 131** Obligación de los Estados de garantizar condiciones satisfactorias y de unidad familiar En caso de que por las acciones militares, los Estados necesariamente desplacen a la población civil, deben asegurarles condiciones satisfactorias de alojamiento, higiene, salubridad y seguridad. Además de ello, las condiciones deben permitir que las familias queden reunidas y evitar su separación.
- 132** Derecho de las personas desplazadas de regresar voluntariamente a su lugar de residencia habitual. Esta regla de derecho observada por los Estados, tiene dos vertientes: por un lado establece el derecho de las personas voluntaria o involuntariamente desplazadas a regresar a su hogar o residencia habitual; en esta misma vertiente se prevé que los extranjeros expulsados con motivo de las hostilidades también tienen ese derecho. La otra vertiente establece la obligación de los Estados de trasladar a las personas evacuadas de regreso a su hogar en cuanto cesen las hostilidades.
- 133** Obligación de respetar el derecho de propiedad. Cuando una persona se ve forzada a emigrar, en el marco de un conflicto armado internacional, deja tras de sí, los bienes de su propiedad. La titularidad de tales derechos de propiedad debe ser respetada y reconocida por el Estado cuando el propietario regrese y los reclame. Su

Estas normas que fijan obligaciones y límites para los Estados, cuando de su actividad bélica devienen movimientos humanos de migración, son de observancia generalizada por los Estados y constituyen una importante fuente del derecho internacional.

Los desplazamientos son en esencia migraciones, y las personas afectadas migrantes. De tal suerte que al referirnos al derecho migratorio objetivo en esta investigación, las reglas descritas revisten importancia a este estudio.

No obsta a lo anterior el hecho de que el derecho migratorio en la tradición estatal ha sido fijado unilateralmente²⁶⁴ y podríamos decir que esa es la práctica más extendida al respecto, pues tal práctica se actualiza en condiciones normales en la vida de los Estados, pero ello no los exenta de enfrentarse a situaciones de emergencia que incluso pueden extenderse en el tiempo y que de algún modo “normalizan” la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y en ese sentido es que han impactado al derecho migratorio.

²⁶⁴ Sobre este punto se abunda en el siguiente capítulo.

3.- Concordancia de la Ley de Migración con los patrones internacionales

Una vez analizada la Ley de Migración mexicana, las opiniones consultivas números 16/99 y 18/03; la sentencia que resolvió el caso planteado por Jesús Tranquilino Vélez Loo contra el Estado Panameño, así como el Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, todos derivados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, identificamos la relación que existe entre ellas, pues la Ley de Migración enumera un catálogo de Principios sobre los que descansa la política migratoria del Estado mexicano, como ya vimos en su 2º. artículo, en el que encontramos las siguientes correlaciones:

Ley de Migración	Instrumentos Interamericanos
Art. 2, 3º. Párrafo Respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria.	Principio de No Discriminación, Opinión consultiva 18/03
Art. 2, 10º. Párrafo Equidad entre nacionales y extranjeros como indica la CPEUM, especialmente en lo que respecta a la plena observancia de las garantías individuales.	Igualdad Legal. Opinión consultiva 18/03
Art. 2, 12º párrafo	Derecho a la Unidad

<p>Unidad familiar e interés superior de la niña, niño y adolescente, como criterio prioritario de internación y estancia de extranjeros, con fines de residencia, trabajo o humanitarios, al ser la unidad familiar un elemento sustantivo para la conformación de un sano y productivo tejido social de las comunidades extranjeras en el país</p>	<p>Familiar. Informe sobre Migraciones en los EUA.</p>
---	--

En el capítulo único del segundo título de la Ley, encontramos las siguientes relaciones:

Ley de Migración	Instrumentos Interamericanos
<p>Artículo 8 Los migrantes podrán acceder a los servicios educativos y a la atención médica, independientemente de su situación migratoria.</p>	<p>Principio de No Discriminación Opinión Consultiva 18/03</p>
<p>Artículo 9 Los oficiales del Registro Civil, no pueden negar a los migrantes la autorización o inscripción de los actos que modifiquen su estado civil, independientemente de su situación migratoria</p>	<p>Principio de No Discriminación Opinión Consultiva 18/03</p>
<p>Artículo 10</p>	<p>Derecho a la Unidad</p>

El Estado mexicano garantizará a los migrantes regulares o a los que pretendan regularizar su situación, la unidad familiar.

Artículo 11 Debido Proceso, Opinión Consultiva 16/99 e Informe sobre migraciones EUA

En cualquier caso, independientemente de su situación migratoria, las personas tendrán el derecho de acceso a la procuración e impartición de justicia respetando las reglas del debido proceso

Artículo 12 Principio de No Discriminación y de igualdad legal, Opinión consultiva 18/03

Independientemente de su situación migratoria, tendrán derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica

Los artículos 106 al 111, forman el capítulo relativo a los Derechos de los Alojados en las estaciones migratorias, este elenco incorpora los estándares contenidos en la sentencia Vélez-Loor y en el Informe sobre inmigración en Estados Unidos, Detenciones y debido proceso:

Ley de Migración	Instrumentos Interamericanos
Artículo 106	Caso Vélez-Loor e Informe sobre inmigración EUA
El INM creará estancias migratorias o habilitará centros especiales temporales.	
Estas no excederán su capacidad de alojamiento	

para prevenir el hacinamiento

En ningún caso se alojarán migrantes en centros de reclusión preventiva o de ejecución de sentencias

Artículo 107	Caso	Vélez-Loor,
(I) En las estaciones migratorias debe brindarse atención psicológica, médica y jurídica.	fracciones I, V, VI, VII, VIII y IX.	
(IV) Promover la unidad familiar	Informe	sobre
(V) Garantizar el respeto de los Derechos Humanos de los alojados	inmigración	EUA, fracciones I y IV
(VI) Mantener instalaciones adecuadas que eviten el hacinamiento	Opinión	Consultiva 16/99, fracción IX
(VII) Contar con espacios de recreación deportiva y cultural		
(VIII) Permitir el acceso de representantes legales o personas de su confianza y la asistencia consular		
(IX) Visitas		

Artículo 109	Opinión	Consultiva
(III) Recibir protección de su representación consular y comunicarse con ella	16/99	
(V) Que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente y el derecho a recibir asesoría legal, ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, y tener acceso a las constancias del		

expediente	
Artículo 109	Sentencia Vélez-Loor
(VII) Acceder a comunicación telefónica	
(VIII) Recibir un espacio digno, alimentos, enseres básicos para su aseo personal y atención médica en caso necesario	Informe sobre
(XII) Recibir un trato digno y humano durante su estancia en la estación migratoria	inmigración EUA
Artículo 109	No discriminación,
(IX) No ser discriminado por las autoridades a causa de su origen étnico o nacional, sexo, género edad, discapacidad, condición social o económica, estado de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil	Opinión Consultiva 18/03
Artículo 111	D. Libertad Personal,
El Instituto resolverá la situación regular de los extranjeros presentados en un plazo no mayor a 15 días hábiles	Informe sobre inmigración EUA
Artículo 109	Interés superior del
(XIV) Las estaciones migratorias deben contar con un espacio especial para niños, niñas y adolescentes.	Niño, informe sobre inmigración EUA
Capítulo VII	Interés superior del

Del procedimiento en la atención de personas en niño, informe sobre
situación de vulnerabilidad inmigración EUA

Tabla de elaboración propia para esta investigación.

Este ejercicio comparativo, permite advertir la incorporación del Derecho Internacional al derecho interno en materia migratoria. Lo que aporta elementos, como se verá más adelante, para sustentar la tesis planteada en este trabajo, en donde se ha establecido como punto principal, el proceso actual de conformación de un Derecho Migratorio Internacional; lo que da sustento a este proceso es la referencia a las fuentes de este derecho, a las que ya hemos hecho referencia.²⁶⁵

²⁶⁵ *Vid supra*, capítulo tres.

CAPÍTULO CUATRO

Elementos teórico jurídicos para la configuración de un derecho migratorio internacional.

En los capítulos anteriores se han expuesto factores y fases de la migración internacional desde una perspectiva histórica; hemos ofrecido algunos ejemplos clásicos sobre regulación jurídica de la migración y la ciudadanía; y también hemos hablado sobre el surgimiento del Estado, los elementos de éste desde diversas posturas teóricas y, sobre la configuración de un orden político mundial conformado por una pluralidad de Estados que ejercen su jurisdicción sobre prácticamente toda la superficie terrestre.

En este capítulo, en primer lugar se hace referencia a algunos elementos proporcionados por la filosofía política, en específico a los contenidos en las ideas cosmopolitas de Kant; la razón de ello es que más adelante se sostiene la tesis del surgimiento de un derecho migratorio internacional; sustentada en parte, por la idea del derecho cosmopolita y por la construcción teórica del denominado Estado de Derecho Internacional en la que se reflejan, a nuestro juicio, algunos elementos del racionalismo kantiano.

Otro de los pilares que sostienen la opinión de la formación de un derecho migratorio internacional, se encuentra en la progresiva expansión del derecho internacional de los derechos humanos y su incorporación en el régimen constitucional interno. Del mismo modo, el desarrollo del tratamiento internacional del individuo que como tal, ha experimentado una evolución dentro del Derecho

Internacional en una paulatina pero sostenida transición de objeto a sujeto del mismo. Así pues, se analiza al migrante como individuo, en sus relaciones frente a la acción política del Estado y en específico a los derechos de Ciudadanía y a la *seguritización* de la migración; y por último, se hacen consideraciones sobre el poder que la subjetividad internacional del migrante tiene para impactar al orden jurídico internacional.

En ese orden de ideas, primeramente nos referimos al cosmopolitismo kantiano, planteado principalmente en *La Paz Perpetua*, escrito político de Immanuel Kant del año 1795 que introduce varias figuras jurídico-políticas de cuya observancia, hace derivar teóricamente la pacificación de las relaciones internacionales.

Después se hace referencia a la forma en que los Estados han incorporado figuras afines a las planteadas por Kant, tanto en su juridificación interna como en las relaciones internacionales, por conducto de la preeminencia dada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Estado de Derecho Internacional, todo ello dirigido a aclarar las categorías políticas que intervienen directamente en la lógica estatal impuesta en relación a la realidad de los flujos migratorios internacionales y que en consecuencia deben ser tomadas en cuenta por la norma jurídica migratoria.

Estas referencias se hacen sin soslayar las diferencias sustanciales que existen entre el derecho cosmopolita y el derecho internacional de los derechos humanos, pues el primero consiste en una construcción teórica derivada del derecho de todos los hombres de habitar la tierra, cuya extensión es limitada; y

el segundo tiene sus orígenes al interior de los estados, como una limitación al poder soberano a favor de los *ciudadanos*²⁶⁶ y que al finalizar la segunda guerra mundial, la “Declaración Universal de los Derechos humanos”, formulada al seno de la Organización de las Naciones Unidas, los incorporó al derecho internacional.

Estas divergencias no impiden que en ambos regímenes identifiquemos elementos teórico jurídicos que nos permitan demostrar la tesis planteada en esta investigación.

1. El derecho cosmopolita

El ensayo titulado *La Paz Perpetua*, se compone de tres secciones, en la primera de ellas expone lo que denominó “Artículos preliminares de una paz perpetua entre los Estados”, en la segunda los “Artículos definitivos de la paz perpetua entre los Estados” y, la tercera sección se compone de dos suplementos y dos apéndices. Para el presente trabajo es relevante lo expuesto en el tercer y segundo (en ese orden) artículos definitivos para la paz perpetua entre los Estados. Justamente en el tercero, reconoce el derecho a una ciudadanía mundial.

Esta ciudadanía mundial o cosmopolita, constituye un derecho y no un acto de filantropía; este derecho está constreñido a las condiciones de una *hospitalidad universal*, lo que se traduce en el derecho subjetivo de un *extranjero a no recibir un trato hostil por el mero hecho de ser llegado al territorio de otro*²⁶⁷, de modo que mientras el *extranjero se mantenga pacífico en su puesto no será*

²⁶⁶ Específicamente encontramos estas primeras manifestaciones en la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” derivado de la Revolución Francesa y en el “*Bill of Rights*” estadounidense.

²⁶⁷ Kant, Immanuel. *La paz Perpetua*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, p. 10, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-paz-perpetua--0/>

*posible hostilizarle*²⁶⁸ y sólo podrá rechazársele cuando del rechazo no devenga su destrucción; ahora, este derecho a la hospitalidad no significa un trato deferente de amigo al forastero, sino es más bien un derecho de visitante que todos los seres humanos tienen para presentarse en una sociedad, cuyo sustento lo afianza Kant en la *común posesión de la superficie de la tierra*²⁶⁹, lo que resulta en la afirmación de que *nadie tiene mejor derecho que otro a estar en determinado lugar del planeta*,²⁷⁰ ello como consecuencia, de que la tierra ocupa un espacio limitado y no es posible a los hombres diseminarse hasta el infinito.

La otra cara de la moneda de la hospitalidad consiste efectivamente, en el deber implícito del visitante de *mantenerse pacífico* dentro de la sociedad a la que se presenta, lo que evita la comisión de abusos, infracciones y crímenes, de parte de los recién llegados, esta obligación la justifica el autor en el hecho de que se *ha ido estableciendo entre todos los pueblos de la tierra* una comunidad en la que la violación del derecho en algún lugar del globo repercute en el resto, lo que lo lleva a afirmar que *la idea de un derecho de ciudadanía mundial no es una fantasía jurídica, sino un complemento necesario del código no escrito del derecho político y de gentes, que de ese modo se eleva a la categoría de derecho público de la Humanidad*.²⁷¹

De este texto obtenemos en palabras de Kant la siguiente aseveración: La instauración de una ciudadanía cosmopolita depende del establecimiento de un derecho público de la Humanidad. Esto puede lograrse

²⁶⁸ *Ídem*

²⁶⁹ *Ídem*

²⁷⁰ *Ídem*

²⁷¹ *Ibidem p. 11*

únicamente mediante la acción de los Estados y para ello deben unirse en una confederación universal²⁷² que, a manera del pacto civil, establezca las normas bajo las cuales se desarrollarán sus relaciones intersubjetivas, lo que se identifica con una segunda salida del estado de naturaleza, no ya de individuos, sino de los Estados constituidos por aquéllos individuos que en una primera ocasión abandonaron el estado de naturaleza o su *salvaje libertad* al amparo del contrato o pacto social.

La ciudadanía cosmopolita, concebida por Kant, confiere derechos que no dependen de la nacionalidad ni del hecho de ser extranjeros; sino que derivarían precisamente del hecho de no ser extranjero en ninguna territorio, como resultado de la composición de un orden mundial que constituyera un único espacio jurídico y político de carácter supranacional, la confederación de la que se ha hablado, en la cual los Estados soberanos se unirían compelidos por el ideal de evitar las guerras. Así el Derecho sería el factor de pacificación.

Es importante señalar que los artículos definitivos de la paz perpetua son preceptos *a priori*, originados totalmente en el campo de la racionalidad que establecen deberes; a pesar de ello, tienen (o podrían tener) un anclaje en la realidad empírica pues la primera sección de la obra enumera las acciones que al realizarse, establezcan las bases para conseguir aquéllos. Lo que hace que, a pesar del carácter idealista de esta concepción; la misma no sea completamente utópica y los fines que se propone encuentran vigencia en la actualidad, al menos teóricamente, en la construcción del llamado Estado de Derecho Internacional.²⁷³

²⁷² Segundo artículo definitivo de la Paz Perpetua.

²⁷³ Esta idea se desarrollará más adelante *vid. Infra*.

Si bien es cierto, Kant identificó a la confederación cosmopolita como una exigencia *a priori* de la razón y que tal postura no encontraría por sí misma sustento en la actualidad; también lo es que ante la posibilidad actual de que las personas se trasladen de una jurisdicción estatal a otra, se ha reconocido en foros internacionales del más alto nivel,²⁷⁴ la conveniencia de un régimen jurídico que permita esas dinámicas; así como la necesidad de respetar y salvaguardar los derechos de todas las personas, a partir del reconocimiento de ser individuos dotados de prerrogativas insoslayables,²⁷⁵ los derechos humanos.²⁷⁶

El pensamiento kantiano vertido en “La Paz Perpetua”, tiene raíces en un escrito anterior de él mismo “Ideas para una historia universal en clave Cosmopolita” de 1784; en este ensayo, Kant expone sus ideas acerca del devenir histórico de la humanidad, en donde hace énfasis en la realización de un plan de la Naturaleza gracias al cual se ha desarrollado la humanidad como lo ha hecho, no menosprecia o ignora el trabajo historiográfico, sino que hace una reflexión sobre el por qué del desarrollo político de la humanidad y del futuro de las relaciones interestatales. Para comprender mejor los artículos de “La Paz Perpetua”, en el segundo documento citado sostuvo las siguientes ideas principales:²⁷⁷

- ❖ El hombre actúa según un plan secreto de la Naturaleza.

²⁷⁴ Como ejemplo el Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo, organizado por la Organización Internacional de las Migraciones *Vid supra*, capítulo 1.

²⁷⁵ Cfr. Míguez, Roberto Augusto. *Del cosmopolitismo a la globalización. Kant y la Paz Perpetua*. Revista de retórica y teoría de la comunicación. Universidad de Barcelona. Año III, número 5, Diciembre 2003, pp. 45-51

²⁷⁶ Más adelante se aclarará de qué forma los derechos humanos intervienen en esta dinámica.

²⁷⁷ Cfr. Kant, Immanuel, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la Historia*, Roldán y Rodríguez trad., Tecnos, Madrid, 1994.

- ❖ La naturaleza se vale de un antagonismo imperante en el hombre para llevar a cabo su plan (al que hacemos referencia para una mejor comprensión de sus ideas, a pesar de su carácter especulativo).
- ❖ Este antagonismo consiste en la *insociable sociabilidad de los hombres*, de manera que la vocación humana de vivir en sociedad es incesantemente amenazada con disolverse. Esto es, la naturaleza humana presenta una seria ambigüedad, ya que el hombre se inclina por vivir en sociedad; sin embargo, su naturaleza conflictiva amenaza constantemente sus relaciones sociales.
- ❖ Por tal amenaza el hombre se ve constreñido a entrar en un *estado de coerción*, donde mutuamente los hombres pueden coexistir, ese estado es la *asociación civil*. Así pues, la conveniencia de la sujeción a un régimen jurídico coactivo, se manifiesta en la perdurabilidad de las relaciones sociales pacíficas.
- ❖ La asociación civil precisa de un señor que *quebrante* la voluntad individual y le *obligue a obedecer a una voluntad universalmente válida*. Este jefe debe *ser justo por sí mismo sin dejar de ser hombre*.
- ❖ Se reconoce la dificultad de encontrar un hombre con las cualidades necesarias para erigirse como jefe, pero prevé que si llegare a ocurrir que alguien reuniera las calificaciones necesarias, será muy *tardíamente* y tras muchos *intentos fallidos*.
- ❖ Subordina el establecimiento de un orden civil perfecto a la *reglamentación de las relaciones interestatales*. Es decir no puede lograrse lo primero, sin lo segundo, de lo contrario no es útil trabajar

en pro de organizar una comunidad si dicha unión se verá amenazada por las otras al modo que los individuos lo hacían antes de someterse a un jefe; por ello es que un amplio desarrollo del derecho internacional sería una fase previa al establecimiento del orden cosmopolita.

- ❖ Se hace imperativo que los pueblos abandonen el *estado anómico propio de los salvajes* e ingresen a una *confederación de pueblos*. Esto traerá como consecuencia la igualdad entre estados pues la seguridad y el derecho del Estado *más pequeño* no dependería de su propia fuerza sino del poder unificado de las naciones y de las leyes comunes.

La relación de estas ideas permite apreciar el sustento teórico de la proposición de crear una confederación de Estados, donde todos los países estén sometidos a un orden superior, a un orden cosmopolita.

De tal modo, los derechos de los individuos serían garantizados no sólo al interior de los estados, pues la protección estatal siempre será excluyente, en relación a aquéllos cuya ciudadanía no sea la del Estado garante. Es inútil gozar de un orden coactivo que limite la acción de los hombres en perjuicio de sus congéneres, si en determinado momento, serán víctimas de otro Estado o pueblo, por el hecho de que entre Estados se vive de un modo *salvaje*.

La conformación de un derecho universal o cosmopolita, se ve obstaculizada por la existencia de serias ambigüedades, ya que se basa en

planteamientos idealistas que contrastan con la realidad empírica. Tales posturas, se contienen en la siguiente tabla:

Cosmopolitismo	
Idealismo	Realismo
Sociabilidad del hombre.	Naturaleza conflictiva que amenaza permanentemente la sociedad.
La sujeción de los Estados a un orden jurídico superior, implicaría una segunda salida del <i>estado de naturaleza</i> .	El soberano establece al interior del estado, un orden jurídico concreto que atiende a sus deseos, específicamente el de conservación del poder.
Todos los hombres poseen el mismo derecho de habitar la tierra.	La territorialidad del Estado ha construido y mantenido fronteras que incluso se encuentran fuertemente armadas y para conseguirlo, los estados invierten grandes presupuestos.
La hospitalidad no es un acto altruista, sino una obligación.	Los Estados fijan unilateralmente la política de visado y requisitos para internarse a su territorio.
Los hombres tienen los mismos derechos en cualquier parte del mundo, pues no son extranjeros en ningún lado.	El Estado ha sujetado el cúmulo de derechos y obligaciones a la calidad de ciudadano.

A pesar de las contradicciones anteriores, actualmente encontramos referencias teóricas que hablan del posible establecimiento de un derecho cosmopolita; en específico, hacen referencia al derecho de la Unión Europea²⁷⁸, como posible germen de ese derecho, pues los ciudadanos de los estados, son también (o están en proceso de ser) ciudadanos de la Unión, en virtud de que ésta ha instaurado un régimen jurídico independiente del interno de cada estado miembro, cuyos destinatarios no son sólo los estados, sino los ciudadanos en sí, por lo que Habermas ha dicho que, las personas participan de manera doble en la

²⁷⁸ Cfr. Habermas, Jürgen, *La constitución de Europa*, Hernández y Herzog, trad. Ed. Trotta, Madrid, 2012.

construcción democrática en Europa: como ciudadanos de los estados y como ciudadanos de la Unión.

Así pues, si el derecho de la Unión *mantiene un carácter estrictamente individualista como el de todos los órdenes jurídicos modernos*: (ya que) *se basa 'en última instancia' en los derechos subjetivos de los ciudadanos*²⁷⁹, deducimos que la idea de establecer relaciones internacionales ha rebasado, al menos teóricamente, la original finalidad de evitar la guerra²⁸⁰ y ahora pondera los derechos de las personas, de modo que podemos considerar que si bien es cierto, desde hace siglos ha sido posible la coexistencia de un sistema normativo interno aplicable a los ciudadanos, y de un régimen aplicable a los no ciudadanos, que tiene sus raíces en el *ius gentium*,²⁸¹ también lo es que ahora podría coexistir, al menos en esa región, una normatividad aplicable a propios y extraños por igual, un derecho cosmopolita.

Esta concepción se verá reforzada más adelante, con las ideas referentes al Estado de Derecho Internacional y a la personalidad jurídica de los individuos a nivel internacional.

2. El derecho internacional de los derechos humanos

A. Evolución histórica

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en 1948, enumera los derechos

²⁷⁹Habermas, *Op. Cit* p.64

²⁸⁰ Ya en la realidad se puede apreciar que el derecho europeo ha rebasado ese primigenio fin, y ahora se ocupa de cuestiones financieras y mercantiles y en gran medida también de derechos humanos.

²⁸¹ *Vid. Supra*. Capítulo I

que son *iguales e inalienables* a toda la *familia humana* y que son la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo; sin embargo, no aporta una definición de tal categoría²⁸²; aún así, el preámbulo contiene los elementos que los tratadistas han incorporado a sus definiciones. El preámbulo también dice que *los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.*²⁸³

La sociedad internacional estableció y proclamó que el hecho de ser una persona humana es el criterio utilizado para proteger el ejercicio y goce de sus derechos humanos y no otros como la ciudadanía o la nacionalidad, es decir, de acuerdo a los principios de los Derechos Humanos, los individuos están protegidos por ser humanos y no por el vínculo político o jurídico que tengan o no establecido con determinado Estado.

²⁸² Aquí algunas definiciones. El diccionario jurídico mexicano los define como “El conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantías de todas ellas que se reconocen al ser humano, considerado individual o colectivamente; *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo D-H, México, Instituto de Investigaciones jurídicas - UNAM, 2000, pp. 1268-1270.

Antonio Tovel y Serra ha dado la siguiente definición “Los privilegios fundamentales que el hombre posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad. Tovel y Serra, Antonio, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1968. P.11

Mireille Roccatti, ha dicho que son “Aquellas facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana, que le corresponden por su propia naturaleza, indispenables para asegurar su pleno desarrollo dentro de una sociedad organizada, mismos que deben ser reconocidos y respetados por el poder público o autoridad, debiendo ser garantizados por el ordenamiento positivo. Rocatti, Mireille, *Los Derechos Humanos y la experiencia del Ombudsman en México*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1996, p 19.

²⁸³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado de para los Derechos Humanos disponible en http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

La Carta de las Naciones Unidas también hace referencia a estos derechos, en su artículo uno se impone como primer propósito el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, para lo que se debe tomar medidas *colectivas* y eficaces y así prevenir y eliminar las amenazas a la paz

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz.²⁸⁴

En su segundo párrafo estatuye como propósito el fomento de la amistad entre las naciones, basada en el respeto al principio de la *igualdad de derechos*²⁸⁵ con el objetivo de fortalecer la paz universal; en el tercer párrafo se propone llevar a cabo la cooperación internacional en *el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.*²⁸⁶

Los propósitos primordiales de la Organización descansan ampliamente en la preeminencia de los derechos humanos, los cuales son interdependientes, indivisibles, progresivos, iguales y no discriminatorios.

Se debe señalar que los derechos humanos son formulaciones abstractas que representan auténticos principios no sólo jurídicos, sino también morales; la peculiaridad de que los Estados deben respetarlos, protegerlos y

²⁸⁴ Carta de las Naciones Unidas, artículo 1, párrafo 1.

²⁸⁵ *Ídem* artículo 1, párrafo 2.

²⁸⁶ *Ídem* artículo 1, párrafo 3

realizarlos,²⁸⁷ para de ese modo ser otorgados y reconocidos a todos los individuos, trae como consecuencia que al interior de los estados, a través de la formulación de políticas, leyes y resoluciones concretas, los resultados sean diversos.

Aún así, la similitud de lo que en la realidad se espera con la concreción de los derechos humanos, obedece a que el derecho internacional ha reconocido la dignidad de la persona humana.

Este concepto de dignidad ha *facilitado acuerdos en el proceso de precisar y extender los derechos humanos y, ocasionalmente, también en la neutralización de diferencias insalvables*²⁸⁸ entre regímenes y sistemas jurídicos totalmente disímiles. Ha sido mencionada también en varias convenciones internacionales, como la Declaración de Filadelfia de 1944 que estableció los fines y obligaciones de la Organización Internacional del Trabajo. Y también ha sido incorporado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En México, el Poder Judicial de la Federación, ha sostenido diferentes tesis de jurisprudencia que hacen referencia a la dignidad humana aunque sin definirla, a excepción de la siguiente:

DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO. La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.²⁸⁹

²⁸⁷ Esta realización significa la adopción de medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y derechos dimanantes de los tratados.

²⁸⁸ Habermas, *op. cit.*, p. 17

²⁸⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3; Pág. 1529

El concepto transcrito, apoya la idea de que la dignidad humana, *que es una y la misma en todas partes y para todo ser humano, fundamenta la indivisibilidad de los derechos fundamentales.*²⁹⁰ Este es uno de los cimientos de la universalidad de los derechos humanos y que justifica la penetración e influencia de este derecho a los regímenes internos.

De reciente creación, la Ley de Víctimas en su artículo 5 define también la Dignidad y la ubica como uno de los principios sobre los que descansa todo el contenido de la ley, la definición que aporta es la siguiente:

La dignidad humana es un valor, principio y derecho fundamental base y condición de todos los demás. Implica la comprensión de la persona como titular y sujeto de derechos y a no ser objeto de violencia o arbitrariedades por parte del Estado o de los particulares.

La definición legal, no considera a la dignidad sólo como un valor, sino también como un principio y un derecho, además de que refuerza la idea de que tal dignidad reconoce una calidad única y excepcional al ser humano, en virtud de la que se asume al hombre como titular y sujeto de derechos y prohíbe que sea objeto de violencia o arbitrariedades

Para evitar equívocos, en el presente trabajo se consideran Derechos Humanos los que todas las personas tienen en su calidad de seres humanos y les son atribuidos desde el momento de su nacimiento²⁹¹; por su parte, los Derechos Fundamentales son aquéllos derechos humanos positivizados; esto

²⁹⁰ Habermas, Jürgen, *op. cit.* p. 20

²⁹¹ En México, el Código Civil, al referirse a la capacidad jurídica de las personas físicas, establece que “desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en este código”. Artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal.

es, los integrados a algún instrumento jurídico,²⁹² sea de derecho interno o internacional y que por ende son exigibles.

B. Sistemas de protección.

Para cumplir con la obligación auto impuesta de respetar, proteger y realizar los derechos humanos, los estados han configurado sistemas de protección a diferentes niveles. El sistema universal, los sistemas regionales y el sistema interno de protección.

El sistema universal, se fundamenta en la Carta de las Naciones Unidas, del siguiente modo:

Carta de las Naciones Unidas	
Artículo 1, párrafo 3	Promover la cooperación internacional para el desarrollo y estímulo de los derechos humanos y las libertades fundamentales
Artículo 13, párrafo 1, inciso b	Promover estudios y hacer recomendaciones en materia de derechos humanos
Artículo 55, inciso c	Promover el respeto universal de los DDHH a fin de crear condiciones de estabilidad y bienestar necesarios para las relaciones pacíficas.
Artículo 62, párrafo 2	Hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto y la efectividad de los derechos humanos a través del Consejo Económico y Social.
Artículo 68	Establecer las comisiones de orden económico y social necesarias para promover los derechos humanos.

La Carta Internacional de Derechos Humanos, se conforma por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por el Pacto Internacional de

²⁹² Cfr. Guerrero Verano, Martha Guadalupe, La protección de los derechos humanos en el Estado de derecho internacional, en "Estado de Derecho Internacional", Becerra Ramírez y González Martín, coord, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2012. Lo que en el Sistema Jurídico Mexicano se denomina "garantía individual"

Derechos Civiles y Políticos y sus protocolos facultativos y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El sistema universal comprende un gran número de instrumentos internacionales²⁹³ que abarcan diversas materias; para los efectos de este trabajo,

²⁹³ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial del 21 dic. 1965, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer del 18 dic. 1979; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del 10 dic. 1984; Convención sobre los Derechos del Niño del 20 nov. 1989; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares del 18 dic. 1990; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del 13 dic. 2006; la CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS Y ASAMBLEA DEL MILENIO que comprende la Declaración y Programa de Acción de Viena y la Declaración del milenio; también la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales; la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales"; la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación, y el entrenamiento de los mercenarios; la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989; la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; Convenio sobre igualdad de remuneración; Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales; Convención sobre los Derechos del Niño; Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados; Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Convenio sobre la edad mínima, 1973; Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999; Ejecución del Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento y actividades conexas; Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad; Declaración de los derechos del Retrasado Mental; Declaración de los Derechos de los Impedidos; La protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental; Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad; en cuanto a la administración de justicia: Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte; Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley; Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio); Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad); Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder; Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura; Principios Básicos sobre la Función de los Abogados; Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias; en relación a la **materia migratoria** : Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; Convención sobre el Estatuto de los Apátridas: Convención para reducir los casos de apatridia; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados; Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.

interesa conocer las disposiciones relacionadas con el grupo de derechos denominados “de movilidad” o “de las personas en movimiento”.²⁹⁴

Al respecto, la disposición básica, la encontramos en el artículo 13 de la Declaración Universal que establece:

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

La facultad de emigrar que se concede en el segundo párrafo resulta carente de sentido si las personas se ven impedidas de entrar al territorio de otro Estado. Este precepto contrasta ostentosamente con la realidad, en México, por ejemplo, los nacionales de más del 60% de los países del mundo, requieren de visa consular para internarse al país,²⁹⁵ además de que son muchas las nacionalidades que México ha catalogado como “restringidas”.

Los tratados internacionales universales, que también tienen como tema principal la movilidad, son la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”; “la Convención sobre el estatuto de los apátridas”; la “Convención para reducir los casos de apatridia”; la “Convención sobre el estatuto de los refugiados”; el “Protocolo sobre el estatuto de los refugiados”; la “Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven”.

²⁹⁴ En este sentido la Organización Internacional de las Migraciones ubica al derecho a la libertad de movimiento, el derecho a buscar asilo, a la nacionalidad y a la unidad familiar.

²⁹⁵ Instituto Nacional de Migración, Lista de países que requieren visa para internarse a México, http://www.inm.gob.mx/index.php/page/Paises_Visa, consultado el 02 de noviembre de 2012

La última declaración citada, si bien no es un tratado internacional y por tanto carece de la exigibilidad de su letra, establece en su artículo 5, el conjunto de derechos y prerrogativas que los extranjeros tendrán en el territorio del país en que viven, y son los siguientes:

<p>1. Con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren</p>	<p>a) El derecho a la vida y la seguridad de la persona; ningún extranjero podrá ser arbitrariamente detenido ni arrestado; ningún extranjero será privado de su libertad, salvo por las causas establecidas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta;</p> <p>b) El derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia</p> <p>c) El derecho a la igualdad ante los tribunales y todos los demás órganos y autoridades encargados de la administración de justicia y, en caso necesario, a la asistencia gratuita de un intérprete en las actuaciones penales y, cuando lo disponga la ley, en otras actuaciones;</p> <p>d) El derecho a elegir cónyuge, a casarse, a fundar una familia;</p> <p>e) El derecho a la libertad de pensamiento, de opinión, de conciencia y de religión; el derecho a manifestar la religión propia o las creencias propias, con sujeción únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás;</p> <p>f) El derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones;</p> <p>g) El derecho a transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, con sujeción a las reglamentaciones monetarias nacionales.</p>
<p>2. A reserva de las restricciones que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en los instrumentos internacionales pertinentes, así como los enunciados en la presente Declaración</p>	<p>a) El derecho a salir del país;</p> <p>b) El derecho a la libertad de expresión;</p> <p>c) El derecho a reunirse pacíficamente</p> <p>d) El derecho a la propiedad, individualmente y en asociación con otros, con sujeción a la legislación nacional.</p>
<p>3. Con sujeción a las disposiciones indicadas en el párrafo 2, los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado gozarán del derecho a circular libremente y a elegir su residencia dentro de las fronteras de ese Estado.</p>	
<p>4. Con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y</p>	

los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él.

(Lo resaltado es añadido)

De la tabla anterior se desprende que son reconocidos por esta declaración, los derechos primordiales a los extranjeros. Del mismo modo establece los derechos laborales que tendrán, como lo son un trabajo digno, libre de peligros y el derecho a un salario justo así como a reunirse en sindicatos. Ahora bien, este documento es una declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985,²⁹⁶ y como tal no goza de un carácter vinculante como sí lo tienen los tratados internacionales y las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos; aunque sí constituye elemento de convicción sobre las posturas estatales al respecto.

Regionalmente, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, actúa de acuerdo a las siguientes divisiones:

- Región de Europa, Norteamérica y Asia Central
- Región de las Américas, en la que se inscribe México.
- Región de Asia y el Pacífico
- Región de África
- Región del Medio Oriente y África del Norte.

Sin embargo, la ONU no es la única organización internacional que ha creado organismos especializados en materia de derechos humanos, existen

²⁹⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven”, disponible en español en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/individuos.htm>, consultada el 2 de noviembre de 2012.

asimismo, sistemas regionales independientes como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (1), dimanante de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos; el Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos (2), que emanó de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de la Unión Africana; así como el Sistema Europeo de Derechos Humanos(3), que derivó del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa.

Estos sistemas se componen coincidentemente de una comisión y un tribunal en la materia. En el caso del sistema interamericano, que es de mayor interés para esta investigación, el mismo tiene dos órganos principales: La Comisión y la Corte.

El capítulo VII de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, prevé que la Comisión se integra por 7 miembros representativos de todos los países miembros de la organización de Estados Americanos, y que, de acuerdo a lo establecido en ese tratado:

1. Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alega que Estados Miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana o aquellos Estados que aún no la han ratificado han violado derechos humanos.
2. Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados Miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en determinado Estado Miembro, cuando lo considera apropiado.
3. Realiza visitas "in loco" a los países para analizar en profundidad de la situación general y/o para investigar una situación específica. En general, estas visitas dan lugar a la preparación de un informe sobre la situación de los derechos

humanos que sea observada, el cual es publicado y presentado ante el Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA.²⁹⁷

4. Estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas. A tales efectos, la Comisión lleva a cabo y publica informes sobre temas específicos

5. Organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios y reuniones con representantes de gobiernos, instituciones académicas, entidades no gubernamentales y otros, con el objetivo principal de divulgar información y fomentar el conocimiento amplio de la labor del sistema interamericano de derechos humanos.

6. Recomienda a los Estados Miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del Continente.

7. Solicita a los Estados Miembros que adopten medidas cautelares, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 25 de su Reglamento, para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto de una petición ante la CIDH en casos graves y urgentes. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 63.2 de la Convención Americana, puede solicitar que la Corte Interamericana disponga la adopción de “medidas provisionales” en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas, aunque el caso aún no haya sido presentado ante la Corte.

8. Presenta casos ante la Corte Interamericana y comparece ante la misma durante la tramitación y consideración de los casos.

9. Solicita opiniones consultivas a la Corte Interamericana, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 64 de la Convención Americana.

10. Recibe y examina comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, de conformidad con el Artículo 45 de dicho instrumento.

La Comisión tiene facultades amplias de investigación e información, del mismo modo, está facultada para emitir recomendaciones a los estados parte y

²⁹⁷ De esta facultad derivó el informe sobre detenciones y debido proceso en los Estados Unidos, analizado en el capítulo tres de este trabajo *vid. supra*. Capítulo tres.

para solicitarle la adopción de medidas cautelares; pero su prerrogativa quizá más importante es compartir con los estados miembros, la posibilidad de ejercitar una acción ante la corte interamericana,²⁹⁸ esta facultad es interesante, pues a través de ella, los particulares pueden tener acceso a la instancia jurisdiccional, si bien no de forma directa.

La Corte Interamericana, con sede en la ciudad de San José de Costa Rica, es una *institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*²⁹⁹ que posee una función jurisdiccional y una consultiva.

La función jurisdiccional o contenciosa se ejercita a través de la competencia para conocer de *cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención... siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración... ora por convención especial,*³⁰⁰ el Pacto de San José prevé que los Estados parte, reconozcan la competencia contenciosa de la Corte, al momento de la adhesión o ratificación al tratado o en momento posterior.

Las sentencias emitidas por la Corte, en consonancia con el derecho internacional, vincularán jurídicamente a los Estados inmiscuidos en el asunto, de modo tal que

Quando decida que hubo violación de un derecho o libertad... dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha

²⁹⁸ Artículo 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

²⁹⁹ Artículo 1 del Estatuto de la Corte

³⁰⁰ Artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.³⁰¹

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.³⁰²

Las sentencias entonces tendrán carácter restitutorio que podrá incluir el pago de indemnizaciones e incluso, la posibilidad de emitir medidas precautorias en caso de urgencia o gravedad.

La otra función de la Corte, consiste en la posibilidad de que los Estados miembros formulen una consulta³⁰³ sobre la interpretación de la Convención o de la compatibilidad de ésta con su derecho interno.

Como conclusión, en América, el derecho internacional de los derechos humanos, deriva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los tratados que han emanado de ella; su interpretación, vigilancia de cumplimiento y garantía, se depositan en la Comisión y en la Corte, quienes a través de las resoluciones, informes, visitas, consultas que realizan, han ido creando un campo normativo que permea las fronteras estatales como ha quedado demostrado en el capítulo anterior,³⁰⁴ este cruce jurídico fronterizo no se realiza únicamente a través de leyes, sino también de resoluciones en virtud del control difuso de la convencionalidad, al que los jueces mexicanos están obligados

³⁰¹ Al amparo de esta competencia, fue dictada la sentencia en el caso Vélez Loor contra Panamá que se analiza en el capítulo tres de este trabajo. *vid. supra. p. ____*

³⁰² Artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

³⁰³ Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

³⁰⁴ *vid. supra. p. ____*

e incluso a través de la norma constitucional, como se explica en el siguiente apartado.

C. Los derechos humanos y el constitucionalismo.

A fin de relacionar los propósitos de la ONU, contenidos en la carta internacional de derechos humanos, y del sistema interamericano de derechos humanos, con los derechos fundamentales en torno al tema de esta investigación, se exponen algunos asertos formulados por Luigi Ferrajoli,³⁰⁵ para después hacer referencia a la Constitución Política de los Estados Unidos vigente, que incorporó en 2011 disposiciones relativas a los derechos humanos, y así establecer la relación que existe hoy día entre los derechos humanos y el constitucionalismo.

De acuerdo a Ferrajoli, los derechos fundamentales son aquéllos cuya defensa es necesaria para la paz; también aquéllos que logran la igualdad entre las minorías y los que protegen a los débiles frente al más fuerte.

Estos derechos deben ser respetados y hechos respetar no sólo frente a lo público, también frente a lo privado; estos derechos deben ser exigibles, es decir contenidos en normas jurídicas positivas y en específico tratados internacionales y constituciones. De este modo el ordenamiento jurídico haría frente a una globalización con tintes preeminentemente económicos cuyas reglas no atienden a la salvaguarda de los derechos humanos, y acentúa las diferencias entre personas y entre Estados.³⁰⁶

³⁰⁵ Ferrajoli, Luigi, Los derechos fundamentales en Cuestiones Constitucionales, número 15, julio-diciembre 2006,

³⁰⁶ Cfr. Wallerstein, Immanuel, *op. cit.*

El constitucionalismo, define Ferrajoli, es un *sistema de vínculos sustanciales (prohibiciones y obligaciones impuestas por la constitución)*³⁰⁷ a través de los principios y derechos fundamentales ahí establecidos. La rigidez de la Constitución Estatal garantizaría el respeto a esos derechos.

Al respecto, Sergio García Ramírez ha definido a la Constitución como el *documento que aloja las decisiones políticas fundamentales de la nación*,³⁰⁸ es decir, esa norma debe contener los *grandes principios* en los que se funda la organización y la actuación estatal, siendo en este caso la decisión política de respetar y promover los derechos humanos; en el documento consultado, el citado autor, proporciona una clasificación generacional de tales derechos de la siguiente forma:

Existen al menos tres generaciones de derechos humanos, a la primera corresponden todos aquellos que se establecen como prohibiciones o límites al poder público, que derivaron esencialmente del ideario de la revolución francesa y que de manera condensada se pueden definir como aquéllos que imponen un alto al Estado, tales son los derechos de libertad, propiedad, seguridad, resistencia a la opresión, igualdad; la segunda generación reúne aquéllos derechos que de cierto modo formulan una petición al Estado, en el sentido de que una vez salvaguardados o instituidos los de la primera, no se trata ya sólo de vivir, sino de vivir de cierta manera, de forma abreviada podría decirse que implican un avance y una actividad del poder estatal, tales serían el derecho a

³⁰⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p.2

³⁰⁸ García Ramírez Sergio, *Las reformas a la constitución vigente*, intervención en el ciclo de conferencias "México y sus Constituciones", Archivo General de la Nación, México D.F., 30 de abril de 1997, disponible en el sitio electrónico del archivo www.agn.gob.mx

la educación, a la salud, al trabajo digno y bien remunerado. Por último, la tercera generación agrupa a los derechos que se tiene como ciudadano, esto es, de qué manera se organiza el Estado y las reglas de participación de los individuos en tal organización, son derechos que a diferencia de los otros han tenido importantes modificaciones pues el *ciudadano de 1917 no es el mismo que el de 1997*.³⁰⁹

El constitucionalismo, si volvemos a Ferrajoli, es el complemento del Estado de Derecho, como una extensión que constriñe la actuación de todos los poderes públicos a la ley; de cuyo cumplimiento depende la existencia de la soberanía estatal al interior.

En términos que recuerdan las ideas de Kant, Ferrajoli califica a la Carta de la ONU y a los pactos internacionales sobre Derechos Humanos como *embrión de Constitución* (esta constitución puede ser Estatal, aunque considero que podría serlo también de la Federación kantiana), en virtud de la cual los Estados soberanos se sujetarían al imperativo de la paz y a la garantía de los Derechos Humanos. No obstante, el autor reconoce que dicha garantía está muy lejos de actualizarse, pues sólo existe en el papel, debido a la ausencia de un tribunal penal y otro constitucional de carácter supranacional, así como la organización permanente de una fuerza a cargo de la ONU,³¹⁰ aunque actualmente se ha expuesto en los foros académicos la confianza en tribunales internacionales como medios de pacificación e instauración de la paz.

³⁰⁹ *Ídem*

³¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Op.Cit.*, p.7

Otra garantía de la paz es, a juicio de Ferrajoli, el respeto al derecho de la autodeterminación de los pueblos,³¹¹ pues esta facultad conserva la paz interna al otorgar a la población las facultades del disenso y la resistencia; aunque también la observancia de este principio ha servido de argumento para rechazar la competencia contenciosa de los tribunales internacionales.³¹²

En este punto podemos inferir que el fundamento de la paz, según las concepciones actuales, se halla en la garantía universal de los derechos humanos. Esta paz sin embargo, es de hecho negada si el “paquete” de derechos, así como los medios para su disfrute dependen de la ciudadanía y ésta, se halle anclada al Estado, es decir a un territorio y limitada por una frontera y más aún, condicionada por leyes inmigratorias que criminalizan el tránsito de personas, fomentan la discriminación y endurecen el control fronterizo. Así pues, el migrante encuentra como principales limitantes al ejercicio de sus derechos humanos a la frontera y al derecho.

Empero, las constituciones políticas de los Estados en la actualidad, posibilitan la garantía de los derechos humanos a todas las personas presentes en su territorio, independientemente de su ciudadanía.

Un buen ejemplo de ello lo proporciona la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que fue modificada en 2011 e incorporó en el primer título de su primer capítulo, disposiciones referentes expresamente a los derechos humanos, al que tituló “De los derechos humanos y sus garantías”.

³¹¹ Si bien Wallerstein ha dicho que este derecho se ha observado más en su violación que en su respeto. Wallerstein, Immanuel, *El moderno sistema mundial*, tomo II, Siglo XXI editores, 5ª edición, México D.F.

³¹² Sepúlveda, César, *México, la Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/908/9.pdf>, consultado el 23 de julio de 2012

Esta reforma obedeció a tres razones principalmente.³¹³

- a) Atender a recomendaciones generalizadas de organismos nacionales e internacionales de derechos humanos, que proponían que los derechos humanos se deben incorporar al sistema constitucional de manera plena y clara.
- b) Actualizar el texto constitucional en la materia, a fin de que quedara incorporado el derecho internacional de los derechos humanos y armonizado el derecho interno a los estándares del derecho internacional que protege la dignidad de las personas.
- c) Explicitar la prohibición de la discriminación provocada por las preferencias sexuales de las personas.

La carpeta legislativa consultada, ofrece algunas *consideraciones relevantes*³¹⁴ al asunto de la inclusión de la categoría “Derechos Humanos” en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así pues establece que

...las comisiones de la Cámara de Diputados emplearon el concepto de derechos humanos, en el cual se refiere que los derechos humanos son diferentes a las garantías (individuales) y que son una de las dimensiones constitucionales del derecho internacional contemporáneo, inherentes a la dignidad de la persona, de modo que el Estado simplemente reconoce su existencia.³¹⁵

³¹³ Véase el *dossier* del proceso legislativo del Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, versión electrónica disponible en http://www.ijf.cjf.gob.mx/cds/Materiales%20Seminario/Bibliograf%C3%ADa%20b%C3%A1sica/Reformas%20constitucionales/Dossier_reforma_ddhh.pdf, consultado el 08 de enero de 2013. P. 4 y 5

³¹⁴ *Íbidem* p. 5, 6, 7 y 8

³¹⁵ *ídem*

En estos motivos advertimos la intención del legislador de incorporar los conceptos empleados en el Derecho Internacional. En el mismo tenor, el Senado se *pronunció por realizar un cambio conceptual*,³¹⁶ acorde al régimen internacional, para así robustecer las prerrogativas de la persona y la protección de su dignidad. Esa adecuación la concibieron como necesaria para lograr la efectividad de la protección de los derechos humanos en México.³¹⁷

Así, establecieron en el artículo 1º. Constitucional, como obligaciones del Estado mexicano las de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; las cuatro obligaciones incluidas en el texto constitucional implican, cada una, varias actividades y abstenciones del Estado.

La circunstancia de que el ordenamiento fundante del Estado, del que deriva todo el régimen legal interno, incluya disposiciones explícitas sobre los derechos humanos, inicia el proceso fortificador de un orden doméstico protector y garante de los derechos humanos.

Esta posibilidad había sido ya planteada desde los tribunales internacionales. En nuestra región, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia tiende los lazos hacia el ámbito doméstico como el continuador y realizador de sus órdenes.

En México, este *camino* ha sido delineado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la resolución a la consulta formulada por el ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia en el expediente *varios 912/2010*, durante

³¹⁶ *ídem*

³¹⁷ *Cfr. P. 6*

las sesiones del 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011 en torno al “Caso Radilla Pacheco”.

Este asunto fue de importancia trascendental ya que fijó la naturaleza y alcances del control doméstico de la convencionalidad. Lo que se puede interpretar como la dotación de autentica fuerza de aplicación al derecho internacional de los derechos humanos, a través de la acción del poder judicial.

Al momento de resolver la consulta, los ministros refirieron que las reformas sufridas por la Constitución Política los días 6 y 10 de junio de 2011, *resultaban significativas para la resolución*³¹⁸ del asunto. Las resoluciones principales a la consulta formulada son:³¹⁹

1.- No es posible analizar, revisar o discutir si la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue correcta o incorrecta, ya que al ser cosa juzgada es obligatoria para el Estado Mexicano.

2.- La sentencia condenatoria al Estado Mexicano le resulta obligatoria y consecuentemente lo es para todos los órganos y Poderes de dicho Estado. Por ello, son obligatorias las sentencias emitidas por la Corte Interamericana en todos aquellos casos en que sea parte.

3.- Los criterios interpretativos presentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores y no obligatorios

³¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Crónicas del pleno y de las salas. Caso Radilla Pacheco*, disponible en la página electrónica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación <http://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Sinopsis%20Pleno/TP-140711-MBLR-912.pdf>, consultado el 08 de enero de 2013

³¹⁹ *Cfr. Ibídem* pp. 1, 2, 3, 4, 5 y 6.

para el poder Judicial de la Federación.

4.- El control de convencionalidad debe ejercerse por todos los órganos que tengan funciones materialmente jurisdiccionales, cualquier tribunal de toda índole, ya que se tiene la obligación constitucional de interpretar siempre los tratados de manera más beneficiosa para la persona. El control de convencionalidad está acorde con el espíritu y la letra del artículo 1º. Constitucional y se debe realizar por todos los jueces con apoyo en la Constitución, desaplicando al caso concreto aquella norma que va contra la Carta Magna y los tratados internacionales de derechos humanos.

5.- El control convencional concentrado corresponde únicamente al Poder Judicial de la Federación mediante la resolución del Amparo, las controversias constitucionales y las acciones inconstitucionalidad.

6.- El control difuso no significa una declaración de inconstitucionalidad, más bien es una desaplicación de la norma considerada inconstitucional por el juez del conocimiento, la mención a esa consideración no debe hacerse en el apartado resolutivo del fallo sino en el considerativo.

7.- Todos los órganos del Estado Mexicano deben observar el principio *pro homine*, y en consecuencia encontrar y aplicar la interpretación normativa más favorable al individuo.

De la lectura de estas resoluciones adoptadas por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y observables obligatoriamente por todos los jueces del país, se advierte que a raíz de las reformas constitucionales de

mérito y de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la que derivó la consulta, se configuró un bloque constitucional que genera un sistema cerrado en materia de derechos humanos y ello facilita la incorporación al derecho interno de los estándares internacionales.

Cabe señalar que la Ley de Migración fue publicada con anterioridad a las reformas constitucionales en el Diario Oficial de la Federación, lo que acusa el carácter vanguardista de la ley, pero más importante aún, el proceso de creación del sistema doméstico de protección y garantía de derechos humanos.

Estas provisiones jurídicas nacionales sientan las bases para afirmar que los derechos fundamentales (derechos humanos y sus garantías) y el constitucionalismo están indisolublemente ligados.

La inserción de los derechos humanos al régimen interno y a todas las decisiones judiciales nacionales, ha sido calificada como una dinámica des-nacionalizante³²⁰, que conforma un orden jurídico que no tiene más al Estado como contenedor, sino que pertenece a estructuras más amplias, globales; y que coadyuva a la creación de un Estado de Derecho Internacional.

3. El Estado de Derecho Internacional.

La idea del concepto del Estado de Derecho Internacional (EDI), fue introducida a la discusión jurídica internacional desde la suscripción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a instancia de la Organización de las Naciones Unidas.

³²⁰ Cfr. Sassen Saskia, *Neither global nor national: novel assemblages of territory, authority and rights*, en "Ethics & Global Politics, Vol. 1, No. 1-2, 2008, pp-61-79, disponible electrónicamente en http://www.columbia.edu/~sjs2/neitherglobalnornational_Sassen.pdf, consultado el 8 de febrero de 2011.

En ese documento se hace referencia por primera vez de forma institucional, al antagonismo entre la barbarie y el derecho, en específico el derecho de los derechos humanos, pues en el preámbulo establece que

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

De este modo, los estados han reconocido que la barbarie y la juridificación representan opciones antagónicas de la forma de relacionarse a nivel internacional. El derecho debe imperar en las relaciones en el sistema interestatal, lo que implica no sólo la creación o adopción de normas jurídicas, sino la observancia puntual de ellas y además, la rendición de cuentas y la sanción caso de no hacerlo.

La categoría Estado de Derecho se refiere a grandes rasgos, a la *sumisión del poder público al derecho tanto formal como materialmente*,³²¹ así estaremos frente al Estado de Derecho cuando *...los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en la forma y procedimientos legalmente establecidos*.³²²

En efecto, el preámbulo de la Carta de la ONU establece que el Estado de Derecho es el elemento esencial para la protección de los Derechos Humanos, gracias a que *todas las personas, instituciones y entidades, tanto de*

³²¹ Villegas Delgado, César, *La promoción del Estado de Derecho en el ámbito internacional*, en "Estado de Derecho Internacional, Becerra y González coordinadores, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM 2012, p. 15

³²² *Ídem*

*Derecho Público como del Privado están sometidos a las leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia; además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de Derechos Humanos.*³²³

A pesar de que este planteamiento no es nuevo,³²⁴ es hasta el 2004, cuando se comienza a hablar de un Estado de Derecho a nivel institucional. A continuación presento el contenido de algunos instrumentos internacionales que aportan elementos a la construcción de un Estado de Derecho Internacional

Según el ex Secretario General de la ONU, Kofi Anan, el Estado de Derecho es aquél en que todas las personas, tanto públicas como privadas están llamadas a rendir cuentas y su actuación es consistente con normas y estándares relativas a Derechos Humanos.³²⁵

La resolución de la Asamblea General de la ONU número 60/1 del 24 de octubre de 2005³²⁶ que recayó a la Cumbre Mundial de ese mismo año, celebrada para revisar los avances, logros y retos de la Declaración del Milenio, indica en la parte relativa a valores y principios que los jefes de estado y de gobierno reunidos *Reafirmamos nuestra fe en las Naciones Unidas y nuestra adhesión a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y al derecho internacional, que son el fundamento indispensable de un mundo más*

³²³ *Ídem*

³²⁴ Cfr. Becerra Ramírez Manuel, Introducción en Becerra y González, coordinadores, *op. cit.* p. 4

³²⁵ *Ídem*

³²⁶ Disponible en la dirección http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.RES.60.1_Sp.pdf

*pacífico, próspero y justo, y reiteramos nuestra determinación de promover su estricto respeto.*³²⁷

En el mismo sentido, la sección IV habla sobre Derechos Humanos e imperio de la Ley, donde se comprometieron en términos generales, a proteger y promover los derechos humanos, el imperio de la ley y la democracia, señalando de manera explícita que *son aspectos vinculados entre sí... que se encuentran entre los valores y principios fundamentales, universales e indivisibles de las Naciones Unidas*. Del mismo modo reafirmaron solemnemente la obligación estatal de promover *el respeto, la observancia y la protección universales de todos los derechos humanos... de conformidad con lo dispuesto en la Carta, la Declaración y otros instrumentos relacionados con los Derechos Humanos y el Derecho Internacional*.

4. La subjetividad jurídica del migrante

A. La subjetividad internacional del individuo

Cuando se habla de procesos complejos como la migración internacional, que involucra a dos o más Estados, se realizan categorizaciones amplias y raramente se pondera el hecho de que se refiere a individuos. El tratamiento jurídico y político que se le da, parece olvidar la naturaleza humana del fenómeno.

Es por ello, que en este apartado consideramos al migrante como la célula de los flujos migratorios y a su carácter de auténtico interlocutor (aunque no reconocido muchas veces), de la política y el derecho mundiales.

³²⁷ *Ídem*

En términos jurídicos, recordamos que el Derecho Internacional Público ha experimentado un desarrollo al respecto, al serle reconocida al individuo una personalidad jurídica internacional; de modo tal que no es ya únicamente un objeto del derecho internacional o un destinatario indirecto del mismo, al que tiene acceso únicamente a través del Estado al que pertenece, al ser un régimen interestatal; sino que el acceso a regímenes jurídicos internacionales es ahora asequible por el propio individuo, gracias a la aparición de instrumentos en materia de Derechos Humanos.

Como ya se ha dicho,³²⁸ estos tratados surgieron como respuesta a las violaciones de que eran víctimas las personas por los propios Estados de su nacionalidad, ante las cuales carecían de medios de defensa.

Los documentos que atestiguan este desarrollo histórico son:

Carta magna inglesa	1215
<i>Petition of Rights</i>	1628
<i>Habeas Corpus</i>	1679
Declaración de derechos en Inglaterra	1689
<i>Bill of Rights de Virginia</i>	1776
Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano	1789
Constitución española de Cádiz	1812

Otros documentos que versan sobre derechos humanos son la prohibición de la esclavitud en Dinamarca de 1792, la declaración de las potencias sobre el tráfico

³²⁸ Vid. *Supra* Capítulo 3

de negros, en Viena de 1815, el Acta General de la Conferencia contra la esclavitud en Bélgica de 1890, etc.³²⁹

La pretensión de dotar al individuo como sujeto de un derecho supranacional o internacional, subyace a la idea kantiana de la Confederación de Estados, a que se ha hecho referencia líneas arriba, en el sentido de que puede transportar con él sus derechos al no ser considerado extranjero en ningún lugar del mundo; pero también puede reconocerse en diversos autores clásicos o *fundadores* del Derecho Internacional que le antecedieron, así por ejemplo Francisco de Vitoria pensaba que el Derecho de Gentes reglamenta a una comunidad internacional constituida de seres humanos organizados socialmente en Estados; por su parte Francisco Suárez, sostenía que el Derecho de Gentes revela la unidad y universalidad del género humano y reglamenta los Estados en sus relaciones como miembros de la Sociedad Universal; Hugo Grocio, sostuvo que la *societas gentium* abarca a toda la humanidad y la comunidad internacional no puede pretender basarse en la “voluntad” de cada Estado individualmente;³³⁰

Lo anterior resulta en que el ordenamiento internacional es aplicable a los Estados, sus organizaciones y a los individuos; el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional del individuo ha sido considerado como una expresión de la *humanización* del Derecho, al no poderse disociar del concepto de

³²⁹ *Ídem*

³³⁰ Cfr. Cancado Trindade, Antonio Augusto, *La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI*, San José Costa Rica 2007, disponible en la página electrónica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22025.pdf>

Dignidad Humana,³³¹ y sobre todo le proporcionó una dimensión de protección más amplia al no estar sujeto a un derecho o política estatal.

Así se configura una aparente desnacionalización del individuo, pues la nacionalidad como vínculo jurídico se vuelve intrascendente para el ejercicio de los derechos subjetivos encaminados a asegurar el respecto de sus derechos fundamentales, pues basta que el hombre o la mujer afectados se encuentren en un territorio bajo la jurisdicción de un estado parte de determinadas convenciones, para gozar de la protección de las mismas.

Esta última aseveración es relevante a la investigación que se presenta, pues los migrantes no se encuentran ni en el territorio de su nacionalidad, ni en el de su residencia; lo que anteriormente únicamente se manifestaba a través del derecho diplomático o de extranjería.

Esto tiene su sustento en los principales tratados de Derechos Humanos: La Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos los que en sus artículos 6 y 16 respectivamente, establecen que *Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*, la frase “en todas partes”, permite la protección de las personas allende la frontera estatal, para lo que es necesario la intervención de otro Estado o de estructuras supranacionales.³³²

En el desarrollo contemporáneo del Derecho Internacional, la subjetividad del individuo se ha manifestado por el goce de una titularidad efectiva de derechos a ese nivel; se advierte una emancipación del individuo de la tutela

³³¹ *Ídem*

³³² El desarrollo del régimen jurídico internacional de los Derechos Humanos quizá se exprese de forma más acabada con la creación de Tribunales criminales internacionales

que sobre él ejerció de forma exclusiva el Estado, por ello decíamos que pasó de ser un objeto del que se ocupa el derecho, para convertirse en sujeto del mismo, lo que es posible gracias a la promoción del derecho criminal internacional y con él la teoría de la responsabilidad personal internacional y del derecho de los derechos humanos.

Este proceso de humanización del derecho internacional inicia después de la segunda guerra mundial, donde quedó de manifiesto que las personas por sí mismas eran capaces de desplegar acciones relevantes a nivel internacional. Esto es lo que algunos autores³³³ han llamado capacidad de obrar, esta capacidad puede ser activa, cuando el individuo pueda por sí mismo hacer valer sus derechos en la esfera internacional; o pasiva, cuando pueda ser considerado responsable de la comisión de hechos ilícitos o crímenes internacionales.

De ello da cuenta la teoría de la responsabilidad internacional del individuo, pues establece que un individuo, para ser sujeto de derecho internacional, debe ser titular de a) un derecho y la posibilidad de hacerlo valer; y b) una obligación jurídica internacional y la capacidad de ser sujeto pasivo de responsabilidad ante un tribunal.

La capacidad activa de obrar, encuentra su forma más acabada, en la posibilidad de ejercitar acciones ante los tribunales internacionales. En el sistema interamericano, como hemos dicho, esta facultad no es plenamente otorgada a los individuos; sin embargo, representa un avance el hecho de que

³³³ Cfr. Cancado Trindade, Antonio Augusto, *op. cit.*

pueda hacerlo a través de la Comisión Interamericana y de ese modo poder reclamar violaciones incluso contra el propio estado del que es nacional.

Aun así, tenemos que la posibilidad de plantear su demanda ante la Corte, se ve limitada a:

1. Que la Comisión acceda a plantear la demanda
2. Que el estado de su nacionalidad y el estado al que achaca la violación, en caso de ser diferentes, hayan aceptado la competencia contenciosa de la Corte.

Lo que implica que, en tanto la sociedad internacional esté compuesta por estados, una norma jurídica internacional no se aplica directamente al individuo excepto cuando exista una norma convencional o tratado.

A pesar de ello existe la tendencia a revertir esa regla, pues no es jurídicamente coherente el otorgar un derecho, si no se otorga también la facultad de hacerlo valer.

El protocolo I del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 1, la obligación de los Estados que lo ratifiquen, de reconocer *la competencia del Comité³³⁴ para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.* Empero, hace el señalamiento de que *El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte que no sea parte en el presente Protocolo.* Y en su artículo 2, estatuye que cuando un individuo alegue alguna

³³⁴ Se refiere al Comité de Derechos Humanos

violación y haya agotado contra ella todos los recursos de derecho interno *podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita*. Sin que se desprenda del protocolo en comento, la necesidad de intermediario alguno.

A su vez, el artículo 25 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece la posibilidad de que *las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma **autónoma**, su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso*. De este modo, se reconoce al individuo, pues víctima se refiere a la persona cuyos derechos humanos han sido violados, como un sujeto de derechos internacionales.

De estas disposiciones, podemos inferir la tendencia hacia el robustecimiento de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional de los individuos, la que ha dado como resultado en algunos casos, la emisión de sentencias que han establecido patrones importantes en la materia que estudiamos, como se ha demostrado con la sentencia referente al caso de la demanda del señor Tranquilino Vélez Loo contra Panamá analizada en el capítulo tres.

B. El migrante como individuo.

a. El migrante frente a la política estatal.

El migrante como individuo, al radicarse en el territorio del estado del que no es nacional, se enfrenta a varias dificultades, las cuales pueden ser de índole personal, psicológicas, culturales, etcétera. A efectos de este trabajo,

consideramos los obstáculos jurídicos y políticos que debe superar a fin de vivir dignamente en el territorio donde ha decidido establecerse.

En el capítulo dos de este trabajo, hemos hecho una amplia referencia a las características que hacen prácticamente impenetrables las fronteras estatales, así como a las barreras intangibles que debe sufrir el inmigrante.

i. Los derechos de ciudadanía.

La ciudadanía es una figura relacionada directamente con la nacionalidad y es usada con más frecuencia al interior del Estado³³⁵ representa una idea más compleja; pues no se limita al origen de las personas sino que generalmente implica cuestiones secundarias, algunos autores han englobado las teorías que tratan de explicar la ciudadanía en tres grupos: las teorías socialistas que retoman la idea de ciudadanía tal como fue formulada por Marshall,³³⁶ basando en este concepto la defensa del derecho del bienestar y los derechos sociales; las teorías liberales que se ocupan de los aspectos multiculturales de las sociedades democráticas actuales y las teorías del republicanismo, que reivindica la importancia de los derechos de participación política, defendiendo no sólo la libertad, sino también las condiciones necesarias para la libertad. Como podemos

³³⁵ Cfr. Sorensen Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2008

³³⁶ Marshall, T.H. *Ciudadanía y clase social*, 1950

apreciar, las dos últimas entran dentro de las corrientes liberales del pensamiento.³³⁷

Podemos aseverar que la ciudadanía constituye una especie de caracterización política de los hombres o mejor dicho del *pueblo*; y se presenta como la investidura que otorga la aptitud a las personas de ser iguales ante la ley y de ese modo gozar de los mismos derechos. Mediante el ejercicio de los derechos iguales es que los individuos pueden acceder a los mecanismos establecidos para el reclamo del respeto a los derechos humanos y no sólo eso, sino que es la forma en que les es posible alcanzar una participación plena en la sociedad, de modo tal que el bienestar social está relacionado directamente con los conceptos de ciudadanía y nacionalidad. Es decir, la ciudadanía presupone el ejercicio de derechos civiles, sociales y políticos incluso a diferencia de otros nacionales menos favorecidos,³³⁸ por ello es que en esta ocasión consideramos únicamente la ciudadanía.

Esta caracterización revela la antinomia que forman actualmente las categorías Derechos Universales y Ciudadanía o mejor dicho, humano y ciudadano, pues si se limitan los derechos fundamentales al otorgamiento de la ciudadanía, aquéllos pierden su carácter universal; del mismo modo perderán su inalienabilidad si se atan a una condición que bajo determinadas circunstancias puede perderse. Esta antinomia es un obstáculo para la paz y afecta la credibilidad del Derecho Internacional. Los Derechos Humanos tienen su

³³⁷ Cfr. **Palacios Cruz, T.:** *Determinantes del marco jurídico de los inmigrantes en España y la Unión Europea* en Revista de la Universidad Cristóbal Colón Número 19, edición digital. Texto disponible en www.eumed.net/rev/rucc/19/ consultado el 17 de octubre de 2012.

³³⁸ Sorensen, Max, *Op. Cit.* p. 453

fundamento en la humanidad de la persona no en el vínculo jurídico o político que puedan tener con algún estado.

Las desigualdades reales entre países y personas, generan que la movilidad sea un privilegio también desigual; los inmigrantes no necesariamente destruyen o deterioran las sociedades de destino sino que, en muchos casos contribuyen a que tales sociedades se desarrollen bajo un contexto de apertura y justicia.³³⁹

La reserva del ejercicio del espectro total de derechos a los ciudadanos, acarrea serias complicaciones en la lucha por instaurar un régimen global respetuoso de los derechos fundamentales, en esta época de grandes flujos migratorios.

Estos movimientos representan un desafío enorme para la democracia al impedir por ejemplo, que personas afianzadas en determinado territorio, observantes de las leyes y contribuyentes cumplidos, no les sea autorizada la participación en la elección de los representantes políticos que tendrán.

De este modo deben conciliarse la Libertad de Circulación y la participación democrática en los asuntos internos, facultades otorgadas por los más altos cuerpos jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos.

Existen casos, sin embargo, en que a la Residencia como categoría migratoria, se le reviste de ciertos derechos; en México, por ejemplo al Residente

³³⁹ O en muchos casos contribuyen fuertemente al desarrollo de las ciencias y el saber, tal es el caso del llamado Exilio Español en México que se dio entre 1939 y 1942, donde ingresaron a México gran cantidad de españoles en su huída de la guerra civil y del régimen político de su país.

Permanente (o al Inmigrado,³⁴⁰ bajo la Ley General de Población³⁴¹) se le permite dedicarse a las actividades que prefiera, fijar su residencia en el lugar que elija dentro del territorio nacional, realizar cualquier trámite administrativo o judicial en relación a su estado civil sin necesidad de contar con el permiso de las autoridades migratorias; su obligación se limita a avisar de tales cambios a la autoridad migratoria; empero, no le es conferido el derecho a votar; aun cuando, de manera general, para acceder a tal calidad debió haber vivido en México cuando menos diez años

Se hace forzoso entonces pensar sobre la disociación de la Ciudadanía y el ejercicio de los derechos fundamentales, pues mientras los derechos sean protegidos y garantizados por mecanismos estatales, el ejercicio de los mismos será desigual, lo que dará lugar a prácticas discriminatorias en detrimento de una dinámica garantista cuyo acceso no sea exclusivo de los nacionales, lo que resultaría en la práctica en la construcción de “clases” de ciudadanos.

Para superar esta grave limitación, los Estados tendrán que idear e implementar alternativas a la Ciudadanía en los mecanismos de otorgamiento y ejercicio de derechos, en especial aquéllos con gran cantidad de extranjeros asentados en su territorio

³⁴⁰ Así se denominaba al extranjero que había establecido su residencia permanente en México y había obtenido de la Secretaría de Gobernación tal declaratoria, bajo el imperio de la Ley General de Población en esos asuntos, mismo que terminó el 9 de noviembre de 2012.

³⁴¹ En contraste la Ley de Migración promulgada el 11 de mayo de 2011, otorga algunos de estos derechos a todos los extranjeros con una estancia regular en el país aun cuando no residan permanentemente en México..

En algunos países se han presentado iniciativas legales³⁴² que efectivamente prevén la configuración de un sistema de “clases” de ciudadanía pero no en el sentido de ir dotando a los migrantes o residentes permanentes, de ciertas facultades que le permitirán gozar libremente del respeto a sus derechos humanos; sino en el sentido opuesto, al imponer restricciones en el ejercicio de los derechos a las personas que, nacidas en su territorio son descendientes de migrantes en situación irregular o de personas que no fijaron su residencia permanente en tales Estados y sólo dieron a luz dentro de su territorio, con el objetivo, en la mayoría de los casos, de que en el futuro puedan optar por la ciudadanía a través de su descendiente, a las personas nacidas en estas circunstancias se les ha denominado *anchor babies*.³⁴³

Los argumentos que se esgrimen para negar la nacionalidad/ciudadanía por el hecho de nacer en el territorio nacional, son de manera general, el hecho de que sus padres no tienen una residencia en el país, no contribuyen al gasto público ni se ha operado una asimilación al medio,³⁴⁴ ya que se desconocen el lenguaje, las costumbres, etc. Como consecuencia, se deduce que si esos requisitos son satisfechos se obtendría la ciudadanía, pero no

³⁴². Como ejemplo, en los Estados Unidos de América se han planteado varias veces ante su congreso federal, iniciativas de reforma constitucional para eliminar el “birthright” de obtener la ciudadanía por el simple hecho de nacer en su territorio. Uno de los precursores es el senador en funciones Lindsey Graham del estado de Carolina del Sur, integrante de la comisión de seguridad nacional, para mayor información consultar <http://www.youtube.com/watch?v=Jctte9Zzu9g> y http://www.senate.gov/general/search/search_cfm.cfm?start=10&num=10&filter=0&btng=Go&site=default_collection&client=default_frontend&x=0&y=0&q=citizenship&entqr=0

³⁴³ <http://www.lavanguardia.com/internacional/20100816/53983283278/iniciativa-para-limitar-el-acceso-a-la-nacionalidad-en-ee-uu.html>

³⁴⁴ La asimilación se entiende como el proceso gradual pero irreversible de integración de los migrantes a la sociedad receptora. Portes, Alejandro, *Un diálogo norte-sur: el progreso de la teoría en el estudio de la migración internacional y sus implicaciones*, en “El país transnacional”, Ariza y Portes coordinadores, UNAM, Instituto Nacional de Migración y Miguel Angel Porrúa editores. México D.F. 2010

es así. Lo que niega la reciprocidad que debe existir entre derechos y obligaciones.

De tal suerte que la ciudadanía es un derecho difícil de justificar y la universalidad de los Derechos Humanos termina en la frontera; estas ambigüedades que presenta el orden jurídico y político migratorio actual a nivel doméstico, contradicen fuertemente los valores esenciales de la comunidad internacional en materia de derechos humanos, pues favorecen la utilización de severos controles migratorios que van desde la expedición de leyes que fomentan la discriminación y criminalizan la migración, hasta las detenciones arbitrarias, la tortura y el asesinato, pasando por muros y una alta militarización en las zonas limítrofes, lo que invalida y amenaza los principios liberales; además de que tales acciones estatales exacerban la xenofobia y el racismo, creando en la sociedad una percepción de temor hacia los inmigrantes.³⁴⁵

5. Un derecho migratorio internacional emergente.

A. Las fuentes del derecho internacional.

Los procesos de creación del orden jurídico son conocidos como fuentes del derecho.³⁴⁶ Estos procesos pueden ser de diferente naturaleza, así existen fuentes reales, históricas y formales, según atiendan a la observación de los hechos en la realidad; al conjunto de instituciones jurídicas que tuvieron

³⁴⁵ Hardt y Negri en su obra *Imperio*, explican que estas actitudes estatales tienen su origen en lo que ellos llaman “la dialéctica de la soberanía colonial” que se refiere a la colonización Europea del mundo y que tuvo como rasgo primordial la construcción de *Otros*, de una alteridad entre Europeo y no europeo o entre nosotros y los demás, que atribuyó cualidades bárbaras a todo aquello allende la frontera estatal. *Cfr.* Hardt y Negri, *Imperio*, Paidós, Madrid, 2009.

³⁴⁶ Diccionario Jurídico Mexicano, UNAM, IJ, México D.F. 1985 Tomo IV, P.240

vigencia en otras épocas o a los procedimientos vigentes que hacen surgir el derecho objetivo, respectivamente.³⁴⁷

En el derecho internacional, los tratadistas³⁴⁸ han identificado el contenido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, con las fuentes del derecho internacional, a pesar de que tal precepto genera dificultades de interpretación, pues en estricto sentido menciona únicamente las normas de derecho que la Corte debe aplicar y no se refiere a ese listado expresamente como las fuentes del derecho internacional.

El referido artículo dice lo siguiente:³⁴⁹

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

Entonces, el derecho internacional puede derivar de convenciones internacionales; la costumbre internacional; los principios generales del derecho; las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas mejor calificados.

³⁴⁷ *Ídem*

³⁴⁸ *Cfr.* Sorensen, Max, Manual de Derecho Internacional Público

³⁴⁹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Organización de las Naciones Unidas, versión electrónica, disponible en <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm#C>, consultada el 27 de septiembre de 2012

En los capítulos tres y cuatro, hemos hablado y analizado varios instrumentos que se encuentran entre los contemplados en el artículo 38 transcrito: Convenios o tratados internacionales, decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas específicamente; además se hizo alusión a diferentes reglas de la costumbre internacional que han influido en la formulación del derecho migratorio.

La conclusión que podemos obtener en este inciso, es que es posible identificar el origen de un derecho migratorio internacional si atendemos a la teoría de las fuentes del derecho y al contenido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

B. Un derecho migratorio internacional.

Además de la concordancia de las fuentes del derecho internacional público con los procedimientos que han ido moldeando el derecho migratorio, podemos identificar los siguientes elementos que permitirán establecer la tesis planteada en esta investigación:

El derecho migratorio también llamado de extranjería, ha sido regulado tradicional y eminentemente de forma unilateral en ejercicio de la soberanía estatal.

Esto se puede constatar con el hecho de que tales asuntos formen parte de las atribuciones conferidas al ministerio del interior,³⁵⁰ al formar parte de la política interna de los Estados, derivado de su obligación de controlar y

³⁵⁰ En México por ejemplo, según la Ley de Migración analizada en el capítulo tres de este trabajo, la planeación e instrumentación de la política migratoria, son facultad de la Secretaría de Gobernación y su órgano desconcentrado, el Instituto Nacional de Migración

asegurar las fronteras, así como de su facultad de dictar la política poblacional que mejor le convenga, regulando para ello la cantidad de extranjeros que permita dentro de su territorio y los requisitos que los mismos deben cumplir para internarse, atravesar y establecerse en su territorio.

En el mismo sentido, dentro de la enseñanza del Derecho, el contenido de este orden normativo es impartido por las facultades,³⁵¹ dentro de la materia de Derecho Internacional Privado, pues se ha considerado que no es un asunto entre estados, sino que se refiere únicamente al estatuto de los extranjeros, es decir a la sujeción de los individuos al derecho de un determinado Estado del que no son nacionales, lo que constituye un asunto de naturaleza privada.

A pesar de lo expuesto en los párrafos precedentes, actualmente existen elementos que permiten identificar la configuración de un orden jurídico internacional (incluso quizá supranacional) en materia migratoria.

A este orden jurídico lo llamaremos Derecho Migratorio Internacional y se nutre de las obligaciones internacionales impuestas a los Estados.

Estas obligaciones no están contenidas en un único cuerpo normativo o codificación internacional, tampoco derivan de una autoridad supranacional en materia de migración, ni mucho menos de una instancia jurisdiccional que sancione las violaciones en el control y gestión de la migración; sino que el desarrollo y codificación del derecho internacional, sobre todo en materia de derechos humanos, cuyo cumplimiento es inexcusable, está

³⁵¹ Cfr. Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, Oxford, México 9ª. Edición, p. 15

conformando un núcleo jurídico irreductible que limita la constitución y legislatura interna.

Este impacto no se advierte únicamente en la materia migratoria; sin embargo, dadas las condiciones de vulnerabilidad³⁵² en que se encuentra la mayoría de los migrantes y las limitaciones jurídicas a que se enfrentan las personas en un Estado distinto al de su origen, los estándares impuestos internacionalmente para la gestión de la migración resultan relevantes, pues los estados deben ceñir su actuación a los mismos.

El cumplimiento de esta obligación de acatar los patrones internacionales³⁵³ a través de la incorporación de ellos al derecho interno o del cumplimiento y ejecución de un fallo, permite empezar a trazar la línea que une al derecho cosmopolita con el derecho internacional de los derechos humanos; también con la importancia de la instauración de un estado de derecho internacional y con el reconocimiento de la subjetividad internacional del migrante, para sostener la postura de que la convergencia de esos cuatro elementos está permitiendo la emersión de un derecho migratorio internacional.

Ahora bien, los tratados internacionales, como fuente del derecho internacional, que deben ser tomados en cuenta para la gestión migratoria³⁵⁴ versan principalmente sobre:

³⁵² Para mayores referencias de esta categoría, véase capítulo dos.

³⁵³ Al menos en México, como ha quedado demostrado en el capítulo anterior, mediante el análisis comparativo de la ley de la materia a los estándares internacionales y las reformas constitucionales de 2011

³⁵⁴ Página web de la Organización Internacional de las Migraciones de la Organización de las Naciones Unidas en www.oim.org, consultado el 14 de febrero de 2012.

- Derechos Humanos, implica el respeto a la no discriminación, libertad de movimiento, asilo, no devolución, unidad familiar, garantías procesales, protección consular.
- Deber de los Estados de aceptar el retorno de sus nacionales
- Criminalidad, en específico los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes
- Laboral, sobre todo entre países que han establecido fuertes lazos comerciales.

El ámbito del derecho migratorio se ha ampliado; pues los instrumentos internacionales (tratados, convenciones, resoluciones, declaraciones, opiniones consultivas y sentencias) han restringido la acción de los Estados dentro de su territorio, les ha impuesto también el reto de equilibrar un marco de control con un enfoque de la gestión migratoria respetuosa de los derechos humanos; para lo que deben conciliar los principios de Autoridad y Responsabilidad del Estado, que son cuestiones eminentemente locales, con la universalidad de los Derechos Humanos.

Esa conciliación debe contribuir a la finalidad del derecho internacional de los derechos humanos que es el establecimiento de un *régimen normativo e institucional obligatorio*,³⁵⁵ de modo que garantice por un lado, la

³⁵⁵ Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011

protección de la persona humana y por el otro, el respeto a los *principios* de la comunidad internacional.³⁵⁶

Así pues, luego de atender a la normatividad internacional y regional aplicable, el soberano es libre de establecer el marco jurídico político que considere pertinente para la regulación migratoria.

Ahora bien, con la observancia del orden jurídico internacional en materia migratoria y la adecuación del derecho interno a ella, si no existe una reciprocidad o voluntad de todos los Estados para ello, la empresa se torna imposible en la realidad, porque la migración es un fenómeno transnacional, pues la elección de emigrar de cualquier persona involucra necesariamente a dos o más Estados que generalmente están conectados de alguna manera en mayor o menor medida.³⁵⁷

Por ello es necesario un esquema de cooperación, pues se considera que la administración efectiva de la migración es asequible sólo con el conocimiento de las tendencias y los movimientos de los flujos, en lugar de intentar frenarlos o criminalizarlos;³⁵⁸ al día de hoy no existen indicadores que prevean la disminución o cesación de la movilidad transnacional, por el contrario, se presentan auténticas oleadas de inmigrantes las que se han exacerbado por fenómenos como las crisis económicas y políticas, como ejemplo tenemos los

³⁵⁶ Tales principios se encuentran previstos en la carta de las Naciones Unidas, artículo 2 y son la igualdad soberana, la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, la solución pacífica de controversias, la proscripción del uso de la fuerza y la ayuda internacional

³⁵⁷ Tales conexiones pueden derivar de antiguos vínculos coloniales, el establecimiento de tratados de libre comercio, la inversión de capitales, la propaganda seductora, la ubicación de centros de producción de empresas de los países centrales en países periféricos, la necesidad de trabajadores temporales, entre otros. *Vid supra*, capítulo 2.

³⁵⁸ Sassen, Saskia, *La formación de las migraciones internacionales. Implicaciones políticas*, en Revista Internacional de Filosofía Política, número 27, 2008, pp 19-39

grandes desplazamientos producidos por el fenómeno conocido como “Primavera Árabe”, bajo el cual se estima que entre 2010 y 2011 emigraron a Europa más de nueve mil personas,³⁵⁹ o el caso Colombiano donde se estima que casi 400,000 personas se han visto obligadas a buscar asilo, principalmente a Ecuador,³⁶⁰ otra causa se encuentra en la acción del crimen organizado y catástrofes naturales o climáticas.

Gestionar la migración implica hallar un equilibrio entre una variedad de objetivos de política pública, como la seguridad social, salud, educación; prosperidad económica, fomento a la industria, empleo; estabilidad y cohesión social; desarrollo cultural; seguridad pública y humana; criminalidad y ciudadanía, por lo que un adecuado manejo y gobernabilidad de los flujos migratorios, así como el respeto y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes no puede obtenerse únicamente a través de la formulación de leyes internas en ejercicio de la soberanía al interior que poseen los Estados, ni pueden derivar de acuerdos o mejor dicho, de declaraciones políticas, sino que es necesaria la cooperación y sujeción al derecho migratorio internacional

Retomando las ideas del derecho cosmopolita, Kant previó la dificultad de la instauración de la confederación y de la elección del líder de la misma. Actualmente, esa dificultad persiste y a pesar de la aceptación de la tesis

³⁵⁹Diario El Mundo, *online*, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/02/espana/1328180185.html>, consultado el 20 de mayo de 2012

³⁶⁰Según datos publicados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en su sitio web <http://190.216.217.98/noticias/noticias-actualidad/49643-acnur-alerta-vulnerabilidad-de-refugiados-colombianos-en-ecuador.html>, consultado el 20 de mayo de 2012

de la común posesión de la tierra, se antoja imposible la creación de un derecho de ese tipo en virtud de la divergencia de regímenes estatales.

Este panorama se complica aún más con la aparición de normas jurídicas migratorias promulgadas y puestas en vigor por unidades subestatales; como las leyes de Arizona y Alabama en los Estados Unidos de América, comentadas anteriormente, ya que emiten normatividad al respecto alegando que el Estado no ha cumplido con su obligación de defender las fronteras o también que tales legislaciones sólo son para coadyuvar en las tareas encomendadas a la administración central de mantener la seguridad interna por ejemplo.³⁶¹

Esas son sólo algunas de las dificultades a que se enfrenta el Derecho Migratorio Internacional y que además deben ser superadas a través del Estado de Derecho Internacional.

Al término de este capítulo podemos afirmar que hoy en día gran parte del derecho migratorio tiene su origen en las fuentes del derecho internacional, además de presentar síntomas que apuntan a una dimensión universal del derecho.

A ello debemos adicionar la creciente interacción entre los diferentes sujetos del derecho internacional público y la compleja red de relaciones que han establecido. Así como la acelerada expansión del reconocimiento y, en algunos casos, realización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

³⁶¹Esta referencia a la seguridad ha sido retomada por el Estado mexicano, el que en palabras del actual comisionado del Instituto Nacional de Migración, la migración no es un asunto de derechos humanos sino de seguridad nacional. Respecto a las leyes que privilegian esta postura ya se ha hecho mención en el capítulo dos.

Las doctrinas que abogan por la instauración de un Estado de Derecho Internacional o en su caso, de un Derecho Cosmopolita, también levantan la mano al interior de los foros académicos y políticos de más alto nivel.

Del mismo modo, la forma en que los estados han asumido al interior la gestión migratoria y la formulación del derecho relativo, denotan una importante influencia de los fenómenos relatados en los tres últimos párrafos.

Así pues, no podemos más seguir defendiendo la tesis de que el estatuto legal que un extranjero ostente al interior de determinado Estado, debe ser fijado de manera unilateral por las autoridades del mismo.

Tampoco podemos negar que las decisiones judiciales internacionales, originadas por la denuncia del individuo, desde su faceta de sujeto del derecho internacional público, y como destinatario del derecho de los derechos humanos, han impuesto severas limitaciones a la facultad discrecional de la gestión migratoria.

De este modo, a través de la interpretación concatenada de los elementos teórico jurídicos a que se ha hecho referencia a lo largo de este capítulo y cuya existencia ha quedado demostrada en el capítulo anterior; existencia que es posible en virtud del conglomerado de Estados que en la actualidad conforman la tierra, podemos advertir la emersión de un orden jurídico migratorio internacional.

Por último, a efecto de reafirmar el carácter factible de la vigencia de un Derecho Migratorio Internacional, recordemos que a pesar de las fuertes ambigüedades existentes entre, por un lado la teoría cosmopolita, la teoría de los derechos humanos y del Estado de Derecho Internacional; y por el otro, la

unilateralidad del derecho y la política migratoria soberanos; existe una perspectiva internacional mediadora que, con base en el institucionalismo internacional que desarrolla el sistema mundial de Estados, ejerce la ONU, los sistemas de protección y promoción de los derechos humanos; y que se manifiesta a través de tratados, resoluciones, doctrinas y reglas de derecho consuetudinario.

Además la codificación de los derechos humanos, a que ya nos hemos referido y la evolución del individuo frente al derecho internacional han traído resultados que coadyuvan a la emersión del Derecho Migratorio Internacional.

El constitucionalismo actual, ilustrado en este trabajo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, crea un bloque de constitucionalidad fundamentado en los derechos humanos y que impone a los jueces de todos los niveles, según la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la obligación de ponderar en sus actuaciones a los derechos humanos, e incluso a dejar de aplicar las leyes que se opongan a éstos, lo que redundará en la dotación de verdadera fuerza y coacción a ese orden normativo supranacional que ya hemos descrito.

Por todo lo anterior, se sostiene que al día de hoy está en marcha un proceso jurídico, en el que la migración y la estancia de los extranjeros, no son ya regidos de manera eminentemente unilateral, sino que el derecho migratorio acusa tintes cosmopolitas que encontrarían asidero en un Estado de Derecho Internacional.

CONCLUSIÓN

La presente investigación se inició bajo la hipótesis de que “la regulación jurídica de flujos migratorios internacionales debe ser producto de negociaciones multilaterales, que tomen en consideración la situación de los estados y de sus transformaciones, de los migrantes, así como de los habitantes de los países expulsores y receptores”.

Considerábamos que el grado de mundialización del fenómeno migratorio requería una estrecha colaboración internacional que proveyera al Derecho Internacional de normas convencionales amplias y adecuadas que suplieran, subsanaran o complementaran el limitado derecho migratorio nacional.

Esa idea se gestó bajo el razonamiento de que la creación, mantenimiento, transformación y terminación de los flujos migratorios no se deben a la acción aislada de un Estado; por el contrario, son el resultado de la interacción creciente e incesante entre los Estados, mismos que están configurando un sistema mundial auspiciado por la soberanía que ejercen sobre la totalidad del territorio terrestre.

Empero, al término de la investigación, la pretensión de sostener la tesis de la necesidad y viabilidad de regular la migración de forma multilateral ha quedado rebasada.

En efecto, el trabajo se compone de cuatro capítulos a través de los cuales, primero se dan a conocer algunos rasgos cuantitativos primordiales del

fenómeno migratorio a nivel mundial; además de que se ofrecen ejemplos de normatividad jurídica clásica sobre la migración; en segundo lugar se analiza el proceso de configuración del sistema mundial de Estados y de cómo éste ha impactado en la transnacionalización de la migración, en esta oportunidad se desarrollan las ideas de Estado y soberanía para comprender las facultades que la unidad estatal ejerce sobre la migración; también se describen las causas que a nuestro juicio, generan los flujos migratorios internacionales.

Tales causas se exponen en el segundo capítulo y consisten en la interacción estatal, la geoeconomía mundial y los factores socioeconómicos y políticos asimétricos entre los Estados que han creado condiciones que alientan la conformación y mantenimiento de flujos migratorios; factores que se ven reforzados por la construcción de redes de migrantes lo que implica una permanente comunicación de la información generada en los lugares tanto de origen y de destino que de algún modo permiten a los migrantes estar presentes en ambos derroteros.

Los primeros dos capítulos exponen la fenomenología de la migración y ello sirvió de base a la formulación de la tesis central de la investigación, pues exponen los factores constitutivos de la migración internacional actual, es decir, permiten apreciar y comprender el fenómeno y su grado de mundialización, que acarrea como consecuencia la necesaria participación jurídica y política de todos los países del mundo.

El segundo capítulo se ve enriquecido con la referencia a categorías filosóficas que son utilizadas como elementos para el análisis del fenómeno migratorio. Tales categorías se refieren al ejercicio biopolítico de la soberanía que

postula la existencia de una zona de indiferenciación expansiva y permanente sobre los fenómenos regulados jurídicamente, calificada por la suspensión del orden jurídico. Todo ello permite entender las implicaciones de la migración internacional en la subjetividad del migrante.

Es en los capítulos tres y cuatro donde se demuestra que la hipótesis planteada fue superada, pues la postura inicial se limitaba proponer la organización de instancias internacionales y la creación de normas convencionales a través de las cuales, los Estados se impusieran obligaciones y compromisos en materia migratoria.

Sin embargo, después de analizar el derecho migratorio, tanto nacional como internacional, podemos afirmar que hoy en día gran parte del derecho migratorio tiene su origen en las fuentes del derecho internacional.

A ello debemos adicionar:

- La creciente interacción entre los diferentes sujetos del derecho internacional público y la compleja red de relaciones que han establecido.
- La acelerada expansión del reconocimiento y, en algunos casos, realización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- La fortaleza adquirida por las doctrinas que abogan por la instauración de un Estado de Derecho Internacional o en su caso, de un Derecho Cosmopolita.

- El desarrollo de la subjetividad jurídica internacional del individuo.
- La forma en que los estados han asumido al interior la gestión migratoria y la formulación del derecho relativo.

De este modo, a través de la interpretación concatenada de los elementos teórico jurídicos a que se refiere el último capítulo y cuya existencia ha quedado demostrada en el tercer capítulo, estamos en aptitud de sostener teóricamente la emersión de un orden jurídico migratorio internacional, con independencia de que formalmente sea creado por los órganos nacionales, pues las decisiones judiciales internacionales, originadas por la denuncia del individuo, desde su faceta de sujeto del derecho internacional público, y como destinatario del derecho de los derechos humanos, han impuesto severas limitaciones a la facultad discrecional de la gestión migratoria.

El surgimiento del derecho migratorio internacional evidenciado en las diferentes leyes analizadas, se sostiene además en el constitucionalismo actual que crea un bloque de constitucionalidad fundamentado en los derechos humanos y que, en México por ejemplo, impone a los jueces de todos los niveles la obligación de ponderar en sus actuaciones a los derechos humanos.

Por último, advertimos que el carácter factible de la vigencia de un Derecho Migratorio Internacional, se sostiene en la perspectiva internacional mediadora que, con base en el institucionalismo internacional desarrollado por el sistema mundial de Estados, ejerce la ONU, los sistemas de protección y promoción de los derechos humanos; y que se manifiesta a través de tratados, resoluciones, doctrinas y reglas de derecho consuetudinario.

Por todo lo anterior, se sostiene que al día de hoy está en marcha un proceso jurídico, en el que la migración y la estancia de los extranjeros, no son ya regidos de manera eminentemente unilateral; lo que contradice uno de los presupuestos de la hipótesis planteada originalmente, pues el problema de investigación del que derivó, suponía que el derecho migratorio era en efecto formulado de forma unilateral.

Así pues, como se adelantó, la hipótesis fue rebasada por la complejidad del derecho migratorio actual, que se nutre de postulados teóricos y es atravesado por fenómenos jurídicos que le despojan de su carácter local; amén de que la afirmación inicial de este trabajo al término del mismo, se considera inútil e insuficiente por las razones ya apuntadas.

ANEXOS

ANEXO 1

Jean Jacques Hublin refiere que los primeros restos fósiles de la especie *Homo Ergaster* fueron exhumados en África Oriental³⁶². Cabe mencionar que aunque este ejemplar denominado “niño de Nariokotomo” fue el primero en encontrarse, no fue el único, a él siguieron una serie de hallazgos importantes en esa región continental.

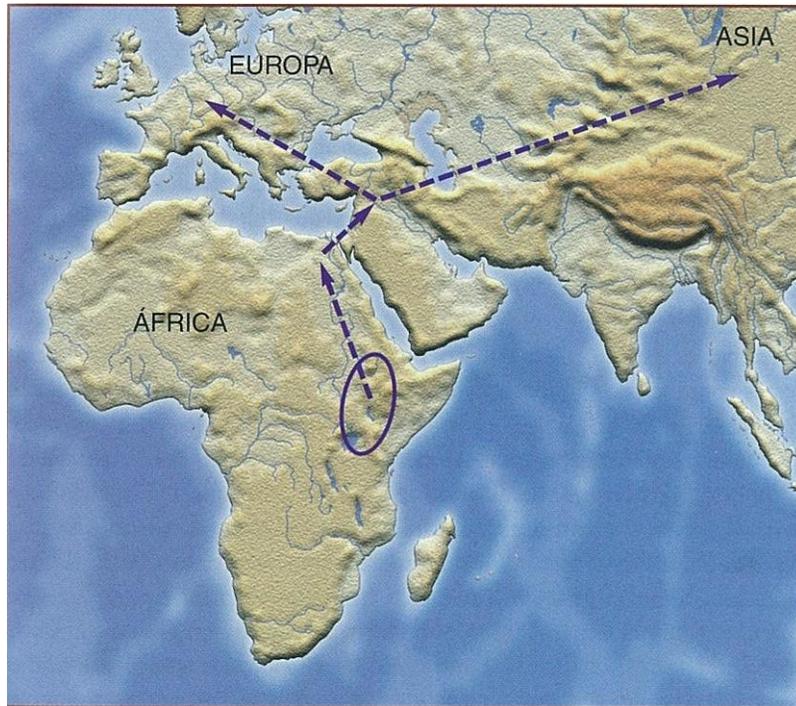
La anterior información sirvió de base para establecer como lugar de origen del género humano el ahora continente africano; sobre todo cuando, según Hublin, los propios estudios anatómicos sugieren que la aparición del *Homo Ergaster* no es resultado de una evolución gradual de otros homínidos, sino que representa un verdadero salto evolutivo por las tantas modificaciones que presenta con relación a las especies anteriores. En atención a las anteriores razones, partiremos de la premisa de que efectivamente el hombre vivió originariamente en África.

Una vez establecido el punto o puntos de origen (partida del peregrinar humano), describiremos las rutas que según la ciencia recorrió el hombre hace aproximadamente un millón de años. Refiere Hublin que se tiene

³⁶² Esto coincide con el lugar donde se hallaron restos de homínidos pertenecientes a otra especie y que fueron considerados por mucho tiempo antecedentes de aquél

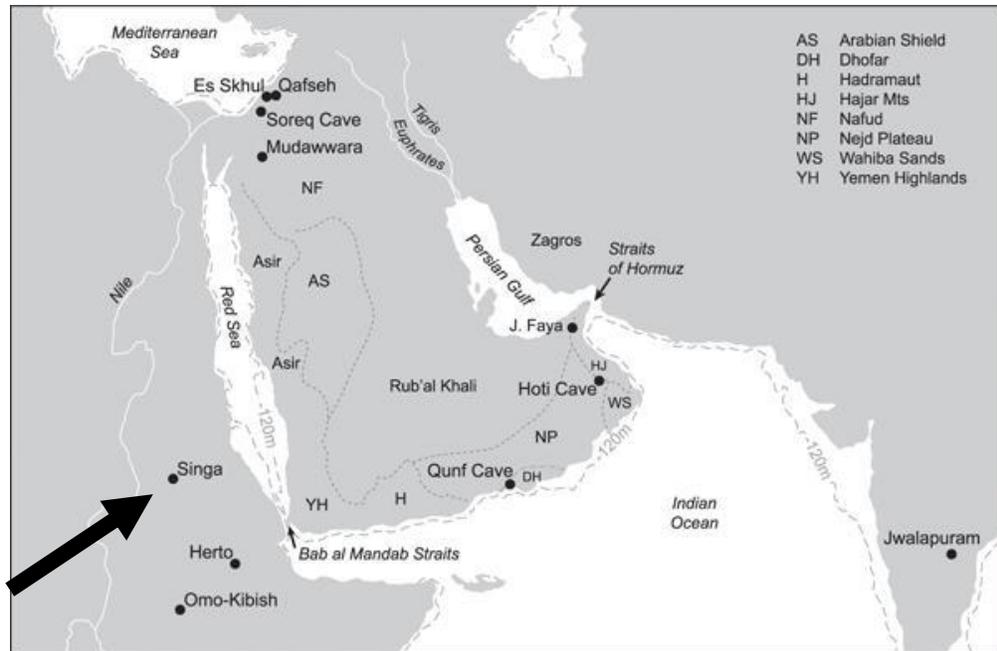
constancia de manera cierta de la presencia de homínidos identificados con el *homo ergaster* en Eurasia, esto se hace posible, continúa Hublin, pues las proporciones corporales y de adaptación al medio, aunado a una alimentación cárnica de estos individuos facilitaban su desplazamiento a grandes distancias y algo muy importante: su composición anatómica ya muy similar a la del hombre actual les permitía fabricar herramientas. El hallazgo de restos de herramientas, cuya fabricación se atribuye a este *homo* en el yacimiento de Saint-Acheul, Francia es lo que ha permitido a los arqueólogos, paleontólogos y antropólogos reconstruir las rutas migratorias de la siguiente manera: Una vez demostrado que tales herramientas coinciden con otras encontradas en Etiopía y fijada su elaboración hace casi un millón y medio de años han concluido que sus creadores fueron los *homo ergaster*.

De tal suerte que al encontrar en el siglo XIX lo que se llamó las “industrias achelenses” en Europa occidental y en el sur de Asia, desde el Cercano Oriente hasta la India, se estableció como la primera ruta de la migración humana, la que parte de África Oriental hacia el Norte, y se bifurca en el Medio Oriente, siguiendo algunos la ruta hacia el Oriente, hacia lo que ahora es China y otra parte continuó hacia el noroeste atravesando parte de Europa y llegando hasta lo que hoy es Francia. (Ver mapa 1).



Mapa 1.

Otra teoría al respecto fue publicada el veintiocho de enero de dos mil once, por la revista científica estadounidense “Science”, resultado de las investigaciones paleontológicas realizadas por el equipo alemán a cargo Hans-Peter Uerpman de la Universidad de Tübingen, quienes han excavado desde 2003 en la localidad de Jebel Faya, Emiratos Árabes Unidos, establece que el hombre emigró de África al menos cien o ciento veinticinco mil años antes de lo que establecen las teorías citadas antes, conclusión que obtuvieron después de analizar una caja de herramientas hallada en el lugar. Lo novedoso de esta teoría es que propone una ruta migratoria diversa, pues se trata de una hipótesis que saca al hombre de África vía Arabia Saudita, cruzando el estrecho Bab al Mandab sin tener que llegar hasta el límite septentrional del continente. Ver mapa 2.



Mapa 2.

En la actualidad la región de Jebel Faya presenta un paisaje desértico, inhóspito que, de haber sido similar en ese tiempo hubiera obligado a los antepasados a caminar más de 2,000 kilómetros en condiciones climáticas y orográficas totalmente adversas. Pero según datos geológicos revelados por los mismos investigadores, las características del terreno eran diferentes, *el desierto era sabana con suficiente agua y flora, con grandes piedras que servían de refugio a los hombres.*³⁶³

Todas estas teorías científicas han experimentado diversas acogidas en la comunidad científica, pero si analizamos estas primeras migraciones sobre la base de que son ciertas, tenemos que entre la fecha en que aparece el hombre, o su primer especie, el *Homo Ergaster* en África Oriental y su establecimiento en los

³⁶³ Lawler, Andrew. Did Modern Humans Travel Out of Africa Via Arabia?, en Science, número 331, Enero 2011, p. 387

límites entre Europa y Asia, mediaron aproximadamente 100,000 años; lapso que, comparado con los seis millones de años que se cree han transcurrido desde que surgió el *Orrorin tugenensis*,³⁶⁴ es muy corto. ¿Por qué los predecesores del hombre vivieron poco más de cuatro millones de años en la misma región?, ¿Por qué el hombre en menos de 100,000 años decidió cambiar su residencia, decidió emigrar? Estas interrogantes son las que han llevado a afirmar que la migración es inherente a la naturaleza humana;³⁶⁵ sin embargo, podemos encontrar elementos para una respuesta más coherente y fundamentada a estas preguntas, aun cuando este no es un trabajo antropológico, y se podría pensar que no es el caso profundizar en los motivos de esta emigración sino que lo relevante consistiría en demostrar que tal movilización se presentó, debemos hacer una consideración del fenómeno en términos económicos (sin soslayar el hecho de que su composición anatómica facilitó su movimiento), me refiero a que una explicación de esta naturaleza puede ser posible y ofrece una idea más rica al respecto.

Para ello nos auxiliamos de hipótesis científicas que establecen que el *homo sapiens* salió del continente africano en tres momentos u “oleadas” migratorias distintas, y afirman que la primera se llevó a cabo hace unos ciento treinta y cinco mil años como consecuencia de una sequía severa en la región, tan severa que no sólo desplazó al hombre hacia el norte fuera de África, sino que lo desplazó también hacia el sur, donde se confinó ese grupo y algunos científicos sugieren que esa separación casi provoca una escisión en la raza humana, pues ambos grupos de desplazados presentaron trayectorias y desarrollos evolutivos

³⁶⁴ El espécimen considerado como primer antecedente de la especie humana.

³⁶⁵ Discurso inaugural del Diálogo de alto nivel sobre migración internacional y desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas, pronunciado el 14 de septiembre de 2006 por la presidenta de la Asamblea General.

diferentes; la segunda se debió de igual modo a la escasez de agua y la tercera, cuya existencia se demostró recientemente, agrupa diferentes opiniones, pero todas giran en torno a la dificultad de acceso al agua. Al respecto el biólogo Jaime Bertranpetit³⁶⁶ afirma que *siempre que hay migraciones humanas, siempre hay factores geográficos o climáticos. Ha habido muchos cambios en estos 200.000 años de la historia de la humanidad.*

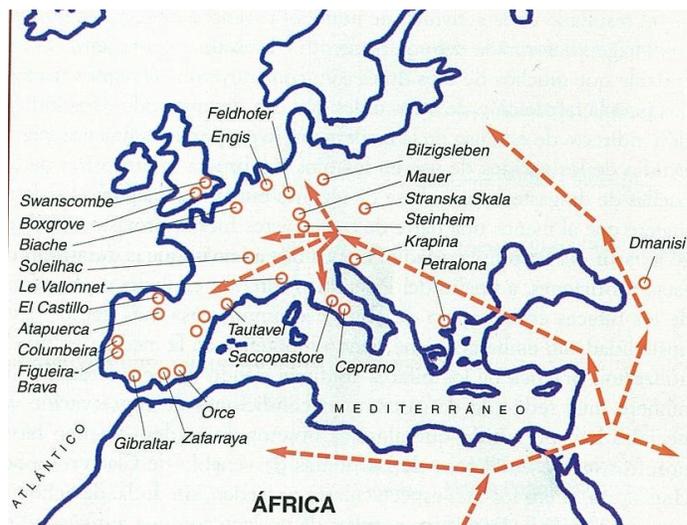
Los cambios climáticos y geográficos ciertamente refuerzan la idea de que estas migraciones tuvieron una motivación de carácter económico, sin embargo pudo haberse tratado también de conflictos entre grupos o simple curiosidad. Lo que sí podemos aceptar cabalmente es el hecho de que estos movimientos tuvieron como resultado la población de Europa, Asia y a la postre América.

Existen además otras posturas en cuanto a la población del continente europeo y al origen del hombre, que consideran la presencia del hombre (propiamente los antecesores del *homo sapiens*) en ese continente desde hace más de 2 millones de años. Estas teorías, dice Hublin³⁶⁷ todavía, son débiles pues tal presencia antigua del hombre no ha podido ser demostrada hasta ahora para periodos anteriores a hace 1.2 millones de años, lo que deja a África oriental el carácter de cuna de la humanidad.

³⁶⁶ Biólogo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y director del proyecto "Genographic" cuyos resultados al respecto fueron publicados en la revista American Journal of Human Genetics en abril de 2008.

³⁶⁷ Hublin, Jean-Jacques. Op. cit. p. 371

Respecto al “hombre de Neandertal”,³⁶⁸ Hublin³⁶⁹ dice que gracias a su composición anatómica se le puede considerar como un verdadero colonizador, al que además se le asocia un régimen alimenticio de super depredador.³⁷⁰ Como resultado de los amplios estudios (Boucher, Lartet, Gaudry) que han elaborado la anterior calificación del hombre de Neandertal, aunado al descubrimiento de restos fósiles correspondientes a este especie en Georgia, Italia, España, Alemania, Francia e Inglaterra, los científicos han podido reconstruir también, la ruta de la migración de este tipo de hombre, sosteniendo que después de partir del África oriental hacia el norte, ingresaron en Europa, expandiéndose sobre casi la totalidad de su territorio. (Ver mapa 3).

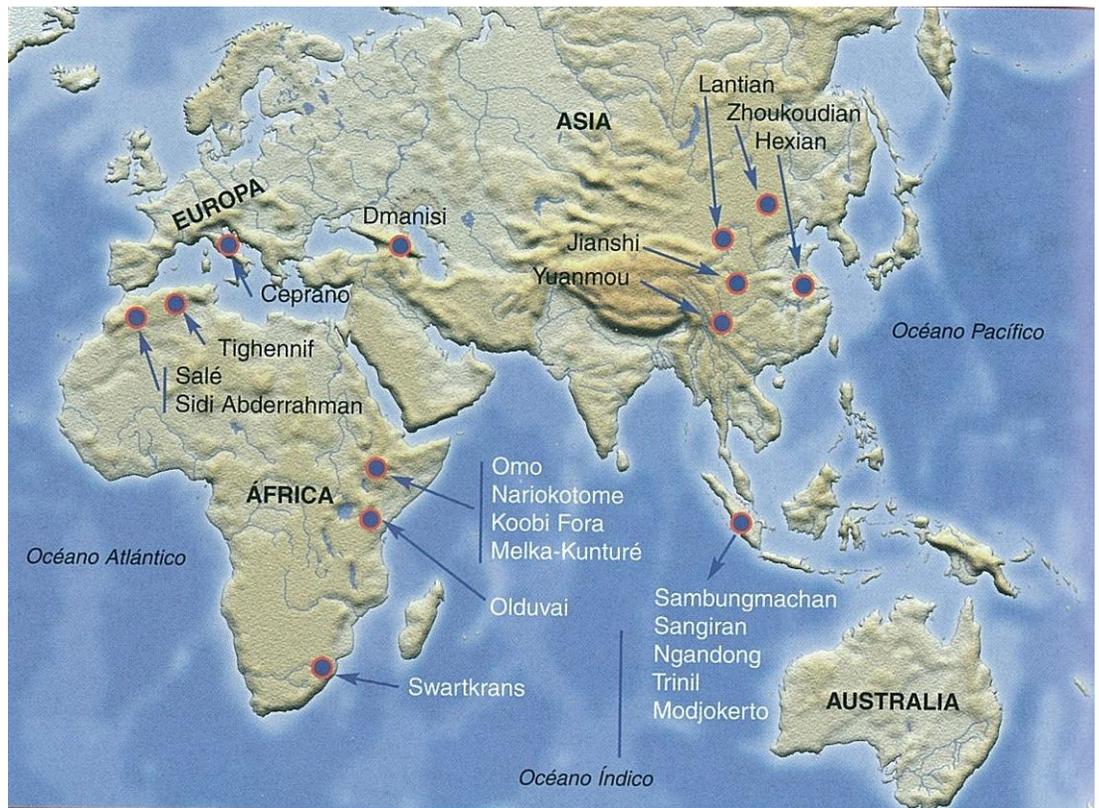


Mapa 3.

³⁶⁸ Especie de homo considerada el antecesor inmediato del *homo sapiens* hallado en 1856 en Alemania, en el valle de Neander y que data de hace entre 500,000 y 400,000 años

³⁶⁹ Hublin, Jean Jacques *Origen y evolución del hombre de Neandertal* en Coppens y Picq directores. Op. cit. p. 390

³⁷⁰ A este atributo se debe la aceptación de las teorías que establecen que el hombre de entonces conformaba pequeños grupos de cazadores y recolectores y que su movilidad sobre el planeta obedecía a su necesidad alimentaria. Véase Marquardt, Bernd “Historia Universal del Estado”, Tomo I. Ed. La Carreta. Medellín, Colombia 2009, p. 13



Este mapa muestra los yacimientos de restos fósiles de los primeros humanos que sustentan la teoría de la población de todos los continentes.

ANEXO 2

Tesis jurisprudenciales que definen la pobreza, la marginación y la vulnerabilidad.

POBREZA Y VULNERABILIDAD. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL. Conceptualmente la pobreza es de menor extensión que la vulnerabilidad. De acuerdo a la citada Ley la pobreza no es el único factor que puede posicionar a una persona o grupo en una situación de vulnerabilidad. Desde la misma definición legal de grupos vulnerables se hace referencia a la discriminación la cual, desde el concepto de discriminación contenido en el artículo 1o. de la Constitución Federal comprende una multitud de categorías que pueden provocarla: origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil; además la lista no es limitativa sino enunciativa, dejando abierta la posibilidad de nuevas categorías al incluir "cualquier otra que atente contra la dignidad humana".³⁷¹

POBREZA, MARGINACIÓN Y VULNERABILIDAD. CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL NO CONSTITUYEN SINÓNIMOS. Conforme a lo establecido en la fracción VI del artículo 5 de la Ley citada los "grupos sociales en situación de vulnerabilidad", se definen como:

³⁷¹ Controversia constitucional 41/2006. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. 3 de marzo de 2008. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXX, Agosto de 2009; Pág. 1073

"aquellos núcleos de población y personas que por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de riesgo o discriminación que les impiden alcanzar mejores niveles de vida y, por lo tanto, requieren de la atención e inversión del Gobierno para lograr su bienestar". Por su parte, los artículos 8 y 9 de esa Ley los identifican como los sujetos que tienen derecho a recibir acciones y apoyos tendientes a disminuir su desventaja y su artículo 19, en su fracción III, prevé que son prioritarios y de interés público para la Política Nacional de Desarrollo Social los programas dirigidos a las personas en situación de vulnerabilidad. Por lo que se refiere al concepto de "marginación", el artículo 19 se refiere a los tres conceptos de manera conjunta y en relación con la prioridad y el tipo de interés de los programas de desarrollo social, dirigidos a personas en "condiciones de pobreza, marginación o en situación de vulnerabilidad"; en tanto que el artículo 29 del mismo ordenamiento se refiere a la determinación de zonas de atención prioritaria y a la existencia de "índices" de marginación y pobreza. De las referencias anteriores se llega a la conclusión de que los conceptos y su uso claramente no pueden ser considerados como sinónimos. Desde la definición de "grupos en situación de vulnerabilidad" se desprende que la vulnerabilidad es una condición multifactorial, ya que se refiere en general a situaciones de riesgo o discriminación que impiden alcanzar mejores niveles de vida y lograr bienestar. El derecho de estos grupos y de personas en lo individual, según el artículo 8, es el de recibir acciones y apoyos para disminuir su desventaja. Por tanto, se puede definir que el universo de sujetos a los que se refiere la Ley se encuentra integrado por grupos o personas en esta situación de vulnerabilidad. En este sentido, si bien es cierto que el índice para la definición, identificación y medición de la "pobreza" es una atribución que legalmente le compete al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, como lo establece el artículo 36 de la

Ley; sin embargo, la Ley no establece la exclusividad del índice y menciona de manera explícita los otros dos conceptos dentro su articulado sin determinar de manera específica a qué órgano de la administración le corresponde determinar su contenido. En este sentido y por lo menos en los conceptos acabados de analizar de pobreza, marginación y existencia de grupos vulnerables, el citado Reglamento no se excede a lo determinado en la Ley referida ya que sólo desarrolla los conceptos que ahí se contienen.³⁷²

POBREZA LA DETERMINACIÓN DE LOS LINEAMIENTOS Y CRITERIOS PARA SU DEFINICIÓN, IDENTIFICACIÓN Y MEDICIÓN NO SON FACULTADES ABSOLUTAS DE LA SECRETARÍA DE DESARROLLO SOCIAL. El artículo 36 de la Ley General de Desarrollo Social prevé que el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social establecerá los lineamientos y criterios para la definición, identificación y medición de la "pobreza", los cuales serán de aplicación obligatoria para las entidades y dependencias públicas que ejecuten programas de desarrollo social; además, se establece el deber de utilizar la información generada por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, al menos sobre los indicadores establecidos en el mismo artículo. El Reglamento, por su parte, en el primer párrafo del artículo 37 es coincidente con lo establecido en la Ley al señalar que los criterios y lineamientos para la definición, identificación y medición de la "pobreza" que determine el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, serán los que utilice la Secretaría para la identificación de las personas o

³⁷² Controversia constitucional 41/2006. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. 3 de marzo de 2008. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXX, Agosto de 2009; Pág. 1072

grupos sociales en situación de pobreza. Así, en los preceptos precisados, tanto la Ley como el Reglamento se refieren a criterios y lineamientos para la definición, identificación y medición de la "pobreza". Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 37 del Reglamento, refiere la existencia de índices de marginación e identificación de "grupos vulnerables", que deben ser determinados por la Secretaría de Desarrollo Social tomando en consideración la opinión y recomendación del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. La referida potestad de la Secretaría no es entonces autónoma y absoluta ya que siempre tendrá que tomar en cuenta los lineamientos y criterios establecidos por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, así como su opinión y recomendación.³⁷³

POBREZA Y MARGINACIÓN. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL Y SU REGLAMENTO. En ninguna parte de la citada Ley se establece la existencia de un indicador único para la determinación de la asignación de apoyos y orientación de la política de desarrollo social, ya que los indicadores establecidos en su artículo 36 claramente se refieren a la definición, identificación y medición de la "pobreza"; sin embargo, existen índices diversos que se han desarrollado por parte de otras entidades de la Administración Pública Federal que toma en cuenta su Reglamento en su artículo 37 y se encuentran previamente mencionados en la Ley. Incluso, aun cuando de una lectura superficial de los índices parecería que los indicadores que utilizan se refieren a conceptos comunes y aun superpuestos, de un análisis

³⁷³ Controversia constitucional 41/2006. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. 3 de marzo de 2008. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXX, Agosto de 2009; Pág. 1071

más profundo se puede concluir que éstos se encuentran orientados a necesidades y objetos distintos para la definición de política social. La marginación es un concepto que tiene una expresión territorial, mientras que la pobreza se expresa en indicadores referentes a la persona en lo individual. La marginación se define por la doctrina como: "el fenómeno estructural que se expresa, por un lado, en la dificultad para propagar el progreso técnico en el conjunto de la estructura productiva y en las regiones del país y, por el otro, en la exclusión de grupos sociales del proceso de desarrollo y del disfrute de sus beneficios". En este sentido, este índice "permite estratificar jerárquicamente unidades territoriales como las entidades federativas o los municipios del país según el impacto global de las distintas carencias que enfrenta la población". A diferencia de lo anterior, el índice de pobreza toma como medida de bienestar el ingreso por persona, comparándolo con tres puntos de referencia, lo que agrupa a la población por su nivel de ingreso. Según el Comité Técnico para la Medición de la Pobreza, la manera más sencilla de medir la pobreza es mediante el establecimiento de una línea de pobreza monetaria, pues con este procedimiento sólo se tiene que determinar qué ingreso corriente es necesario para que el individuo satisfaga sus requerimientos fundamentales. En este sentido, los índices analizados no son iguales ni se refieren a lo mismo, ni los conceptos utilizados de marginación, pobreza y vulnerabilidad o grupos vulnerables son sinónimos ni pueden ser considerados como tales en la Ley, debiendo reiterarse que ésta en ningún momento menciona el índice de pobreza como el único existente y, por tanto, utilizable para la determinación del universo al cual se dirigirán los apoyos de la política de desarrollo social, por lo que es normativamente viable que el Reglamento contemple los diversos índices para la determinación de beneficiarios de distintos programas de manera independiente ya que la Ley se limita a establecer los parámetros para la medición de

la pobreza, lo que no excluye la utilización de otros indicadores y parámetros para la elaboración de diversos índices que permitan la medición de la marginación en un sentido territorial o la vulnerabilidad de personas o grupos consecuencia de factores múltiples.³⁷⁴

³⁷⁴ Controversia constitucional 41/2006. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. 3 de marzo de 2008. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXX, Julio de 2009; Pág. 1544

ANEXO 3.

Párrafos 38 al 43 del Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, relativos al derecho a la Libertad Personal

38. En el caso de la detención por razones migratorias, el estándar sobre la excepcionalidad de la privación de libertad debe considerarse aún más elevado debido a que las infracciones migratorias no deben tener un carácter penal. Como lo subrayó la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, “los inmigrantes irregulares no son delincuentes per se, por lo que no deben ser tratados como tales”

39. En efecto, para satisfacer las garantías contenidas en los artículos I y XXV de la Declaración Americana, los Estados Miembros deben establecer leyes y políticas de inmigración que partan de una presunción de libertad --el derecho del migrante a permanecer en libertad mientras están pendientes los procedimientos migratorios-- y no de una presunción de detención. La detención únicamente es permisible cuando, después de llevar a cabo una evaluación individualizada, se considera que es una medida necesaria para dar cumplimiento a un interés legítimo del Estado, como asegurar la comparecencia de una persona al trámite de determinación de estatus migratorio y posible deportación. El argumento de que la persona en cuestión representa una amenaza para la seguridad pública, sólo es aceptable en circunstancias excepcionales en las cuales existan serios indicios del riesgo que representa una persona. La sola

existencia de antecedentes penales no es suficiente para sustentar la detención de un inmigrante una vez ha cumplido la condena penal. En todo caso, se deben explicar las circunstancias particulares por las cuales se considera ese riesgo. Las razones que sustentan la procedencia de la detención deben ser claramente establecidas en la correspondiente decisión.

40. Además, la CIDH subraya que los procedimientos de revisión de la detención deben cumplir estrictamente las garantías del debido proceso, incluido el derecho a ser escuchado por un agente imparcial en la toma de decisiones, la oportunidad de presentar pruebas y refutar el argumento del Estado, así como la posibilidad de ser representado por un asesor letrado

41. Asimismo, dado que se parte de la presunción del derecho a la libertad personal, la imposición de la detención migratoria por parte del Estado, los programas de alternativas a la detención (como el control por GPS), la fianza o la liberación deben ser también medidas razonables que guarden relación de proporcionalidad con el cumplimiento de un objetivo legítimo del Estado.

42. Específicamente, en el caso de los inmigrantes, el Comité observó que el ingreso ilegal a un Estado de por sí no justificaría la perpetuación de la detención⁵⁴. Por su parte, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria ha resumido también los requisitos básicos para la detención admisible de inmigrantes: Se consideró conveniente recordar a los Estados que la detención debería ser el último recurso admisible únicamente durante el menor tiempo posible, y que se deberían buscar otras soluciones cuando ello fuera factible. Los motivos de la detención deberán ser definidos de manera clara y exhaustiva y la legalidad de la detención se podrá plantear ante un tribunal y

revisar periódicamente dentro de plazos establecidos. Estos plazos de revisión se deberán mantener incluso en "situaciones de emergencia" cuando un número excepcionalmente elevado de inmigrantes indocumentados entran en el territorio de un Estado. Se deberían adoptar en todo caso disposiciones que determinen que la detención es ilegal si el obstáculo que impide identificar a los inmigrantes en situación irregular o proceder a su expulsión del territorio no está dentro de su competencia, por ejemplo, cuando la representación consular del país de origen no coopera, o en el caso de que la expulsión no pueda realizarse por consideraciones legales, tales como, el principio de prohibición de la expulsión cuando existen riesgos de ser sometido a tortura o a detención arbitraria en el país de destino, o debido a obstáculos de hecho.

43. Además del derecho básico a la libertad personal del que gozan todos los y las migrantes, varios instrumentos internacionales han establecido restricciones específicas respecto de la detención de ciertas personas pertenecientes a grupos en mayor situación de vulnerabilidad. A continuación, la CIDH recapitula los estándares internacionales específicos sobre el derecho a la libertad personal respecto de algunos de estos grupos.

Relación del principio de Trato Humano con el de la protección familiar.

Al momento de disponer los traslados se debe tomar en especial consideración el impacto que puede tener en el derecho a la protección de la familia y al debido proceso. En efecto, frente a las personas que han estado presentes en un país por algún tiempo, la detención de un migrante cerca de su

lugar habitual de residencia es esencial para proteger esos derechos. El artículo VI de la Declaración Americana establece: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”. La CIDH ha subrayado que “Es un derecho tan básico (...) que se considera que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas”. La Comisión Interamericana ha reiterado que “el derecho de visita es un requisito fundamental para asegurar el respeto de la integridad y libertad personal de los internos y, como corolario, el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas (...) en razón de las circunstancias excepcionales que presenta el encarcelamiento, el Estado tiene la obligación de tomar medidas conducentes a garantizar efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares”.

Además del derecho a la familia, la ubicación del lugar de detención con frecuencia tiene un impacto en los derechos al debido proceso de un o una inmigrante, incluyendo su derecho a ser representado por un abogado. Sólo bajo circunstancias extraordinarias las personas migrantes detenidas que hayan obtenido representación legal deberían ser trasladados fuera de la jurisdicción en donde fueron aprehendidos, y recae en el Gobierno la carga de la prueba de justificar ante un tribunal independiente la necesidad de ese traslado. Adicionalmente, el Estado debe asegurar que los traslados se basen en criterios y necesidades objetivas. Concretamente, no es aceptable que los migrantes detenidos sean trasladados a una jurisdicción que sea más favorable a emitir una decisión de deportación.

FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

Agamben, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 2010.

Arendt, Hannah *Nosotros los refugiados en Una Visión de la Historia Judía y otros ensayos*. Ed. Paidós Básica, Buenos Aires, 2001.

Aristóteles. *Constitución de los Atenienses*. Gredos, Madrid, 2005.

Ariza y Portes, coord. *El país transnacional, migración mexicana y cambio social a través de la frontera*, México, Miguel Ángel Porrúa, UNAM Instituto de Investigaciones Sociales e Instituto Nacional de Migración, Colección Desarrollo y Migración, 1ª. Reimpresión 2010.

Bauböck, Rainer y John Rundell, *Blurred boundaries: migration, ethnicity, citizenship*, Aldershot, Ashgate, 1998.

Becerra y González, coord, *Estado de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo. En camino hacia otra sociedad moderna*, Barcelona, Paidós, 1989.

----- *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona, Paidós, 1997.

Benjamin, Walter, *Conceptos de filosofía de la Historia*, Buenos Aires, Terramar, 2007.

Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Madrid, Aguilar, 1973.

- Carbonell, Miguel, ed. *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 4ª. Edición, 2009.
- Castells, Manuel, *La sociedad red*, México, Siglo XXI, 1999.
- Castillo, Manuel Ángel, “Mercados laborales y flujos migratorios: una reflexión desde América Latina” en Marcela Ibarra Mateos (coord.) *Migración: Reconfiguración transnacional y flujos de población*, México, Universidad Iberoamericana Puebla, 2007.
- Cicerón, *De la república*, trad. Julio Pimentel Álvarez, México, UNAM, *Bibliotheca scriptorum graecorum et romanorum mexicana*, 2ª Edición, 2010.
- Cortina, Adela, *Alianza y Contrato*, Madrid, Trotta, 2ª. Edición, 2005.
- Foucault, Michel. *Historia de la Sexualidad*, México, Siglo XXI, 1976.
- Goldin, Ian, *Globalization for development: trade, finance, aid, migration, and policy*, Washington, DC, Banco Mundial, 2007.
- Guarnizo, Luis Eduardo, “La nueva configuración de los estudios sobre migración” en Marcela Ibarra Mateos (coord.) *Migración: Reconfiguración transnacional y flujos de población*, México, Universidad Iberoamericana Puebla, 2007.
- Guiddens, Anthony *et al.*, *Habermas y la modernidad*, México, Rei, 1993.
- Habermas, Jürgen, *La constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012.
- Hardt, M y Negri, A. *Imperio*, España, Paidós, 2005.
- Heller, Herman, *Teoría del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

- Huacuja y Bacaria, coord. *Expresiones jurídicas e implicaciones socioeconómicas del fenómeno migratorio en tiempos de la globalización*, México, UNAM, 2010.
- International migration, economic development & policy”, en Caglar Özden y Maurice Schiff, (ed.), Washington, Banco Mundial y Palgrave Macmillan editores, 2007.
- Jenofonte, *La constitución de los Atenenses*, trad. Gerardo Ramírez Vidal, México, UNAM, *Bibliotheca scriptorum graecorum et romanorum mexicana*, 2005.
- Kant, Immanuel, *La paz perpetua*, Madrid, Tecnos 1985.
- Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. Luis Legaza Lacambra, México, Editora Nacional, 1965.
- Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, México, Porrúa, 1997.
- Müller, Klaus, “Del *ius publicum europaeum* a la gobernabilidad global. Estrategias, fases y fundamentos de la juridificación”, en Manuel Becerra y Klaus Müller (coord.), *La juridificación de las relaciones internacionales. Un análisis plural*. México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: Doctrina Jurídica, número 588, México, 2011.
- Rawls, John. *El derecho de gentes*. Barcelona, Paidós, 2001.
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

Rousseau, Jean-Jacques, *Del contrato social; discurso sobre las ciencias y las artes; discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Alianza, 1998.

Sánchez Barricarte, Jesús Javier, *Socioeconomía de las migraciones en un mundo globalizado*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2010.

Schmitt, Carl *La Dictadura*, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 1968.

----- *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1999.

Sorensen, Max, ed. *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 12ª. Reimpresión, 2011.

Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho: el proceso de la razón y el derecho*, 6ª. Edición, México, Porrúa, 2006.

Wallerstein, Immanuel Maurice, *Análisis de sistemas-mundo: una introducción*, trad. de Carlos Daniel Schroeder, México, Siglo XXI, 2005.

Wallerstein, Immanuel Maurice, *El moderno sistema mundial*, México, Siglo XXI, 1984.

Hemerografía

García, Adriana, "Migrantes saturan morgue en Arizona", *El Universal*, Año: 96, número 34,841, México, 24 de marzo de 2013, páginas A-1, A-14 y A-15.

García, Lila. "Desorden mundial, orden migratorio", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLII, Número 124 enero-abril 2009.

Estupiñán Silva, Rosmerlin, "Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales", *Anuario Mexicano de*

Derecho Internacional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Vol. XII, 2012.

Morales Vega, Luisa Gabriela, "Categorías migratorias en México. Análisis a la Ley de Migración", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Vol. XII, 2012.

Legislación nacional.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de interculturalidad, atención a migrantes y movilidad humana para el Distrito Federal.

Ley de los migrantes y sus familias del Estado de Michoacán de Ocampo.

Ley de Migración y su reglamento.

Ley General de Población.

Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria y su reglamento.

Legislación extranjera

Ley HB56 *Taxpayer and Citizen Protection Act*, del Estado de Alabama, Estados Unidos de América.

Ley SB1070 *Support Our Law Enforcement and Safe Neighborhoods Act*, del estado de Arizona, Estados Unidos de América

Instrumentos jurídicos internacionales

Caso Vélez Llor Vs. Panamá. Excepciones, preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218.

Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Opinión Consultiva OC/16/99, de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre “El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías de Debido Proceso Legal”.

Opinión consultiva OC/18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos relativa a la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Tesis jurisprudenciales.

Dignidad humana. Su naturaleza y concepto. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3; Pág. 1529.

Pobreza la determinación de los lineamientos y criterios para su definición, identificación y medición no son facultades absolutas de la Secretaría de Desarrollo Social. Controversia constitucional 41/2006. 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXX, Agosto de 2009; Pág. 1071.

Pobreza y marginación. Sus diferencias y relaciones en la Ley General de Desarrollo Social y su reglamento. Controversia constitucional 41/2006. 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXX, Julio de 2009; Pág. 1544.

Pobreza y vulnerabilidad. Sus diferencias y relaciones en la Ley General de Desarrollo Social. Controversia constitucional 41/2006. 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXX, Agosto de 2009; Pág. 1073

Pobreza, marginación y vulnerabilidad. Conforme a lo establecido en la Ley General de Desarrollo Social no constituyen sinónimos. Controversia constitucional 41/2006. 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXX, Agosto de 2009; Pág. 1072.

Referencias electrónicas

Sitios institucionales

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados www.acnur.org

Comisión Interamericana de Derechos Humanos www.cidh.oas.org

Comisión Nacional de Derechos Humanos www.cndh.org.mx

Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas
www.cdi.gob.mx

Comité Internacional de la Cruz Roja www.icrc.org

Corte Interamericana de Derechos Humanos www.corteidh.or.cr

Gaceta de la Cámara de Diputados www.gaceta.diputados.gob.mx

Instituto de Investigaciones Jurídicas www.juridicas.unam.mx

Instituto Nacional de Migración www.inm.gob.mx

Organización de las Naciones Unidas www.un.org/es

Organización Internacional de las Migraciones www.iom.int

Red Mexicana de Líderes y Organizaciones Migrantes
<http://redmexicanamigrante.org/>

Secretaría de Desarrollo Social www.sedesol.gob.mx

Secretaría de Relaciones Exteriores www.sre.gob.mx

Senado de la República www.senado.gob.mx

Artículos y documentos

Amnistía Internacional, *Culpables conocidos, víctimas ignoradas. Maltrato y tortura en México*, Amnistía Internacional, Madrid, 2012, disponible en [http://amnistia.org.mx/publico/tortura/24106312.ext%20\(Tortura%20y%20maltrato%20en%20Mexico-INFORME\)%20\(1\).pdf](http://amnistia.org.mx/publico/tortura/24106312.ext%20(Tortura%20y%20maltrato%20en%20Mexico-INFORME)%20(1).pdf)

Amnistía Internacional, *Los abusos generalizados contra migrantes en México son una crisis de derechos humanos*, Amnistía Internacional, México 2010, disponible en <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/mexico-los-abusos-contramigrantes-crisis-de-ddhh-2010-04-28>.

Aranda, Jesús, *Zetas ejecutaron por la espalda a 72 migrantes; no pudieron pagar rescate*, en La Jornada online, disponible en www.jornada.unam.mx/2010/08/26/politica/002n1pol.

Comisión Nacional de Derechos Humanos *Informe especial sobre secuestro de migrantes en México*, CNDH, 23 de febrero de 2011, disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2011_secmigraentes.pdf

Diritto e politiche delle migrazioni nel Mediterraneo, Organización Internacional de las Migraciones (IOM) e Instituto Internacional de Derecho Humanitario (IIHL) editores, Genova, 2009, disponible en <http://books.google.com.mx/books?id=u9YwcfIWpuQC&printsec=frontcover&dq=Diritto+E+Politiche+Delle+Migrazioni+Nel+Mediterraneo&hl=es-419&sa=X&ei=LjGAUd3EKOax2QXF54G4BQ&ved=0CDYQuwUwAA>

Estudio comparativo de la legislación en materia de inmigración legal de los 27 estados miembros de la UE, disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/Estudio27.pdf>

Global Forum on Migration and Development. México 2010, Documento de información de la Mesa Redonda 1. *Alianzas para la migración y el desarrollo humano: prosperidad compartida – responsabilidad compartida*, disponible en www.gfmd_mexico10_rt1-1-brackground_paper_es.

Global Forum on Migration and Development. México 2010, Documento de información de la Mesa Redonda 2. *Movilidad humana y desarrollo humano. Reducir los costos de la migración y maximizar el desarrollo*, disponible en www.gfmd_mexico10_rt2-1-brackground_paper_es.

Global Forum on Migration and Development. México 2010, Documento de información de la Mesa Redonda 1. *Coherencia política e institucional para abordar la relación entre la migración y el desarrollo*, disponible en www.gfmd_mexico10_rt3-1-brackground_paper_es.

Gobierno de Ecuador *Un cambio de paradigmas: del desarrollo al buen vivir*, disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Del%20desarrollo%20al%20Buen%20Vivir.pdf>

Informe de Desarrollo Humano, “Concepto y medición del desarrollo humano” publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, edición 1990, disponible en http://hdr.undp.org/en/media/hdr_1990_es_cap1.pdf consultado el 12 de enero de 2013.

Joppke, Christian, *Why Liberal States Accept Unwanted Immigration*, *World Politics*, Vol. 50, No. 2, enero 1998, Cambridge University Press, disponible en <http://www.jstor.org/stable/25054038>.

Naciones Unidas, Centro de Información México, Cuba y República Dominicana, disponible en <http://www.cinu.org.mx/ninos/html/actividad6.htm#pnud>, consultado el 12 de diciembre de 2012

Oulhaj, Leïla, coord. *Sistematización del concepto de desarrollo desde la perspectiva de los pueblos indígenas y sus prácticas: Estudio de dos comunidades en México*. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, primera edición para publicación en internet, 2012.

Programa *Ciudad Hospitalaria, Intercultural y de atención a migrantes*, Secretaría de Desarrollo Rural y Equidad para las Comunidades del Gobierno del Distrito Federal, 2006, disponible en http://www.sederec.df.gob.mx/sites/default/files/prog_ciudadhospitalaria_0.pdf

Sassen, Saskia, *El poder de los "sin poder"*, disponible en <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=69632>.

-----, *La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas*, disponible en http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:filopoli-2006-27-37938CE5-086B-6191-7366-5BDBADF72E0E/formacion_de_migraciones.pdf

-----, *Losing control? Sovereignty in an Age of Globalization*, New York, Columbia University Press, 2006, disponible en <http://library.northsouth.edu/Upload/Losing+Control+S>

-----, *Nueva geografía política. Un nuevo campo transfronterizo para actores públicos y privados*, disponible en <http://multitudes.samizdat.net/Nueva-geografia-politica>

-----, *The Participation of States and Citizens in Global Governance*, Symposium: Globalization and Governance: The Prospects for Democracy, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 10, número 5, disponible en <http://transnationalism.uchicago.edu/statesandcitizens.pdf>

Sosa, Miguel Angel, *Ofenden ganancias por tráfico de migrantes*, en El Universal.mx, 3 de abril de 2011, disponible en www.eluniversal.com.mx/notas/756442.html

Zamora, José Antonio. *Ciudadanía e inmigración: las fronteras de la democracia*, disponible en http://www.proyectos.cchs.csic.es/politicas-migratorias/sites/proyectos.cchs.csic.es/politicas-migratorias/files/Zamora_-_Ciudadania_e_inmigracion.pdf.