

# CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

## DESAFÍOS DE LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL EN MÉXICO

**María Elisa García López\***

*Universidad Autónoma de México*

*[elisa.garcia@unach.mx](mailto:elisa.garcia@unach.mx)*

### Sumario:

I. INTRODUCCIÓN; II. DERECHO DE EXTRANJERÍA, LIBERTAD CIRCULATORIA Y DERECHO A MIGRAR: DESMONTANDO MITOS; III. LA INMIGRACIÓN DE CARÁCTER IRREGULAR: CONCEPTO Y EVOLUCIÓN; IV. LA POLÍTICA MIGRATORIA EN MATERIA DE CONTROL DE FLUJOS IRREGULARES: SU INADECUACIÓN AL MARCO CONSTITUCIONAL MEXICANO.

123

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (España), donde coordina el Proyecto 232 Investigadores por México “la protección jurídica de niñas y mujeres migrantes en la Frontera Sur”.

## **RESUMEN**

El artículo analiza la situación normativa que presenta la libertad de tránsito en el Derecho internacional de los derechos humanos, en tanto que derecho fundamental clave en materia migratoria, del cual podría desprenderse un hipotético derecho humano a migrar. Tras explorar el surgimiento y evolución de la categoría de inmigración irregular, finalmente se estudian los pilares de la política migratoria mexicana implementada para el control de los flujos, enfatizando las contradicciones existentes entre la misma y el marco constitucional de la libertad de tránsito.

### **Palabras clave:**

Libertad circulatoria, derecho a migrar, migración irregular, política migratoria mexicana de control de flujos.

## **ABSTRACT**

### **CHALLENGES OF INTERNATIONAL MIGRATION IN MEXICO**

This article analyzes the normative situation presented by freedom of transit in international human rights law, as a key right in migratory matters, from which could emerge a hypothetical human right to migrate. After exploring the emergence and evolution of the category of irregular immigration, finally the pillars of the Mexican migration policy implemented to control flows are studied, emphasizing the existing contradictions between it and the constitutional framework of freedom of movement.

### **Key Words:**

Freedom of movement, right to migrate, irregular migration, migratory flow control policy.

*“Si en el cielo no hay fronteras, en la tierra que nada nos detenga”<sup>1</sup>*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar los principales desafíos que la migración internacional representa para México al iniciar la tercera década del siglo XXI. Dada la amplitud del tema, me centraré en la gestión de los flujos irregulares que penetran en territorio mexicano, en su mayoría, a través de la frontera sur del país.

Sobre esta materia, planean numerosos malentendidos que conviene despejar, especialmente en el ámbito Latinoamericano, desde donde se escriben estas páginas. Existe una percepción generalizada que afirma la existencia de un derecho a inmigrar en el derecho internacional de los derechos humanos -en adelante, DIDH-. Equívocos de esta naturaleza son muy intensos en materia migratoria, pero se inscriben en un ámbito más amplio, afectando, con carácter general, a la concepción generalizada de los derechos humanos existente en México. Como consecuencia de la relativa longevidad de la Constitución mexicana, en conjunción con un abuso de la técnica del reformismo constitucional -que, actualmente, acumula más de setecientas reformas-, el sistema dogmático de los derechos fundamentales en México adolece de falta de sistematicidad. Este sistema fue sustancialmente modificado -y mejorado- mediante la reforma constitucional de junio de 2011 que, sintéticamente, vino a situar a los derechos fundamentales en la posición basililar de todo el ordenamiento jurídico, abriendo el sistema constitucional mexicano de los derechos al DIDH.

La cercanía de esta sustancial reforma, de la cual se cumple ya una década, ha determinado que el estudio de los derechos humanos haya penetrado recientemente con carácter autónomo en los programas oficiales de formación en derecho, debido a lo cual, en México esta materia aún no cuenta con el rigor científico que poseen otras ramas del derecho. En síntesis, predomina una extendida visión simplista y maniquea de los derechos humanos, en un contexto de gran precariedad del Estado de Derecho, en conjunción con una crisis de derechos humanos sin precedentes, lo que desemboca en la necesidad de un fuerte activismo que, al trasladarse al ámbito académico, puede repercutir sobre el deseable rigor jurídico con que se deben abordar estos temas<sup>2</sup>, llegando a confundir los deseos con la realidad.

Este contexto marcará nuestro itinerario. El primer apartado pretende trazar las coordenadas básicas en las que se desenvuelve el derecho de extranjería, asilo y refugio, entendiendo por tal aquel área del ordenamiento jurídico a caballo entre el derecho constitucional y el administrativo -pero con una fuerte penetración del DIDH-, que se especializa en la regulación de las condiciones de entrada, permanencia y salida de las personas extranjeras dentro de un Estado. El objetivo esencial residirá en despejar la situación en que se encuentra el derecho a migrar dentro del DIDH. El segundo apartado esbozará el concepto y la evolución en el tratamiento jurídico de la inmigración de carácter irregular. Y, finalmente, en el último apartado se abordarán los pilares de la política migratoria implementada en México para el control de los flujos migratorios irregulares, analizándola desde el punto de vista de su adecuación o no al marco constitucional vigente.

## II. DERECHO DE EXTRANJERÍA, LIBERTAD CIRCULATORIA Y DERECHO A MIGRAR: DESMONTANDO MITOS.

Como consecuencia de la soberanía que ejerce sobre su territorio y su población, el Estado Nacional es competente para la regulación de las condiciones que rigen la entrada, permanencia y salida de las personas extranjeras dentro de su territorio y en los espacios sometidos a su jurisdicción. Y si bien es cierto

1 Inscripción escrita por personas migrantes en un muro de Tapachula, Frontera Sur de México.

2 Vid. M. A. BENAVIDES CASALS, «El control de convencionalidad y el resguardo de la seguridad jurídica», *Revista del Abogado*, n°76, Colegio de Abogados de Chile, 2019, p. 15.

que la globalización y la fuerte emergencia del DIDH -entre otras muchas causas-, han erosionado la soberanía nacional, convirtiéndola en un concepto relativo y poroso, sin embargo, la soberanía estatal “no es en ningún aspecto más absoluta que en materia de inmigración, nacionalidad y expulsión”<sup>3</sup>. Además, se ha señalado acertadamente que el “control de fronteras constituye la esencia de la soberanía estatal”<sup>4</sup>. Esta cuestión constituye un pilar esencial para que podamos entender el derecho de extranjería, especialmente para comprender la aproximación con que el derecho internacional general aborda estas cuestiones -y, en su seno, también el DIDH-.

Dada las fuertes resistencias estatales que aún persisten para retener ámbitos de control en materia migratoria, y el carácter conflictivo con que estos temas pueden llegar a ser tratados por la opinión pública y los medios de comunicación social -donde persisten versiones sesgadas de la realidad, y fuertes estereotipos-, nos encontramos ante un área del derecho y, por lo tanto, de la realidad social, que posee una naturaleza compleja. Por ello, en este área es muy probable que nos topemos con normas jurídicas dotadas de un notable grado de ambigüedad, especialmente dentro del derecho internacional público. Ello revela que nos encontramos en un terreno donde las potestades estatales soberanas conviven en delicado equilibrio con la protección de los intereses individuales que subyacen tras los derechos humanos.

En este contexto, un punto de partida útil para poder abordar el derecho de extranjería consiste en tener muy en cuenta aquello que la norma omite -y no únicamente lo que establece de forma expresa- pues ello revela el notable grado de resistencias estatales subyacentes detrás del silencio de la norma jurídica. De otro lado, dada la fuerte penetración del DIDH en esta materia, y el prestigio inmenso que los derechos han adquirido en la denominada “edad de los derechos”<sup>5</sup>, las regulaciones relativas al control de las fronteras internacionales se encuentran impregnadas no sólo de normas ambiguas sino, más allá, de lo que ha sido acertadamente denominado como una jerga de derecho humanista<sup>6</sup>. Dicha jerga se encuentra plagada de referencias al respeto irrestricto de los derechos humanos junto con múltiples eufemismos que suelen maquillar múltiples contravenciones a los derechos. Paradójicamente, la jerga humanitaria se encuentra en relación directamente proporcional a su alejamiento respecto de la realidad en el que la norma es aplicada, lo que redundando tanto en la confusión que habita en esta rama del ordenamiento jurídico como, más allá, en complejos problemas de ineficacia social de las normas.

En primer lugar, abordaré esta cuestión en el ámbito del derecho internacional público, en la medida en que este ordenamiento establece estándares que actuarán como topes mínimos para los Estados nacionales. Tomando como punto de partida las normas integrantes de la Carta Internacional de los DDHH, analizaré en su seno, el derecho a la libertad de tránsito o circulatoria. Pese a haber ostentado una importancia histórica para el proceso colonizador y, más allá, para el despliegue del comercio internacional, la libertad de tránsito no aparece reconocida en los primeros documentos jurídicos fundantes del Estado Constitucional. Con todo, sus raíces ideológicas más remotas se sitúan en Francisco de Vitoria.

La libertad circulatoria es un derecho íntimamente vinculado a la libertad personal. Está dotado de un contenido jurídico amplio, abarcando al menos, cuatro facetas esenciales: a) el derecho de entrar y b) salir de un país -ambos vinculados con las relaciones exteriores y, por tanto, con implicaciones en el derecho internacional, constituyendo la faceta externa de la libertad circulatoria-, c) la facultad de desplazarse libremente dentro de un territorio nacional y d) elegir residencia dentro de dicho espacio -estas dos últimas, de carácter interno-. Si estas facultades se ejercitan dentro del territorio de un Estado, nos hallamos frente a la libertad de tránsito interna, que incluye el libre desplazamiento dentro de dicho ámbito geográfico, así como el derecho de elegir y cambiar de residencia en su interior. Si, por el contrario, su ejercicio tiene lugar en un tercer Estado -incluyendo el hecho de atravesar previamente su frontera internacional-, estaríamos ante la

3 Crf. H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Hartcourt Brace Jovanovich, San Diego, 1973. Citado por C. JOPPKE, «Why Liberal States Accept Unwanted Migration?», *World Politics*, n° 2, vol. 50.

4 Cfr. HOLLIFIELD, James F, *Immigrants, Markets and States: The Political Economy of Post-war Europe*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, p. 5.

5 Vid. N. BOBBIO, *La edad de los derechos*, Sistema, Madrid, 1999.

6 Vid. A. VARELA, «México, de frontera vertical a país tapón. Migrantes, deportados, retornados, desplazados internos y solicitantes de asilo en México», *Iberoforum, Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, n° 27, México, p. 13.

libertad de tránsito externa y, por ende, ante el núcleo duro del derecho a migrar en sentido internacional.

Este derecho a migrar, entendido como hiperónimo<sup>7</sup>, comprendería al menos la facultad de entrar a un país de cuya nacionalidad se carece (derecho de inmigrar, lo que nos sitúa de lleno en el derecho de extranjería) y de salir de cualquier país (emigrar)<sup>8</sup>. Los nacionales de un Estado ostentan siempre el derecho natural de entrar en él. Adicionalmente, la doctrina ha señalado que constituye un principio general del derecho internacional en formación la facultad de salir y, por tanto, la prohibición estatal de impedir su salida del territorio, con respecto a los propios nacionales<sup>9</sup>. En coherencia con ello, el ordenamiento interno mexicano establece que “los mexicanos no podrán ser privados del derecho a ingresar en territorio nacional” (art. 36 de la Ley de migración) y “la salida de mexicanos y extranjeros del territorio nacional podrá realizarse libremente” (art. 48 de la Ley de Migración).

La libertad circulatoria conforma el eje central del derecho de extranjería, desplegando una importancia trascendental para las personas extranjeras, en la medida en que su concreto reconocimiento y modulación actúa como una llave que permite a las personas migrantes acceder a otros múltiples derechos, dentro del territorio del Estado de acogida -o bien, en su defecto, obstaculiza dicho acceso, llegando a imposibilitarlo por completo-. Dicho de forma gráfica, si el país receptor retorna, expulsa o devuelve a la persona migrante (sea cual sea la específica terminología empleada por el derecho interno), por no haber cumplido con los requisitos administrativos de ingreso y/o permanencia en su territorio -dado que la irregularidad puede ser tanto de origen, como sobrevenida-, en automático perderá el acceso a otros múltiples derechos, pese a que sobre los mismos pudiese ostentar formalmente su titularidad activa.

Dentro de la Carta Internacional de Derechos Humanos, la libertad circulatoria aparece reconocida en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>10</sup> (en adelante, DUDH) y en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles<sup>11</sup> (PIDCP). El artículo 13 DUDA constituye una norma premeditadamente ambigua, oscura incluso<sup>12</sup>, de la cual es posible “extraer interpretaciones contrapuestas”<sup>13</sup>. De hecho, una lectura apresurada de esta disposición pudiera llevar a deducir -erróneamente- la existencia de un auténtico derecho humano a migrar, incluyendo la facultad de entrar en un país de cuya nacionalidad se carece (inmigrar) -su faceta más controvertida-, ya que la norma contempla una amplia titularidad a favor de “toda persona”.

Más limitadamente, del artículo 13.1 cabe deducir un reconocimiento amplio de la libertad de tránsito en su sentido interno, esto es, del derecho que ampara a toda persona que ya se encuentra dentro

7 L. PONS RODRÍGUEZ, “El lenguaje también se desplaza: sobre migraciones, emigraciones e inmigraciones”, *El País Verne*, 7 de noviembre de 2018.

8 Aguelo y Chueca incluyen también dentro del contenido del genérico derecho a migrar, el derecho a no migrar, esto es, la facultad de toda persona de no ser obligada a salir del país de origen o de un tercer país, que “implica que en los Estados de origen o de residencia de las personas ha de lograrse el desarrollo en todas sus dimensiones, alcanzando unas condiciones de vida dignas, que eviten el éxodo masivo de sus pobladores; Crf. P. AGUELO y A. G. CHUECA, «Contenido y límites del ius migrandi»; *Revista Electrónica Iberoamericana*, n° 2, Vol. 7, 2013, pp. 2-3.

9 Vid. F. MARIÑO MENÉNDEZ, «Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional», F. Mariño Menéndez (dir.), *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1ª ed., 1995, p. 115.

10 El art. 13 DUDH de 1948, señala textualmente: “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 disposición siguiente, el art. 14, consagra el derecho al asilo, bajo la siguiente formulación, “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.

11 Los dos primeros apartados del artículo 12 del PIDCP, de 1966, establecen literalmente: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio (...)”.

12 Vid. F. M. MARIÑO MENÉNDEZ, «Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional», F. Mariño Menéndez (dir.), *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1ª ed., 1995, p. 113. En sentido similar, Javier de Lucas ha señalado que “el artículo 13 de la DUDH plantea uno de los derechos que pueden resultar más discutidos, o como mínimo que pueden tener una interpretación más discutible”. J. DE LUCAS, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 237-238.

13 Cfr. A. NAVARRO y C. SANCHO, «Contenido y límites del ius migrandi», *Revista Electrónica Iberoamericana*, n° 2, Vol. 7, 2013, p. 74.

del territorio de un Estado -sin especificar en qué condición administrativa, en lo que respecta a las personas extranjeras-, a moverse libremente por su territorio y elegir residencia en su interior. Sin embargo, nada dice este primer apartado respecto del derecho de entrar en dicho país. De la correlación entre dicha omisión, y el hecho de que se circunscriba en su apartado segundo el derecho de regresar “a su país” -esto es, la titularidad del derecho de retornar a un país, aparece reservada a favor de los nacionales-, obtendremos una visión más rigurosa de lo que los Estados no desearon regular y, por ende, de lo que querían mantener circunscrito dentro del ámbito de su soberanía interna.

De esta compleja redacción, cabe extraer un reconocimiento generoso de la libertad de tránsito interna, pero no así de la faceta externa de la misma. Dicha vertiente externa, aparece consagrada en relación al derecho de salir de cualquier país, incluido el propio (derecho de emigrar), sin que se mencione en absoluto el derecho correlativo a entrar en un país de cuya nacionalidad se carece (o derecho de inmigrar). Para comprender esta situación, baste recordar el contexto en que se redactó el art. 13 de la DUDH: algunos países aún se resistían a conceder la libertad de salida a sus propios nacionales, de ahí que “la libertad de movimiento fue pensada como derecho humano sólo en la dirección de salida”<sup>14</sup>. Además, como recurso argumentativo adicional conviene recordar que, al consensuar el texto de la DUDH, en muchos de los representantes de los Estados existía la intención expresa de excluir la vertiente externa de la libertad de tránsito de su articulado<sup>15</sup>.

Por su parte, el art. 12 del PIDCP posee un tenor más claro, pero también más restrictivo, circunstancia ligada al contenido jurídicamente vinculante de sus preceptos para los Estados parte. Del análisis conjunto tanto de la DUDH como del PIDCP, cabe deducir la existencia de un derecho a emigrar, en el sentido de garantizar la facultad de salir de cualquier país “incluso del propio”. Sin embargo, no es posible extraer la existencia de un derecho correlativo a que una persona acceda al territorio de un país de cuya nacionalidad carece -dado que no se cuestiona el derecho de entrada respecto de los nacionales-, salvo cuando cumpla con los requisitos establecidos por las normas internas de dicho Estado.

Al analizar su titularidad activa, las dos normas analizadas contienen divergencias, pues la DUDH contempla una titularidad amplia y universal, mientras que el PIDCP reserva el derecho, de forma restringida, para las personas que cumplan con los requisitos legales establecidos por los Estados parte receptores, recurriendo para ello a una terminología ya obsoleta - “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado”-. De su análisis conjunto, cabe señalar la existencia de un derecho pleno para los nacionales de entrar a su país, pero limitado para aquellos extranjeros que cumplan con los requisitos legales establecidos por el Estado receptor (léase en situación de regularidad administrativa): una vez que los no nacionales hayan entrado cumpliendo con la legislación de extranjería interna de un determinado país, entonces disfrutarán de la libertad de tránsito dentro de dicho Estado.

De otro lado, la libertad circulatoria constituye un derecho susceptible de ser limitado -e, incluso, suspendido en circunstancias excepcionales-, en la medida en que no se encuentra comprendido entre los derechos integrantes del estándar mínimo internacional, establecidos dentro del artículo 4.2 del PIDCP. El apartado segundo del artículo 12 contempla la posibilidad del Estado parte de imponer restricciones al ejercicio de la libertad de tránsito, pero estableciendo las condiciones taxativas en que tales limitaciones podrán ser impuestas: deben ser de carácter legal -entendiendo por tal, las normas emanadas del poder legislativo del Estado Nacional-, y dirigidas al cumplimiento de los objetivos legítimos estrictamente considerados, esto es, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, y los derechos y libertades de los demás.

Para las personas nacionales, constituye un principio asentado del DIDH la prohibición absoluta de impedir su ingreso al propio Estado, así como de ser expulsados del mismo. Para las personas extranjeras, se prohíben asimismo las expulsiones colectivas y, en el caso de expulsiones individuales, éstas han de hacerse en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley interna. En síntesis, la expulsión, en sus múltiples variantes terminológicas -devolución, rechazo, retorno forzado, incluyendo las más eufemísticas-

14 Cfr. R. ZAPATA-BARRERO, señala que en ese marco se inició “el debate sobre la sociedad abierta (los que pueden salir) y la sociedad cerrada (los que no pueden salir) de K. Popper”, “Fronteras”, *La Vanguardia*, 9 de octubre de 2007.

15 Vid. A. G. CHUECA SANCHO, “El ius migrandi en el Derecho Internacional de las migraciones”, M. BALADO RUIZ-GALLEGOS, (coord.), *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, Madrid, J.M. Bosch editor, 2008, p. 769.

constituye una institución típica del derecho de extranjería<sup>16</sup>, pues resulta exclusivamente aplicable a las personas extranjeras, nunca a los nacionales de un país.

En este contexto, resulta conveniente acudir al Comité de Derechos Humanos, en búsqueda de una interpretación auténtica de las disposiciones del PIDCP. Este órgano emitió en 1986 una Observación General sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto<sup>17</sup>. En relación al derecho a migrar, señaló lo siguiente:

“El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia”<sup>18</sup>.

Posteriormente, en 1999, aprobó la Observación General n° 27, interpretando específicamente el contenido del artículo 12 del PIDCP y clarificando la plenitud de la libertad de tránsito interna para aquellas personas extranjeras que se encuentran dentro del territorio del país receptor habiendo cumplido con los requisitos legales establecidos por dicho Estado -para los nacionales, el derecho existe sin condicionarlo al cumplimiento de requisito alguno-. El Comité de Derechos Humanos, señaló:

“Toda persona que se encuentre legalmente<sup>19</sup> dentro del territorio de un Estado disfruta, dentro de ese territorio, del derecho de desplazarse libremente y de escoger su lugar de residencia. En principio, los nacionales de un Estado siempre se encuentran legalmente dentro del territorio de ese Estado. La cuestión de si un extranjero se encuentra “legalmente” dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado”<sup>20</sup>.

Asimismo, advirtió sobre la necesidad rigurosa de que las restricciones al ejercicio de la libertad de tránsito respeten su contenido esencial<sup>21</sup> -sin usar esta terminología expresamente-, de modo tal que las limitaciones no pueden anularla nunca.

16 Vid. F. MARIÑO MENÉNDEZ, «Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional», Mariño Menéndez (dir.), *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1ª ed., 1995, p. 114.

17 Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No. 15, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 27º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 159 (1986).

18 Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Apartado quinto de la Observación General No 15, CCPR, 11 de abril de 1986. Sobre el tema, en el siguiente apartado, continúa señalando: “8. Una vez que un extranjero se encuentra lícitamente dentro de un territorio, su libertad de circulación en el territorio y su derecho a salir de él pueden limitarse sólo de conformidad con lo previsto en el párrafo 3 del artículo 12. Con arreglo a lo previsto en esa disposición, será necesario justificar las diferencias de trato a ese respecto entre extranjeros y nacionales, o entre diferentes categorías de extranjeros. Como tales restricciones, entre otras cosas, deben ajustarse a los demás derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Partes, al limitar la libertad de circulación de un extranjero o al deportar a éste a un tercer país, no podrán impedir arbitrariamente que regrese a su propio país (párrafo 4 del artículo 12)”.

19 El COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS en torno al requisito de legalidad exigido por el artículo 12 del PIDCP, ha señalado que “la cuestión de si un extranjero se encuentra “legalmente” dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado”. Comentario General 27.

20 Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Apartado 4 de la Observación General n° 27, la libertad de tránsito (art. 12 PIDCP), 67ª período de sesiones, 1999.

21 Al respecto, el Comité de Derechos Humanos señaló: “Las limitaciones permisibles que pueden imponerse a los derechos protegidos en virtud del artículo 12 no deben anular el principio de la libertad de circulación, y se rigen por las exigencias establecidas en el artículo 12, párrafo 3, de que sean necesarias y además compatibles con los otros derechos reconocidos en el Pacto”. Observación General n° 17, apartado 2, 1999.

Previamente, la propia Asamblea General de la ONU emitió en 1985 una Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven<sup>22</sup>, en cuyo artículo segundo, se establece explícitamente que “ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegales de un extranjero en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. No obstante, dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos”.

De la Declaración de 1986 se derivan dos pilares: a) la soberanía nacional permanece incuestionada en la base de esta materia; b) con todo, las regulaciones internas sobre la entrada y permanencia de personas extranjeras dentro del territorio de un Estado deben ser compatibles con los derechos humanos establecidos en el DIDH. Conviene recordar que la Declaración de 1986 es un norma de *soft law* internacional. Pese a que no ostenta vinculatoriedad jurídica, ofrece una dirección clara de cómo interpretar las normas internacionales que regulan el derecho a migrar, útiles ante la ambigüedad de la redacción de la norma -especialmente en lo que concierne a la DUDH-.

En la misma Declaración, se sostiene tajantemente la existencia del derecho a salir del país (art. 5.2.f), si bien sujeto a las restricciones que establezca la ley interna, siempre que respete el principio de proporcionalidad. Asimismo, se proclama la vertiente interna de la libertad circulatoria a favor de los extranjeros en situación de regularidad administrativa dentro de un país receptor (art. 5.3<sup>23</sup> de la Declaración).

México es Estado parte de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares<sup>24</sup>, una de las más importantes en este ámbito, pero también, más escasamente ratificadas por los países receptores más desarrollados. En este Tratado internacional podemos encontrar el nivel más alto de protección a favor de las personas migrantes, dentro del complejo juego de equilibrios entre la soberanía nacional en el control de los requisitos de entrada y permanencia, y el respeto a los derechos de las personas migrantes, en el que esta convención sigue moviéndose. Resulta necesario analizar sus disposiciones en materia de libertad circulatoria, a fin de descubrir si cabe deducir la existencia de un derecho a inmigrar o, al menos, un estándar más protector a favor tanto de las personas migrantes como de los miembros de sus familias.

Las disposiciones clave al respecto son el artículo 8<sup>25</sup> de la Convención -donde se garantiza el derecho a salir de cualquier Estado (emigrar), así como de regresar en cualquier momento a su país de origen (derecho de retornar al propio Estado)-, el artículo 22 (prohibición de medidas de expulsión colectivas), y especialmente su artículo 39.1, el cual establece literalmente:

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia.
2. Los derechos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no estarán sujetos a ninguna restricción, salvo las que estén establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad

22 Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LA O.N.U., Resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

23 Cfr. “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”. Art. 5.3 Declaración 1985, Resolución 40/144 de la Asamblea General de la ONU.

24 Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. México firmó esta Convención internacional el 22 de mayo de 1991, y la ratificó el 8 de marzo de 1999.

25 El artículo 8 de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, dispone: “1. Los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen. Ese derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención. 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él”.



nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás y sean congruentes con los demás derechos reconocidos en la presente Convención.

Esta última disposición consagra la libertad de movimiento en su faceta interna -que se despliega dentro del territorio del Estado de empleo-, facultando al trabajador migrante a circular y escoger libremente su residencia dentro de tal espacio, sin que se haga mención alguna al derecho correlativo de entrar al territorio de dicho país. De nuevo, nos encontramos ante una norma de formulación ambigua, que toma como perspectiva -aun sin especificarlo- el hecho de que el trabajador migrante ya se encuentre dentro del país de acogida. Una lectura superficial de este artículo podría dar lugar a interpretaciones optimistas en torno al contenido de la libertad de tránsito, pero, realmente esta disposición no está cuestionando la soberanía nacional del Estado parte para la formulación de sus políticas de admisión de personas extranjeras. La soberanía nacional sigue siendo el fundamento del derecho de extranjería de nuestros días.

El artículo octavo de este mismo Tratado aporta más luz en torno a este tema. El aspecto más controvertido podría recaer en dilucidar la titularidad activa, explícitamente reconocida a favor de todo trabajador migrante y de sus familiares. Esta condición aparece definida en los dos primeros artículos de la Convención sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y los miembros de su familia, puntualizando que “a los efectos de la presente Convención, se entenderá por “trabajador migratorio” toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” (art. 2.1), protegiéndolo a lo largo de todo el trayecto migratorio (art. 1.2), lo que, de entrada, incluiría a todas las personas migrantes, en su condición de trabajadores dentro del Estado receptor, con independencia su estatus administrativo. En síntesis, la libertad de tránsito interna estaría reconocida de forma amplia, tanto para los trabajadores migrantes en situación regular como irregular. La libertad circulatoria, en su dimensión externa, sólo aparece consagrada en su faceta de derecho a emigrar.

En busca de mayor nitidez en torno a estas cuestiones, el artículo 79 de la Convención estudiada, señala de forma contundente que “nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares (...)”<sup>26</sup>. La soberanía nacional permanece incuestionada en este ámbito, pese a las restricciones mayores que pesan sobre los Estados parte que hayan ratificado esta Convención, en torno al trato que han de dispensar a los trabajadores migrantes y a sus familiares.

Dentro del DIDH, resulta esencial tomar en consideración sujetos más específicos, en tanto que la condición migratoria convive con otros múltiples estatus jurídicos. Respecto de los niños migrantes, resulta fundamental revisar la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño que, en contraste agudo con el anterior Tratado, constituye el tratado con mayor número de adhesiones a nivel mundial. Su artículo 10.2, establece que “los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluso el propio, y de entrar a su propio país”, sin que aparezca mención alguna a la faceta de inmigrar. El uso del pronombre posesivo “su”, restringe la titularidad del derecho de entrar, a los nacionales de dicho país, aunque, formalmente, la norma no cambie la titularidad activa genérica y amplia (el niño y sus padres) que actúa como punto de partida de esta disposición.

Finalmente, en el sistema regional interamericano, hay que tomar en consideración el artículo 22<sup>27</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se consagran conjuntamente tanto la libertad circulatoria -con idéntico mutismo en lo que se refiere al derecho a inmigrar- como el derecho a buscar y “recibir” asilo. Esta disposición guarda similitudes con el PIDCP en materia de libertad de tránsito, en la

26 Vid. A juicio de la Unión Interparlamentaria, esta disposición consigue un equilibrio entre la soberanía estatal vigente en esta materia y la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y los miembros de su familia, hasta el punto de considerar que puede deducirse una “responsabilidad compartida”. UNIÓN INTERPARLAMENTARIA, Organización Internacional del Trabajo y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, *Migración, derechos humanos y gobernanza*, Manual para Parlamentarios n° 24, Francia, 2015.

27 El artículo 22 de la Convención Americana de Derechos humanos consagra el derecho de circulación y residencia, estableciendo en sus dos primeros apartados que “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”.

medida en que su titularidad se restringe, tanto en sus dimensión interna como externa, a “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado”, conteniendo también indicaciones en torno al modo en que los Estados parte pueden establecer legítimamente restricciones internas al ejercicio de este derecho.

En materia de asilo y refugio, el sistema regional interamericano aporta un abanico protector considerablemente más amplio que el contenido al respecto en el sistema universal en el art. 14 DUDH<sup>28</sup> (donde ambiguamente se proclama el derecho de “buscar y disfrutar” del asilo). Por su parte, el PIDCP guarda un significativo mutismo en torno al derecho de asilo. En el sistema regional interamericano se ampara no sólo el derecho a solicitar asilo, sino a disfrutarlo si se cumplen con los requisitos establecidos -recogidos en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los Refugiados-. Además, la Convención incluye una regulación explícita y más amplia del principio de no devolución (art. 22.8).

La Corte Interamericana ha señalado en múltiples ocasiones que la prohibición de no devolución constituye una norma de *ius cogens* internacional, que ha adquirido tal carácter por constituir una práctica estatal reiterada que ha devenido en un principio consuetudinario<sup>29</sup> (esta costumbre regional se encuentra también recogida en el sistema universal). Por su parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ADNUR) también ha reiterado que la prohibición de *non refoulement* constituye un “principio cardinal” para la protección de las personas refugiadas, obligando a los Estados a redoblar esfuerzos y reforzar su tutela<sup>30</sup>.

Si ahora enlazamos las normas internacionales ya analizadas, incluyendo las que otorgan un estándar más elevado y generoso a favor de las personas migrantes, obtenemos un panorama que no cuestiona la soberanía estatal para la regulación de las condiciones de acceso y permanencia de las personas extranjeras dentro de su territorio. En síntesis, el sistema internacional sigue asumiendo que la inmigración constituye una competencia íntimamente vinculada a la soberanía nacional del Estado receptor. Cabría excluir de esta consideración el derecho del asilo y el refugio que, como tal, no constituye derecho migratorio y, por lo mismo, escapa a la regla del amplio margen nacional que sigue rigiendo en materia migratoria.

El DIDH no cuestiona el derecho de todas las personas a salir de un país, “incluso del propio” -y, esta cuestión, está adquiriendo ya la condición de una norma principal de carácter consuetudinario en el derecho internacional público-, no obstante “los Estados retienen la prerrogativa soberana de decidir los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales, incluidos aquellos en situación irregular”<sup>31</sup>. Por constituir un principio de carácter consuetudinario, la prohibición absoluta de no devolver, retornar o expulsar a personas extranjeras a un territorio -sea o no su país de origen- donde su vida o libertad puedan correr peligro a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política, escapa a la exigencia de consentimiento expreso estatal que se encuentra en la base del derecho convencional. La Comisión Interamericana ha realizado una interpretación sistemática del principio de devolución (art. 22 CADH, junto con el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados de 1951), extrayendo la prohibición de que ninguna persona extranjera pueda ser devuelta (incluyendo también expresamente el rechazo en frontera) sin una análisis individualizado y detallado de su petición<sup>32</sup>.

28 El artículo 14 DUDH reconoce el derecho de asilo, teniendo en mente el asilo territorial, señalando su primer apartado que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.

29 Crf. La Corte Interamericana, en el Caso Pacheco Tineo v. Bolivia, señaló: “En el sistema interamericano, el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance y, en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo. Este principio también constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional y se ve reforzado, en el sistema interamericano, por el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Asunto Pacheco Tineo v. Bolivia, 2015, párrafo 151.

30 Cfr. A.C.N.U.R., Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Conclusiones sobre la protección internacional de los refugiados, 1991, 42 período de sesiones del Comité Ejecutivo, N° 65 (XII) Conclusiones generales, párr. c.

31 Unión Interparlamentaria, Migración, derechos humanos y gobernanza, Manual para Parlamentarios N° 24, 2015, p. 21.

32 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense

En esta materia, han tenido lugar avances sustantivos, especialmente en lo que supone profundizar en la denominada gobernanza global de la migración, que, actualmente, está siendo liderada por la Organización Mundial de las Migraciones (en adelante, OIM), organización que a partir del año 2016 pasó a formar parte del Sistema de Naciones Unidas. En noviembre del año 2015, la Asamblea General de la O.N.U. aprobó el Pacto Mundial para una Migración segura, ordenada y regular<sup>33</sup> que, si bien no constituye un tratado internacional y por lo tanto, no se desprenden obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados, cuenta con el respaldo de la mayor parte de los países que integran el sistema de la ONU. El Pacto Mundial establece 23 objetivos dirigidos a la cooperación internacional en materia migratoria, sobre la base del respeto estatal a los derechos de las personas migrantes y del convencimiento que esta materia no puede ser abordada desde las competencias exclusivas de los Estados Nacionales.

Con todo, la premisa que sustenta este reciente acuerdo intergubernamental sigue siendo el respeto a la soberanía nacional en la gestión de la entrada de flujos migratorios, sin cuestionar la potestad estatal de controlar sus fronteras. En este sentido, el Pacto Mundial reafirma que los Estados tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y la prerrogativa de regular la migración dentro de su jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional. Dentro de su jurisdicción soberana, los Estados podrán distinguir entre el estatus migratorio regular e irregular<sup>34</sup>.

Sin embargo, esta cuestión resulta aún polémica en América Latina, donde existe una extendida percepción sobre la existencia de un derecho a migrar en el DIDH, al que habitualmente se acude reclamando que el derecho interno se ajuste al estándar internacional<sup>35</sup>.

Del recorrido que hemos realizado a través del DIDH cabe concluir que el fenómeno de la migración internacional sigue dominado por una fuerte dosis de soberanía nacional. La penetración de los derechos humanos ha elevado notablemente los estándares de tratamiento, pero el núcleo de la regulación continúa en manos de la legislación interna del país receptor.

A modo de conclusión, del DIDH no se puede aún extraer un derecho a inmigrar a favor de las personas no nacionales que pretenden establecerse o transitar por el territorio de un tercer Estado. Su inexistencia, no obstante, no significa la imposibilidad de que los Estados Nacionales puedan consagrarlo en sus ordenamientos internos -dado que la regulación de los criterios para la admisión, entrada y permanencia de las personas extranjeras pertenece a la competencia soberana de dicho Estado<sup>36</sup>.

Para las personas extranjeras, esta cuestión goza aún de un amplio margen de apreciación nacional, con escasas directrices imperativas establecidas por el Derecho internacional general; Entre ellas, la prohibición absoluta de non refoulement, la prohibición de expulsiones colectivas y, para el supuesto de las expulsiones individualizadas, la prohibición de arbitrariedad en dicha expulsión, entendiéndose por tal, la ausencia de fundamento legal y de las garantías del debido proceso durante su tramitación.

### III. LA INMIGRACIÓN DE CARÁCTER IRREGULAR: CONCEPTO Y EVOLUCIÓN.

No existen definiciones uniformes sobre esta categoría. Según la O.I.M. está conformada por el “movimiento de personas que se produce al margen de las leyes, las normas o los acuerdos internacionales que rigen la

de determinación de la condición de refugiado, párr. 111.

33 Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018, A/RES/73/195.

34 Idem, artículo 14, c).

35 Como muestra de ello, en la definición del derecho a migrar se afirma que se trata del “derecho humano a trasladarse desde el lugar en que habita a otro diferente, el cual se desprende de la condición natural de la movilidad humana, y que debe entenderse intrínseco a las personas migrantes debido a las situaciones de pobreza y oportunidades laborales en los países, y cuyo reconocimiento sobre la base de los principios de igualdad y universalidad provoca la reconceptualización de persona migrante a partir del reconocimiento de sus derechos y los de su núcleo familiar tales como el de reunificación familiar”. Crf. R. VEGA, L. EFRÉN e I. SPIGNO, (dirs.), *Vademécum de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2019, p. 84.

36 Vid, F. MARIÑO MENÉNDEZ, op. cit., p. 114.

entrada o la salida del país de origen, de tránsito o de destino”<sup>37</sup>. La terminología es muy amplia, incluyendo conceptos tales como migrantes indocumentados, clandestinos, “sin papeles”, etc.

El criterio utilizado para su distinción puede abordarse desde dos puntos de vista: a) Si tomamos en consideración a las personas migrantes, el criterio empleado es el cumplimiento o incumplimiento -tanto de carácter inicial, como sobrevenido-, de las normas internas que regulan la entrada y asentamiento de personas extranjeras dentro del territorio del Estado receptor (o de tránsito); b) si priorizamos el punto de vista del país de destino, hablamos de migración autorizada o no autorizada. En este último supuesto, encajaría la migración irregular, al carecer de los permisos y autorizaciones previstos por el derecho de extranjería.

La utilización del término inmigración “ilegal” para hacer referencia a esta categoría -anteriormente, de uso generalizado-, fue desaconsejada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 3449 sobre Medidas para garantizar los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios<sup>38</sup>, aprobada en diciembre de 1975. Las razones esgrimidas fueron su carácter peyorativo y atentatorio de la dignidad de las personas migrantes, así como por promover percepciones prejuiciadas y alarmistas en la sociedad de acogida. Adicionalmente, esta terminología provocaba cierto grado de cosificación, al identificar la contravención de las normas con las personas que la cometían, extrapolando la condición de ilegalidad sobre los propios migrantes (y promoviendo visiones distorsionadas que orillan a identificar migración y criminalización del propio fenómeno migratorio). Sin embargo, en la base de dicha contravención, no existe ningún ilícito penal, sino, a lo sumo, el incumplimiento de meras normas administrativas. Y en este sentido ha sido la evolución del derecho migratorio interno, donde se detecta una fuerte tendencia a la destipificación de la inmigración irregular<sup>39</sup>.

En la certera definición de Anne McNevin, los migrantes irregulares son concebidos como aquellas “personas cuyos movimientos son catalogados de manera creciente como ilegítimos y/o indeseables (incluso aunque su trabajo pueda responder a las demandas de la economía global) y cuya situación es indicativa de las nuevas jerarquías globales de la movilidad”<sup>40</sup>. Pues, desde una mirada más profunda, la distinción entre regulares e irregulares, reposa de forma prioritaria en consideraciones que atienden a factores de insuficiencia económica en las personas que no pueden cumplir con los exigentes -y altamente selectivos- requisitos internos establecidos por las legislaciones migratorias de los respectivos Estados receptores.

Conviene distinguir la persona migrante irregular que entra en un país apoyada por una red de tráfico ilícito -y, por lo tanto, pagando la remuneración que dicha red establece por prestar tales servicios-, de los sujetos que llevan a cabo dicho tráfico, que si cometen un acto delictivo y, como tal, son sujetos activos del mismo. El tráfico ilícito de migrantes está penalizado como delito por el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire<sup>41</sup>, y dicha penalización debe ser establecida por las legislaciones internas de los Estados receptores de dicho tráfico. Sin embargo, la persona migrante que paga al traficante -con la amplia terminología empleada para su denominación: polleros, coyotes..etc.-, es objeto de dicho delito, pero no incurre en responsabilidad penal alguna<sup>42</sup>.

37 O.I.M., Glosario sobre Migración, ONU Migración, Suiza, 2019, p. 128.

38 ONU, A/RES/3499, Medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios, de 9 de diciembre de 1975.

39 En este contexto, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de la ONU estableció en el año 2008 que “tipificar como delito la entrada ilegal en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias”. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Séptimo período de sesiones, Tema 3 de la agenda provisional, A/HRC/7/4, párr. 53.

40 Crf. A. McNEVIN, «Ambivalence and Citizenship: Theorising the Political Claims of Irregular Migrants», *Millennium: Journal of International Studies*, n° 41, vol. 2, 2013.

41 Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la ONU, Nueva York, 15 de noviembre de 2000.

42 Al respecto el artículo 5 del Protocolo excluye la responsabilidad de las personas migrantes, señalando que “los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo”.

La Corte interamericana ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los derechos de las personas migrantes indocumentadas que trabajan en el país receptor sin los permisos oficiales para la realización de servicios laborales, estableciendo el principio de igualdad en el disfrute de los derechos laborales con respecto a los trabajadores nacionales y obligando a los Estados parte a su respeto y garantía<sup>43</sup>.

Considerada en retrospectiva, la inmigración irregular constituye una tipología relativamente nueva. Esta categoría era inexistente antes de 1914, en la medida en que los flujos migratorios se habían movido hasta entonces de forma espontánea<sup>44</sup>, y con escaso control por parte de los países destinatarios. Sin embargo, la proliferación de obstáculos jurídico-administrativos a los que quedaba crecientemente condicionada la entrada y asentamiento de las personas migrantes, ocasionó efectos muy paradójicos: lejos de reducirse el volumen de los flujos, éstos se estabilizaron, incentivándose la migración de carácter permanente, modificándose la composición interna de los flujos, dando lugar a la emergencia de nuevas categorías de inmigrantes<sup>45</sup> y al incremento de los flujos irregulares<sup>46</sup>.

A lo largo de los siglos XVIII y XIX, la circulación de las personas estaba presidida por criterios muy diferentes a los actualmente vigentes: se obstaculizaba e incluso prohibía la salida de los nacionales de sus respectivos países de origen<sup>47</sup>, al tiempo que se toleraba la penetración de personas extranjeras. En la etapa inicial del Estado Constitucional, era mucho más fácil para una persona extranjera entrar y permanecer en un tercer país, que salir de su propio Estado.

Esta situación fue cambiando progresivamente a lo largo del siglo XIX, en la medida en que muchos países impulsaron la emigración de sus propios nacionales hacia terceros Estados -especialmente en territorios colonizados o recientemente conquistados- a fin de dar salida al crecimiento poblacional y la escasez laboral y económica, resolviendo con ello el “excedente de poblaciones hambrientas o indeseables”<sup>48</sup>. El asentamiento en Australia, Canadá o Estados Unidos, así como en países por entonces constitutivos del Imperio colonial, da buena cuenta de ello. Tras la segunda guerra mundial, el surgimiento de un nuevo orden internacional, el alto número de personas desplazadas por el conflicto y la nueva delimitación fronteriza, generalizaron la migración laboral<sup>49</sup>, si bien concebida por muchos países de forma temporal.

Con todo, las limitaciones a las salidas de los propios nacionales persistían en múltiples países, lo que explica que la DUDH consagrara en su artículo 13 el derecho a la libertad circulatoria, incluyendo expresamente la facultad de todo nacional a salir de cualquier país “incluso del propio”. Sin embargo, no fue reconocido un derecho correlativo que obligase a los Estados Nacionales a permitir la entrada en su territorio de personas extranjeras -cuestión que quedó sometida a la soberanía nacional de cada Estado-. Esta misma tónica, si bien con mayor rigor y claridad, es continuada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 12, que ya ha sido analizado en el anterior epígrafe.

La crisis del petróleo de mediados de los setenta, supuso el cierre generalizado de las fronteras y la introducción de restricciones a todas las tipologías mencionadas, incluyendo al asilo y refugio. Lejos

43 “La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos”. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, N<sup>o</sup> 18, párr. 160.

44 Vid. C. WIHTOL DE WENDEN, C., *¿Hay que abrir las fronteras?*, op. cit., p. 66. Por su parte, Düvel, referido al ámbito Europeo, considera que la inmigración clandestina no era apenas conocida hasta finalizar la segunda guerra mundial, DÜVELL, F (ed.). *Illegal Immigration in Europe: Beyond Control?*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2006, p. 21.

45 G. AVCI, “*Immigrant Categories: The Many Sides of One Coin?*”, op. cit., p. 201.

46 Entre las nuevas formas de migración se destacan, junto al incremento de las migraciones familiares, el aumento de las migraciones cualificadas, la feminización de los flujos, así como un fuerte incremento de las migraciones clandestinas, de las peticiones de asilo y de la demanda migratoria. S. NÄIR, *Y vendrán...* Las migraciones en tiempos hostiles, Planeta, Barcelona, 2006, pp. 43-48.

47 Vid. C. WIHTOL DE WENDEN, *¿Hay que abrir las fronteras?*, op. cit., p. 25.

48 Ibid, p. 26.

49 Ibidem, p. 28.

de las previsiones gubernamentales, la continuación de las causas que provocaban los desplazamientos internacionales, en un contexto favorecido por la facilidad de los transportes y por el intercambio informativo, determinó que el cierre fronterizo no provocara los efectos previstos. Como ya señalamos, el incremento en los controles migratorios propulsó el crecimiento de la inmigración de asentamiento (entre ellas, destacadamente, la migración familiar) y el fortalecimiento de vínculos entre la población extranjera asentada en los países de acogida sus respectivas comunidades de origen, dando lugar a la creación y consolidación de las denominadas redes y cadenas migratorias.

Las redes y cadenas migratorias constituyen vínculos de ayuda y solidaridad mutua que favorecen la penetración de personas, tanto cumpliendo como incumpliendo las normativas migratorias internas. Por todo ello, y desde inicios de la década de los ochenta<sup>50</sup>, los flujos migratorios comienzan a regularse de forma más sistemática, dando origen a una nueva rama del derecho público que, aunque suele conocerse simplícidamente con el nombre de derecho migratorio, de forma más rigurosa debería denominarse derecho de extranjería, asilo y refugio: su característica definitoria es la regulación de la entrada, asentamiento y salida de personas extranjeras en el territorio del país receptor, y no todas ellas encajan técnicamente en la categoría de migrantes.

Simultáneamente, desde finales de los setenta y principios de los ochenta, el DIDH penetró en esta materia, especialmente en dos categorías que están fuertemente impregnadas por consideraciones humanitarias: la inmigración de carácter familiar, de un lado, y el asilo y el refugio, por otro.

A partir de la década de los noventa del siglo XX, la inmigración pasó a constituir uno de los temas de mayor controversia política y social, situándose en el centro del debate y del escenario políticos<sup>51</sup>. En esta misma época, comienzan a generalizarse políticas de extranjería con tintes de fuerte fortificación<sup>52</sup>, orientadas a la restricción y contención migratoria, dominantes en la actualidad. En este contexto, la inmigración irregular o clandestina -concepto prácticamente inexistente con anterioridad a la segunda guerra mundial<sup>53</sup>, pero que había comenzado a proliferar desde los años 70, a raíz del cierre de fronteras- se expandirá, llegando a constituir una característica de tipo estructural en los flujos migratorios contemporáneos.

México se inserta en esta tendencia: los flujos migratorios irregulares presentan una dinámica creciente<sup>54</sup>. A continuación, se adjunta una tabla con datos relativos a las personas migrantes en situación migratoria irregular en México, desde el año 2013 -fecha en que los flujos comenzaron a experimentar crecimientos muy abruptos- hasta la actualidad.

136

50 Vid. S. CASTLES y M. J. MILLER, *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, México, Porrúa, 2004, p. 25.

51 S. CASTLES, y M.J MILLER, *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, Instituto Nacional de Migración, México, Porrúa, 2004, p. 24.

52 S. CASTLES, y M.J MILLER J. J. *La era de la migración...*, op. cit., p. 121. Baldwin Edwards ha señalado que un canal que termina engrosando el número de extranjeros irregulares se vincula a las peticiones de asilo, estimando que más del 75% de los solicitantes de asilo cuyas peticiones han sido denegadas permanecen en Estados Europeos de forma irregular. BALDWIN-EDWARDS; M. SCHAIN, M. A. "The Politics of Immigration. Introduction"; en BALDWIN-EDWARDS & SCHAIN (eds.). "The Politics of Immigration in Western Europe" (Special Issue); en *West European Politics* N°. 17, vol. 2, 1994.

53 F. DÜVELL, (ed.). *Illegal Immigration in Europe: Beyond Control?*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2006, p. 21.

54 En el año 2017, y según datos del Instituto Nacional de Migración de México, se calcula que 296.829 personas transitaban irregularmente por territorio mexicano; en el año 2019, la cifra subió a 362.000 -un incremento del 232% respecto al año anterior-, con todo las cifras apuntadas tan sólo registran un porcentaje de la inmigración clandestina dentro de territorio Mexicano. Cálculos más realistas, sugieren que en torno a medio millón de personas extranjeras penetraban anualmente por la Frontera Sur de México, pero en el año 2019 las cifras se duplicaron. De otro lado, la práctica totalidad de los flujos irregulares que penetran por la Frontera Sur son de carácter irregular, procedentes, en su mayoría del Triángulo Norte de Centroamérica (Honduras, Salvador y Guatemala), Haití, en segundo lugar, y Venezuela para el caso de solicitantes de la condición de refugiados, con un número creciente de personas procedentes de esta último país.

AÑO	PRESENTADOS (Detención Migratoria)	DEVUELTOS POR DEPORTACIÓN	DEVUELTOS POR RETORNO ASISTIDO	MENORES DE 18 AÑOS DEVUELTOS POR RETORNO ASISTIDO
2013	86,298	2,534	69,791	8,577
2014	127,149	1,889	87,756	18,169
2015	198,141	3,548	140,694	36,921
2016	186,216	3,525	117,792	38,555
2017	93,846	3,977	61,167	17,093
2018	131,445	2,972	85,525	27,189
2019	182,940	2,854	100,181	46,777
2020	82,379	2,816	48,789	8,710
2021	117,052	1,076	49,530	3,625

Pese a los datos expuestos, conviene no olvidar que una de las características comunes a la inmigración irregular, es la dificultad para su cálculo. Las cifras que dan cuenta de los flujos irregulares son siempre elusivas, basadas en cálculos hipotéticos y aproximativos, puesto que las fuentes administrativas tienen en cuenta fundamentalmente a las personas extranjeras que cumplen con la legislación de extranjería<sup>55</sup> y, adicionalmente, tan sólo aquellas que, incumpliendo con la normativa interna, son interceptadas por los sistemas migratorios -por ejemplo, en México, aquellos que son “presentados” ante el Instituto Nacional de Migración, órgano competente en este ámbito-. Pero las personas interceptadas constituyen un porcentaje -indeterminado- del número total de personas en situación irregular y los migrantes irregulares tienden a no hacerse notar, a fin de evitar las medidas de salida obligatoria del país.

Parafraseando a Stephen Castles y Mark Miller, podríamos puntualizar que no solamente estamos viviendo en la “era de las migraciones”, sino, mucho más allá, en la era de las migraciones irregulares e, incluso, de las migraciones forzadas, a juzgar por la preponderancia de factores externos que merman la libertad de decisión de las personas migrantes, cuestión que, por razones de espacio, no podemos abordar.

137

#### IV. LA POLÍTICA MIGRATORIA EN MATERIA DE CONTROL DE FLUJOS IRREGULARES: SU INADECUACIÓN AL MARCO CONSTITUCIONAL MEXICANO.

Los artículos 1 y 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -en adelante, CPEUM- constituyen el punto de partida para abordar el estudio del derecho de extranjería. El artículo 1 establece las bases dogmáticas del sistema mexicano de derechos fundamentales, fruto de una trascendental reforma constitucional, aprobada en junio de 2011. Por su parte, el artículo 11, consagra conjuntamente la libertad de tránsito y el derecho al asilo y al refugio.

El artículo primero<sup>56</sup> suministra el marco general para la comprensión de la titularidad activa de los derechos de las personas extranjeras en México. Si se interpreta sistemáticamente, en conjunción con el artículo 33<sup>57</sup>, se deduce una amplia proclamación de la titularidad activa de todos los derechos contemplados

55 <https://migrationdataportal.org/es/themes/migration-irreguliere>

56 El primer párrafo del artículo 1º CPEUM, señala textualmente que: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

57 El artículo 33 CPEUM establece: “Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución. El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará

en la Constitución mexicana -y, más allá, en los Tratados internacionales de derechos humanos suscritos por México<sup>58</sup>-, a favor de todas las personas. En su virtud, en el ordenamiento constitucional mexicano, hay que partir del principio general de equiparación entre personas nacionales y extranjeras<sup>59</sup>, dentro del territorio nacional, en el goce de los derechos consagrados a lo largo de todo el texto constitucional, incluyendo, además, aquellos consagrados en los Tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano.

En el artículo primero se incluye además una amplia cláusula antidiscriminatoria que, además, constituye una norma de *ius cogens* en el Sistema Interamericano<sup>60</sup>: estamos ante una disposición imperativa del DIDH, que introduce una prohibición de carácter absoluto e inderogable -no susceptible de suspensiones, ni siquiera en presencia de estados de excepción o de emergencia constitucional.

Sin embargo, la equiparación entre nacionales y extranjeros dista de ser absoluta. Se mantienen ámbitos de exclusión de derechos para las personas extranjeras, fundamentalmente respecto a los derechos de carácter político, como en el derecho de sufragio activo y pasivo, el derercho de petición (art. 8 CPEUM), así como con respecto al derecho de reunión y asociación, cuya titularidad se predica a favor de todas las personas, pero excluyendo a las personas extranjeras cuando los mismos tengan fines políticos (art. 9.1 CPEUM). En mi opinión, esta última restricción plantea serias objeciones por resultar incompatible con la formulación amplia que estos derechos encuentran tanto en el sistema interamericano (art. 16. 1 Convención Americana de derechos humanos), como en el art. 22 del PIDCP (sistema universal de derechos humanos). También queda reservado a los ciudadanos mexicanos el derecho de iniciativa legislativa (art. 36 CPEUM), existiendo asimismo un principio de exclusión y preferencia de los nacionales para acceder a cargos, concesiones y funciones públicas (art. 32), señalando taxativamente la Constitución que los extranjeros “no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país” (art. 34), pudiendo ser expulsados por tal motivo.

Por contraste a lo dispuesto en materia de derechos políticos, el ordenamiento mexicano contempla los derechos económicos, sociales y culturales a disposición de toda persona, tanto nacional como extranjera. Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>61</sup> sentenció que las personas migrantes deben ser atendidas dentro del Sistema Nacional de Salud, sin que requieran presentar ningún documento de identidad expedido en México.

Hasta el año 2011, la regulación de las cuestiones relativas a la entrada, permanencia y salida de personas extranjeras dentro del territorio mexicano quedaba establecida en la Ley General de Población. En el año 2011 se aprobó la primera ley específica en la materia -la actualmente vigente Ley de Migración-, cuyo desarrollo reglamentario vería la luz el año siguiente. Asimismo, el asilo y el refugio penetraron tardíamente en la Constitución, en el año 2011 -pese a la fuerte tradición histórica existente en este ámbito-, siendo desarrollados mediante la Ley sobre refugiados, protección complementaria y asilo político, emitida también en el año 2011. En la legislación secundaria de extranjería, tal y como habilita el artículo 11 CPEUM, cabe imponer condiciones adicionales al ejercicio de los derechos por parte de las personas extranjeras, siempre que las mismas no incurran en discriminación.

Junto al carácter reciente de la legislación específica en esta materia, cabe mencionar que los flujos migratorios que recibe México, experimentaron fuertes crecimientos, especialmente a partir del año 2012.

---

el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país”.

58 Al respecto, el segundo párrafo del artículo 1º CPEUM, afirma que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. En esta disposición, se consagra un principio de apertura de la Constitución mexicana al DIDH -al menos, al derecho convencional ratificado por México en materia de derechos humanos-, así como un principio interpretativo que obliga a otorgar a los derechos fundamentales la protección más amplia posible (denominado principio de interpretación favorable, del efecto útil o principio *pro homine*).

59 Vid. L. ORTIZ AHLE, “La libertad de circular libremente y elegir residencia en relación con los migrantes”, VVAA, *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, UNAM, México, 2013, p. 1239.

60 Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, OC-18/03, 17 Septiembre 2003.

61 Vid. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Amparo en Revisión 81/2021.



Adicionalmente, por su estratégica ubicación geográfica, México posea una intensa y creciente complejidad migratoria: reúne las cuatro dinámicas migratorias -que suelen darse por separado en la mayor parte de los Estados, bien sea en el tiempo o en el espacio-, constituyendo simultáneamente un país histórico de emigración y de tránsito, pero también un país de retorno y, recientemente, ha terminado convirtiéndose también en un país receptor y de destino de flujos migratorios internacionales.

México constituye la “antesala obligada de flujos migratorios mixtos”<sup>62</sup>, en tanto que puerta de entrada terrestre desde Centroamérica y Sudamérica hacia Estados Unidos. Esta situación sitúa a México en una posición geo-política similar a la que España ocupa dentro de la Unión Europea, en tanto que frontera exterior de la Unión y puerta de entrada desde África al espacio comunitario. Ambos países, suponen pues “la última frontera terrestre sur-norte para acceder a regiones que se consideran con mayor desarrollo y bienestar”<sup>63</sup>.

La República Mexicana colinda con los Estados Unidos de América, Guatemala y Belice, a lo largo de un total de 4.301 kilómetros. Con los Estados Unidos de América, la frontera norte de México se extiende a lo largo de una línea de 3,152 km<sup>64</sup>, constituyendo el corredor migratorio más importante a nivel mundial y, también, el más estudiado por académicos y especialistas en esta materia. Por su parte, la frontera sur de México colinda con Guatemala, ocupando una extensión de 956 km, y también linda con Belice, en una línea fronteriza de 193 km. Los estados fronterizos del sur y sureste del país son Chiapas -desde donde se escriben estas líneas-, Tabasco, Campeche y Quintana Roo. Ello hace que la Frontera Sur de México -una de las más importantes de América Latina-, se extienda a lo largo de 1149 kilómetros de longitud<sup>65</sup>, estimándose que aproximadamente cada dos kilómetros, existen puntos clandestinos de fácil entrada, lo que ilustra claramente la permeabilidad de las fronteras, desvelando la realidad de un tópico bien extendido en este ámbito, que afirma que resulta “imposible poner puertas al campo”. Además, la frontera sur constituye un área de extraordinario dinamismo comercial y cultural pero, simultáneamente, se erige como el punto fronterizo más violento de las Américas. En un contexto donde los países del denominado Triángulo Norte de América Latina (Guatemala, Honduras y el Salvador) se encuentran próximos a constituirse en Estados fallidos, con cifras de pobreza y violencia interna sin parangón, las entradas irregulares por la frontera sur han experimentado incrementos exponenciales, incluyendo, desde el año 2018, la llegada de flujos migratorios masivos en las denominadas caravanas migrantes<sup>66</sup>.

La libertad de tránsito está reconocida en el artículo 11 de la CPEUM, con la siguiente formulación:

Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros

62 Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, 2013, p. 2. La Comisión ha definido los flujos migratorios mixtos, como aquellos que “comprenden miles de migrantes, tanto en situación regular como irregular, solicitantes de asilo, refugiados y víctimas de trata de personas que tienen por destino principal los Estados Unidos de América y en menor medida Canadá”. Idem.

63 Cfr. K.A. CASTILLA JUÁREZ, *Información para la Observación General sobre el “Derecho a la Libertad Personal de las personas Migrantes”*, 12 de octubre 2020, p. 2, Consulta 4 mayo 2021, disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CMW/CFI-GC5-2020/NGOs/gc5-karlos-a-castilla-juarez-sp.docx>.

64 Baja California, Sonora, Chihuahua, Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas, constituyen las entidades federativas mexicanas que, al norte, se erigen en estados limítrofes con EEUU.

65 Datos extraídos del Portal de la Secretaría de Relaciones Exteriores, Embajada de México en Cuba, <https://embamex.sre.gob.mx/cuba/index.php/turista-mexicano/88-info-mexico>.

66 Como datos adicionales, cabe señalar que México cuenta con una población de 127 millones de personas, de los cuales el porcentaje de extranjeros residentes en México supone una tasa aún muy baja, de apenas el 0.85%, lo que significa que México posee una notable capacidad de acogida. Se estima que viven 1.060.707 de inmigrantes regulares, de los cuales la inmigración masculina está constituida por 531.912 hombres (50.14% del total) y las mujeres inmigrantes suponen 528.795 (49.85%). Estados Unidos, Guatemala y España son los principales países de origen de los flujos regulares que recibe México. Los flujos en situación irregular proceden fundamentalmente del Triángulo Norte de Centroamérica, Haití, Venezuela y Cuba -si bien la inmigración haitiana, cuya faceta más vulnerable se vio en los medios de comunicación de todo el mundo en septiembre del año en curso, procede fundamentalmente de Brasil y Chile.

requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo. El reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político, se realizarán de conformidad con los tratados internacionales. La ley regulará sus procedencias y excepciones.”.

Se trata de una norma dotada de una formulación muy amplia, bastante excepcional en el ámbito del derecho comparado. Su generoso tenor se explica por el contexto histórico en que fue aprobada, con un país en construcción, proclive a dar entrada a flujos de personas extranjeras, particularmente a Españoles nacidos en la Península o en otro territorio perteneciente a la América Española, al Sur de la Nueva España.

Si bien el art. 11 CPEUM no consagra expresamente el derecho a migrar, en mi opinión, puede ser deducido implícitamente de su generosa formulación, al reconocerse tanto el derecho de entrada como el de transitar por el territorio nacional y salir del mismo, a favor de todas las personas -nacionales y extranjeras-, con independencia de su estatus migratorio y sin condicionamiento documental alguno.

La norma emplea una terminología bastante obsoleta, especialmente al excluir requisitos documentales que puedan restringir u obstaculizar el libre tránsito. De forma más matizada, la doctrina que se ha ocupado de su interpretación, ha señalado la necesidad de distinguir entre la libertad de tránsito externa -sobre la cual sería legítimo el establecimiento de controles documentales-, mientras que la faceta interna de la libertad de tránsito, sería de carácter incondicionada<sup>67</sup>, impidiéndose sobre ésta última la imposición de controles documentales. Con todo, la disposición analizada establece la posibilidad de imponer restricciones que deben ser de carácter legal y a cargo de la autoridad administrativa, respecto a su ejecución material.

El desarrollo legislativo de la libertad de tránsito, en su aplicación específica a las personas extranjeras, ha corrido a cargo de la Ley de Migración, la cual, con la habitual jerga humanista, parte de la proclamación del “respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, (..), sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria, con especial atención a grupos vulnerables como menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera edad, así como a víctimas del delito” (art. 2.1 LM). Asimismo, la ley de migración, en su artículo segundo, despenaliza el ingreso irregular en el territorio mexicano, exigiendo “congruencia” entre los derechos que reclama para sus connacionales en el exterior -léase para los 12 millones de mexicanos que se calcula residen irregularmente dentro del territorio de los Estados Unidos- y los de las personas migrantes que ingresan en la República Mexicana.

Sobre la base de los anteriores principios, que sustentan la política migratoria mexicana, el artículo 7 de la LM consagra la libertad de tránsito, prácticamente repitiendo la formulación amplia contenida en el art. 11 CPEUM<sup>68</sup> y habilitando con carácter exclusivo a la autoridad competente -en los casos y formas legalmente establecidos en ella-, para requerir la comprobación documental de la nacionalidad y estatus migratorio, contemplada como una posibilidad de carácter muy excepcional. Dado que su ámbito de actuación se restringe al territorio nacional, en esta disposición se inserta un fuerte condicionamiento a la libertad de tránsito interna, en contradicción con lo estipulado en el artículo 11 de la CPEUM.

En síntesis, la Ley de Migración, tras proclamar generosamente la libertad circulatoria, a renglón

67 J. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Comentarios al artículo 11. VVAA. Constitución Mexicana comentada, México, IJ-UNAM, 6o edición, 1992, p. 54.

68 El artículo 7 de la LM proclama “la libertad de toda persona para ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional tendrá las limitaciones establecidas en la Constitución, los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables. El libre tránsito es un derecho de toda persona y es deber de cualquier autoridad promoverlo y respetarlo. Ninguna persona será requerida de comprobar su nacionalidad y situación migratoria en el territorio nacional, más que por la autoridad competente en los casos y bajo las circunstancias establecidos en la presente Ley”.

seguido comienza a introducir restricciones de difícil encaje constitucional. Esta tónica constituye una constante a lo largo del articulado de la ley, estableciendo limitaciones crecientes sobre la libertad circulatoria, hasta llegar, en mi opinión, a cercenar su contenido esencial. Para ello, establece, fundamentalmente, dos tipos de restricciones: a) las denominadas acciones de control migratorio<sup>69</sup>, que tienen lugar, fundamentalmente, a la entrada y salida del país y, por lo tanto, en las fronteras internacionales, afectando a la vertiente externa de la libertad de tránsito; y b) las acciones y visitas de verificación migratoria<sup>70</sup>, destinadas a “comprobar que los extranjeros que se encuentren en territorio nacional cumplan con las obligaciones previstas en esta Ley y su Reglamento”<sup>71</sup>. Las acciones de verificación se han ido implementando de forma cada vez más exhaustiva a lo largo del territorio nacional, afectando a la faceta interna de la libertad de tránsito, la misma que la Constitución y la doctrina entienden con carácter incondicionado.

La autoridad competente en esta materia es el Instituto Nacional de Migración, que depende de la Secretaría de Gobernación -el equivalente funcional a un Ministerio de Interior-. Sin embargo, en el año 2019 fue creada la Guardia Nacional<sup>72</sup> -institución de origen, composición y formación militar, que sustituyó a la policía federal-, que ha venido a auxiliar al Instituto Nacional de Migración, fundamentalmente en la ejecución de las acciones de verificación migratoria, así como en la subsiguiente detención de las personas migrantes dentro de las estaciones migratorias.

El resultado ha sido una fuerte militarización de las fronteras internacionales de México, especialmente en la frontera sur, donde se han llegado a desplegar más de doce mil elementos de la Guardia Nacional. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>73</sup> ha advertido reiteradamente sobre la necesidad de no militarizar la política migratoria, incluyendo el control fronterizo, por su incompatibilidad con el enfoque de derechos humanos con que ha de tratarse esta materia -que exige ser administrado por personal de carácter civil-.

En una caricatura cruel, la política migratoria mexicana de control de los flujos migratorios irregulares -en su mayoría, penetrando por la frontera sur del país- se puede simplificar en la denominada política de las tres “D” -detección, detención y devolución generalizadas de personas migrantes irregulares-: las acciones de verificación migratoria, desplegadas por todo el territorio nacional, permiten detectar a las personas en situación de irregularidad administrativa, tras lo cual, pasan a ser conducidas a las estaciones migratorias, donde permanecen detenidas hasta la resolución de su procedimiento migratorio. El proceso termina, de forma generalizada, con la devolución de las personas detenidas a sus países de origen o a un tercer país, con tasas de devolución que se sitúan muy por encima del 80% para las personas adultas

69 Las acciones de control migratorio están previstas a partir del artículo 81 de la LM. Permiten “la revisión de la documentación de las personas que pretenden internarse o salir del país, así como la inspección de los medios de transporte utilizados para tales fines”. Tal y como establece la ley, “habitualmente se llevarán a cabo en los lugares destinados al tránsito internacional de personas por mar y aire, con la posibilidad de realizarse en lugares distintos, en cuyo caso se exige que se realice “a solicitud expresa debidamente fundada y motivada de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes”.

70 El artículo 92 LM especifica cuáles son los supuestos en base a los que el Instituto Nacional de Migración puede llevar a cabo una visita de verificación.

71 Ibid.

72 La Guardia Nacional cuenta entre sus atribuciones y obligaciones expresas, “realizar, en coordinación con el Instituto Nacional de Migración, la inspección de los documentos migratorios de personas extranjeras, a fin de verificar su estancia regular, con excepción de las instalaciones destinadas al tránsito internacional de personas y, en su caso, proceder a presentar a quienes se encuentren en situación irregular para los efectos previstos en la ley de la materia”; así como “apoyar el aseguramiento que realice el Instituto Nacional de Migración y a petición del mismo, resguardar las estaciones migratorias y a los extranjeros que en ellas se encuentren”. Artículo 9, II, apartados 35 y 36 de la Ley de la Guardia Nacional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2019.

73 La Comisión Interamericana ha llamado a los Estados de la región a adoptar políticas migratorias y de gestión de fronteras que incorporen un enfoque de derechos humanos, 1 de abril de 2021. Vid. <http://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/082.asp> En las Observaciones Preliminares a su visita virtual a México, la Comisión recomendó al Estado mexicano asegurar que las funciones relacionadas con el control migratorio, asistencia y atención directa a dicha población, sean únicamente realizadas por fuerzas y cuerpos de seguridad civiles. Observaciones Preliminares, Visita de trabajo virtual a México sobre Personas en situación de Movilidad Humana, diciembre 2020 y enero 2021, disponible en <https://www.refworld.org.es/docid/6031277b4.html>

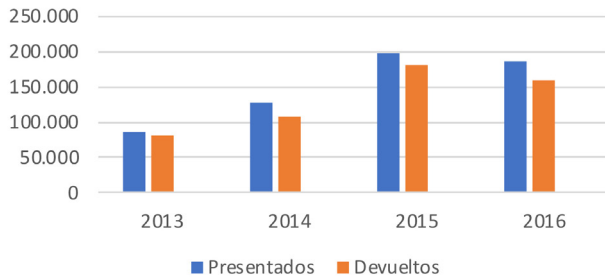
migrantes detenidas. Ni siquiera los niños, niñas y adolescentes migrantes escapaban a este destino, hasta la reforma de la ley de migración del año 2020, que prohibió la detención de la infancia migrante en estaciones migratorias, en coherencia con las exigencias derivadas del DIDH.

Dado que no existe ningún ilícito penal que la sustente, la detención migratoria debe ser una medida de última ratio, absolutamente excepcional, con plazos temporales limitados y legalmente establecidos<sup>74</sup>, y en cuya ejecución deben garantizarse estrictamente los derechos al debido proceso y el examen individualizado de cada caso. Con independencia de la terminología eufemística con que la ley se refiere a esta medida -aseguramiento, personamiento, alojamiento etc.-, “desde el punto de vista del Derecho Internacional, no obstante, en la medida que una persona migrante se halla privada de libertad por razones migratorias corresponde calificarla como detención migratoria”<sup>75</sup>. Se trata de una detención de carácter administrativo, usada generalmente como medida cautelar para garantizar el cumplimiento del procedimiento migratorio. Entre los múltiples derechos humanos afectados, el derecho a la libertad personal y a la seguridad, se encuentran en su núcleo medular. Tal y como se están ejecutando las deportaciones de personas migrantes irregulares en México, de forma sistemática y generalizada, se están contraviniendo los estándares derivados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>76</sup>, y ello sin mencionar las condiciones de hacinamiento en que se encuentran las personas migrantes dentro de las estaciones migratorias y otras estancias habilitadas provisionalmente. Dado que los pilares de la política migratoria de contención de flujos irregulares se basan en la detección, la detención y la posterior devolución o deportación, propicia una conexión con la criminalización de la inmigración irregular, extremadamente peligrosa para el imaginario colectivo de la sociedad de acogida.

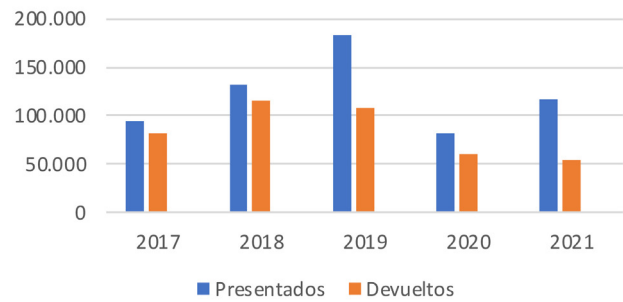
A continuación, se adjuntan dos gráficas<sup>77</sup> que permiten contrastar el número de personas migrantes en situación irregular que han sido detectadas por el Instituto Nacional de Migración y la Guardia Nacional y posteriormente deportadas a sus respectivos países de origen, o a un tercer país, desde el año 2013 al 2021.

- 142
- 74 En torno al tiempo legalmente establecido para la detención migratoria, el art. 111 LM establece un plazo general de 15 días hábiles, pudiendo llegar a los 60 días hábiles, de forma excepcional. Si cotejamos estos plazos legales, con los establecidos en la Constitución Mexicana para el arresto por autoridad administrativa (máximo de 36 horas, conforme establece el art. 21.4 CPEUM) o para la retención de “indiciados” por parte del Ministerio Público (el art. 16.10 CPEUM fija al respecto un máximo de 48 horas) o para la detención ante la autoridad judicial (que no sobrepasará las 72 horas, tal y como establece el art. 19 CPEUM), llegamos a la conclusión de que la Ley de Migración fija unos plazos exorbitantes y desproporcionados para la detención migratoria, en ausencia de un ilícito penal que lo fundamente.
- 75 AAVV, *Guía de Monitoreo de Detención Migratoria*, Grupo impulsor contra la detención migratoria y la tortura, México, p. 11, consultado el 1 de mayo de 2021, disponible en <https://cdhfraymatias.org/wp-content/uploads/2020/06/GUÍA-MONITOREO-DETENCIÓN-MIGRATORIA-WEB.pdf>.
- 76 Al respecto, la Comisión Interamericana ha señalado sintéticamente los requisitos que debe de cumplir toda detención migratoria, estableciendo que, “de conformidad con la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano sobre el derecho a la libertad personal, los siguientes estándares aplican en materia de detención migratoria: i) la detención migratoria debe ser la excepción y no la regla; ii) consecuentemente, el hecho de que un migrante se encuentre en situación irregular no constituye per se razón suficiente para decretar la detención migratoria de una persona, bajo la presunción de que esta no cumplirá con los fines legítimos del proceso; iii) los fines legítimos y permisibles de la detención migratoria deben tener carácter procesal, tales como asegurar la comparecencia del migrante al procedimiento de determinación de su situación migratoria o para garantizar la aplicación de una orden de deportación; iv) aun existiendo fines procesales, se requiere que la detención migratoria sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal; v) todos los aspectos anteriores requieren una motivación individualizada que no puede tener como sustento presunciones; vi) la detención migratoria debe decretarse por el menor tiempo que proceda para cumplir el fin procesal, lo que a su vez implica una revisión periódica de los elementos que dieron lugar a la detención; y vii) el mantenimiento de la detención migratoria por un plazo irrazonable hace que la detención devenga en arbitraria”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, Doc. 48/13, 30 de diciembre 2013, p. 458.
- 77 Fuente: Elaboración propia, en base a datos extraídos de la Unidad de Política Migratoria, del Instituto Nacional de Migración (México).

EXTRANJEROS EN SITUACIÓN  
MIGRATORIA IRREGULAR PRESENTADOS  
ANTE LA AUTORIDAD MIGRATORIA Y  
DEVUELTOS



EXTRANJEROS EN SITUACIÓN MIGRATORIA  
IRREGULAR PRESENTADOS ANTE LA  
AUTORIDAD MIGRATORIA Y DEVUELTOS



México figura en el segundo lugar<sup>78</sup> a nivel mundial, entre los países donde la detención migratoria ha experimentado mayores incrementos, tan sólo superado por Estados Unidos. Si recordamos el marco constitucional de la libertad de tránsito consagrada en el art. 11, el desenlace resulta cruelmente paradójico e inconstitucional: Del inicial “bienvenidos, hermanos” con que fueron recibidos los migrantes que integraban la primera caravana migratoria, en octubre de 2018, hemos pasado abruptamente -y sin recambio alguno al frente del poder ejecutivo-, a una política generalizada de contención migratoria, altamente militarizada y externalizada, con constantes restricciones a la libertad circulatoria interna a lo largo de todo el territorio nacional, mediante inspecciones y verificaciones migratorias. Esta situación ha terminado convirtiendo a todo México en una auténtica “frontera vertical”, como ha sido acertadamente catalogado por las propias personas migrantes.

En este contexto, conviene retomar los comentarios emitidos por el Comité de Derechos Humanos -órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, al interpretar la libertad circulatoria del artículo 12 de dicho Tratado Internacional, el cual señaló, de forma casi profética, lo que acabaría ocurriendo en México:

“Las limitaciones permisibles que pueden imponerse a los derechos protegidos en virtud del artículo 12 no deben anular el principio de la libertad de circulación, y se rigen por las exigencias establecidas en el artículo 12, párrafo 3, de que sean necesarias y además compatibles con los otros derechos reconocidos en el Pacto”<sup>79</sup>.

143

La libertad de tránsito ampliamente reconocida en el art. 11 CPEUM a favor de toda persona, sin posibilidad de obstaculizaciones internas, está siendo sistemáticamente violada en la práctica administrativa cotidiana, con la complicidad de una legislación de desarrollo, abiertamente inconstitucional, que cercena el derecho, a base de exacerbar sus restricciones, llegando a anular su contenido esencial. Esta situación exigiría una revisión legislativa, a fin de eliminar las contradicciones con el artículo 11 constitucional o, en su defecto, una reforma constitucional -opción ésta última, no deseable, a juzgar tanto por el elevado reformismo constitucional existente como, más allá, las posibilidades restrictivas que se podrían abrir, dado el tenor actual, abiertamente generoso, de la libertad de tránsito constitucional.

78 GLOBAL DETENTION PROJECT, *Annual Report 2016*, Switzerland, 2017, p. 6. Conforme a datos extraídos de dicho informe, de 2010 a 2016, México casi ha triplicado las detenciones migratorias pasando de 70,102 detenciones a 190,000.

79 Comité de Derechos Humanos, Observación General 27 PIDCP, Art. 12 Libertad de circulación, 67 período de sesiones, U.N. DOC. HRI/GEN/1/ REV. 7 AT 202 (1999).