

CAPÍTULO SEGUNDO

MÉXICO, SU LEY Y LA CONVENCION

I. ANTES Y DESPUÉS DE LA CIPDTM

Es momento propicio para comenzar el análisis de la Convención con base en el cual se sustentará aquel que vendrá con posterioridad sobre la parte atinente del marco jurídico mexicano relacionado al tema migratorio. Este apartado tiene una intención de remembranza enunciativa intentando a través de una descripción cronológica situar a la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (CIPDTM), como el instrumento jurídico básico —más relevante actualmente— para la protección de los derechos humanos de este grupo vulnerable,¹⁵² en el mundo.

Así pues, para dar inicio a la construcción de este apartado conviene tener en mente lo siguiente: en primer lugar el hecho de su origen, de indiscutible relevancia al analizarle como parte de una esfera normativa internacional ligada así a un criterio jerárquico de fuentes de derecho formal (como en otros apartados se verá). Y en segundo lugar el hecho de su paulatino desarrollo en el ámbito universal. Respecto a su origen en razón de que surge a partir de un instrumento consensado entre la Organización de las Naciones

¹⁵² En la presente investigación se entenderá por grupo vulnerable aquel cuyos integrantes, en virtud de su género, nacionalidad, raza, condición económica, social, laboral, cultural, étnica, lingüística, cronológica y funcional, ven limitado su acceso a las oportunidades de desarrollo que una sociedad ofrece. Esta omisión o precariedad incide en el aumento o disminución de la capacidad que estas personas gozan para manejar, resistir y recuperarse a los impactos del daño en su entorno, ello redundando indefectiblemente en el ejercicio de sus derechos humanos. Para ofrecer este concepto se abrevó de González Galván, Jorge Alberto *et al.*, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en Valadés, Diego *et al.*, *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. III, *Derechos humanos*, México, UNAM, 2001, p. 227; Giddens, Anthony, “Sociedad de riesgo, el contexto de la política británica”, *Estudios Demográficos y Urbanos*, Colegio de México, 1998, pp. 521-523; Pardo, Marcia, *Reseña de programas sociales para la superación de la pobreza en América Latina*, Chile, CEPAL, 2003, pp. 11 y 12.

y sus Estados miembros, bajo la forma de Convención y no tan solo de Resolución, lo que reporta obligatoriedad a su contenido, y por cuanto hace a lo segundo, ligado a lo recién vertido, cabe recordar que la Convención que analizamos nace apenas hace 21 años, por lo que pudiera pensarse que pasaron casi 50 años —si tomamos como parámetro de inicio el año 1945 cuando se forma la Organización en Breton Woods— para que el sistema universal protegiera a través de un instrumento específico y vinculante los derechos humanos de los migrantes. Sin embargo, a lo largo de todo aquel devenir histórico surgen numerosas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que abordan el tema de la migración incidiendo en el desarrollo normativo del tema.

En tal orden de ideas, resulta relevante la opinión que la propia Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas tiene sobre la Convención al decir que ella “es la culminación de muchos años de debates, informes y recomendaciones sobre la cuestión de los derechos humanos de los migrantes”.¹⁵³ En este sentido, es importante no perder de vista que dichas opiniones han provenido de gran parte de las organizaciones insertas dentro del ámbito de Naciones Unidas como por ejemplo el Consejo Económico y Social, parte neurálgica en la promoción de los derechos humanos económicos, sociales y culturales¹⁵⁴ (ECOSOC); así como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Sin embargo, para economizar ideas cuyo desbordamiento puede incluso afectar nuestra comprensión del tema expuesto, únicamente tomaremos en cuenta lo sucedido dentro del seno de la Asamblea General de Naciones Unidas, bajo la forma de convenciones (que de acuerdo a la sintaxis de la Convención de Viena de 1969 son tratados internacionales)¹⁵⁵ y declaraciones (una forma solemne de resolución general sin efectos vinculantes) buscando observar con ello la concreción en el tiempo del instrumento.

Esto último por dos razones: una de fondo y otra atinente a la metodología de esta investigación; la primera porque la Convención nace desde

¹⁵³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, “La Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité, Naciones Unidas, Ginebra Suiza, mayo de 2006, p. 2.

¹⁵⁴ Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, 3a. ed., México, Oxford University Press, 2004, pp. 285-290.

¹⁵⁵ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, artículo 2o., inciso a se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

el seno de la Asamblea General y no hay mejor modo para comprobar su importancia en el sistema universal que otear el devenir de aquella para comprender el desarrollo embrionario del instrumento antes de 1990. En lo relativo a la metodología considero que la sola labor de analizar todas y cada una de las resoluciones, opiniones o convenios del Consejo Económico y Social, de la UNESCO, la Organización Internacional del Trabajo y otros organismos subsidiarios de la ONU que han tratado el tema en múltiples ocasiones merece *per se* un tratamiento aparte por la envergadura que representa llevar a cabo semejante empresa y porque además, para el caso nuestro, su extensión rebasaría por mucho e incluso enturbiaría los objetivos de este trabajo. Por lo anterior tomemos como fecha de inicio de 1948 dentro del seno de la Asamblea General de Naciones Unidas, año a partir del cual podemos observar muestras esporádicas y no muy consumadas respecto al tratamiento del tema de la migración económica irregular.

Así pues, debemos comenzar por la Carta Internacional de los Derechos del Hombre,¹⁵⁶ mejor conocida como Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 13 recoge el derecho humano a migrar, pero desafortunadamente no en un sentido integral que comprenda la totalidad del proceso migratorio (salida, tránsito, ingreso y retorno) sino que tutela exclusivamente la parte relativa a la emigración y al retorno, por lo que tanto el tránsito como la inmigración no gozan del mismo estatus legitimado. En relación con ellos el artículo 29, inciso 2, afirma que:

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley... con el único fin de asegurar el respeto de los derechos de los demás, y de... satisfacer las justas exigencias del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.¹⁵⁷

Con esto se pone de manifiesto que la declaración de París del 48 no protege al hombre que inmigra o migra transitoriamente de forma irregular, dado que con lo anterior se legitima a los Estados para crear e implementar políticas migratorias restrictivas argumentando que éstas son en virtud de la necesidad de mantener el orden público y el bienestar de su población. Como puede verse, este artículo 13 si bien fue un avance importante —aun cuando incipiente— por encontrarse inserto donde se encuentra, no ha representado el avance que internacionalmente representará, más de cuatro

¹⁵⁶ Resolución de la 183a. sesión plenaria de Asamblea General de Naciones Unidas 217 (III) del 10 de diciembre de 1948.

¹⁵⁷ *Idem.*

décadas después, la Convención. No está por demás comentar que —como bien refiere García Ramírez citando a Castañeda de la Rosa— “muchas de sus disposiciones se consideran ahora parte del derecho internacional general, sea como normas consuetudinarias, sea como principios generales del derecho de gentes”,¹⁵⁸ del cual “derivarían sendos tratados en los que se refleja la evolución histórica de los derechos humanos”.¹⁵⁹

El hito histórico y jurídico recién analizado, dio paso al Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena¹⁶⁰ de 1949, ratificado por México el 21 de febrero de 1956;¹⁶¹ en éste se considera “que la trata de personas para fines de prostitución, es incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana”.¹⁶² Si bien esto denota un tratamiento particular a lo que se concibe como una de las consecuencias más nefastas de las dinámicas migratorias irregulares en la actualidad, no debemos perder de vista que en la Convención se tocan de forma subyacente algunos puntos relativos a la migración económica irregular vista como mecanismo pivotal de la trata de personas, sin embargo, no se le analiza de forma profunda. Aún con lo anterior, se menciona la necesidad de protección en igualdad de condiciones para migrantes y ciudadanos,¹⁶³ la obligación del Estado es combatir la prostitución y la trata en relación con la inmigración y a la emigración por causas laborales,¹⁶⁴ así como la vulnerabilidad que sufren los niños y las mujeres migrantes caídos en la trata.¹⁶⁵

Luego en 1950 nace el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados,¹⁶⁶ en el que se solicita el apoyo de los gobiernos del mundo para permitir que la figura del refugiado fuese

¹⁵⁸ García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006, p. 16.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

¹⁶⁰ Resolución de la 243 sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 317 (V) del 17 de noviembre de 1949.

¹⁶¹ El tratado junto con la nómina de Estados partes en él, por fecha de firma y ratificación se encuentra en la página electrónica de la colección de tratados de Naciones Unidas, en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7&lang=en.

¹⁶² *Ibidem*, considerando 1o.

¹⁶³ *Ibidem*, artículo 5o.

¹⁶⁴ *Ibidem*, artículo 17.

¹⁶⁵ *Ibidem*, artículo 20.

¹⁶⁶ Resolución de la 325a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 428 (V) del 14 de diciembre de 1950.

totalmente protegida a través de la búsqueda de la paz y la cooperación internacional.¹⁶⁷ En él se dan los criterios operativos para el alto comisionado, se difunden algunos aspectos elementales sobre la institución del refugio para la comunidad internacional dentro de Naciones Unidas pero, en rasgos generales, se aborda el tema de la migración desde su *vis* política, legiti-mándola por ser efecto de la convulsa situación mundial de aquel entonces donde se fortalecían más los movimientos anticolonialistas en Asia y África y donde miles de personas continuaban saliendo de los países devastados por la Segunda Guerra Mundial.

A continuación llega 1959 con la Declaración de los Derechos del Niño.¹⁶⁸ Con relación al tema migratorio, apenas se menciona en su principio 3o. el derecho del niño a un nombre y nacionalidad, en tanto que dentro del 10 se menciona que el niño “debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole”; entiéndase que ambos se imbrican en lo relativo a que la discriminación tampoco podrá darse por el lugar de origen del infante. Esto efectivamente se relaciona con la migración irregular económica por el problema cada día más agravado de los menores no acompañados que cruzan fronteras para trabajar o seguir a sus padres radicados en el extranjero. Sin embargo, cuando se lee la totalidad de la declaración se observa que se promueve la protección del niño en ámbitos nacionales, dejando un tanto en el limbo a los niños migrantes.

De ahí pasamos a 1963 con la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.¹⁶⁹ En ella primordialmente se da inicio al esbozo del derecho a la autodeterminación de los pueblos. Recordemos que en esa década el colonialismo se batía en retirada y se inició la democratización (supuesta o incluso fingida) en diversos países africanos; así pues esta declaración solemne iniciaba el largo camino a la liberación de pueblos sometidos mediante su posicionamiento en pie de igualdad ante las potencias coloniales, formando dicho balance a través de la protección contra cualquier tipo de discriminación racial vulneradora del elemento humano que les conforma; es decir, se busca la no discriminación entre países partiendo de la no discriminación entre seres humanos.

¹⁶⁷ Considerandos 1, 2 y 4 de la Resolución de la 325a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 428 (V) del 14 de diciembre de 1950.

¹⁶⁸ Resolución de la 841a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959.

¹⁶⁹ Resolución de la 1261a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1904 (XVIII) del 20 de noviembre de 1963.

En lo relativo a la migración puede decirse que enuncia la necesidad de desarrollo y cooperación internacional, así como el estímulo al respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales con el único fin de lograr que todos los seres humanos nazcan y crezcan con iguales derechos y libertades. Esto último se une más al tema migratorio cuando se lee a la luz de los artículos 3o. y 7o. de la declaración, el primero afirma la pertenencia de derechos humanos tales como a la vivienda, la salud, la educación y el trabajo para toda la humanidad, el segundo aborda, en el mismo sentido, el derecho humano al debido proceso y a la protección del Estado. Lo anterior goza de gran relevancia para nuestro estudio porque en tanto se garantizaran los derechos anteriores en el país de origen no habría necesidad de iniciar el periplo para el migrante económico irregular en condiciones de precariedad y peligro. Sin embargo, la declaración no toca de forma explícita tal tema, y esto no es inusual si se toma en cuenta que el móvil de su creación responde al ánimo (anotado antes) de plantear la emancipación de los pueblos desde una plataforma de igualdad jurídica y no a la protección del migrante.

Así, pasaríamos a 1965, con el instrumento convencional que surge a partir de la anterior declaración, denominado Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.¹⁷⁰ En lo sustancial no se separa de lo contenido en su predecesora pues tan solo puntualiza, a través de la redacción, lo ya establecido. Sin embargo, dicho instrumento a diferencia de la declaración sí es vinculante y no sólo interpretativo, de hecho México lo ratifica el 20 de febrero de 1975. Aun con esto, regresamos al mismo punto de partida: el instrumento no aborda el tema de la migración sino el de la autodeterminación, tema que si bien se encuentra relacionado con aquel en lo relativo a que los altos costos sociales provocados por las guerras civiles y la explotación de las potencias coloniales provoca diásporas, pareciera que dicho fenómeno no se evidenciaba como parte de la agenda internacional, o no al menos en la misma magnitud que el primero.

Al año siguiente nacen dos instrumentos internacionales causantes de una transformación importante sobre la concepción y garantía de los derechos humanos en el mundo. Me refiero a los dos Pactos del 66,¹⁷¹ el primero sobre derechos humanos civiles y políticos (PIDCP) y el segundo sobre derechos humanos económicos, sociales y culturales (PIDESC). México ratifica

¹⁷⁰ Resolución de la 1406a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2106 (XX) del 21 de diciembre de 1965.

¹⁷¹ Resolución de la 1496a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

ambos documentos el 23 de marzo de 1981. En lo relativo a la migración internacional el primero afirma que:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio... los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de... origen nacional o social...¹⁷²

Esto podría hacernos pensar que el elemento “frontera” no sería un obstáculo para la protección de derechos humanos, haciendo entonces real la sustancia de la universalidad. Sin embargo, cuando continuamos la lectura del Pacto y nos encontramos con su artículo 12 —donde se extiende lo dicho en el relativo 13o. de la Declaración de 1948— veremos que sólo se garantiza el derecho a migrar cuando el ingreso al Estado es legal o cuando se desee salir de un Estado (aquí sin importar estatus legal). El secreto del truco en lo anterior es la *cuasi* transcripción del mencionado artículo 29.2 de la declaración de 1948 en un inciso del numeral 12 del PIDCP, pues se pone como límite a la migración irregular la ley. Esto resulta grave en la medida en que, para el contexto dentro del cual surge el Pacto, el hecho de ser migrante irregular simbolizaba la pérdida de derechos al ingresar a un Estado.

Ahora bien en lo relativo al PIDESC, sus artículos 2o. y 3o. afirman que la intención del Pacto es lograr a través de la cooperación internacional que se garanticen a la humanidad los derechos económicos, sociales y culturales sin importar raza, religión, origen o cualquier otra condición social. Esto efectivamente se ve relacionado con el paradigma aún reinante que observa en la migración un vehículo para el desarrollo, sin embargo, visto a la luz del artículo 12 del PIDCP podemos observar que esto será en la medida en que el ingreso sea legal y no contravenga lo dicho por el artículo 29.2 de la declaración de 1948, pues de lo contrario la garantía apuntada queda en el espacio sin medios disponibles para convertirse en realidad.

Cabe aportar que en relación al primer Pacto surge un tercer instrumento convencional denominado Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁷³ en él se da vida al Comité de Derechos Humanos, órgano formado por expertos quienes vigilan el cumplimiento del PIDCP. Asimismo tienen atribuciones para recibir denuncias de individuos que, a causa de actos llevados a cabo por Estados parte del protocolo,

¹⁷² Artículo 2o., inciso 1, de la Resolución de la 1496a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

¹⁷³ Resolución de la 1496a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

pueden dolerse ante el Comité de Protección de los Derechos Humanos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares¹⁷⁴ —previo agotamiento de los recursos ordinarios nacionales—¹⁷⁵ por alguna violación a los derechos contenidos en el Pacto. México no ha firmado ni ratificado el mencionado instrumento.

Pasamos a 1967, con la Declaración sobre el Asilo Territorial, en ella se amplía el espectro contenido en el Estatuto de 1950, así como en otras normas sobre refugiados;¹⁷⁶ sin embargo, se protege el desarrollo de la migración en su *vis* política, es decir, la surgida por causa de guerras, conflictos armados internos o turbulencias políticas; quedando por tanto en el limbo aquellos migrantes que a causa de la pobreza salen de sus países, buscando mejorar su nivel de vida.

Del anterior instrumento, representante de un adelanto normativo en materia de asilo, pasaríamos a uno de los antecedentes de la Declaración del Derecho al Desarrollo de 1986, la Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social¹⁷⁷ en la cual es visible un sesgo específico relacionado con la migración económica, es decir, la declaración incluye, por ejemplo, la afirmación de que “el desarrollo social exige que se garantice a toda persona el derecho a trabajar libremente”,¹⁷⁸ asimismo urge a la “adopción de medidas y la prestación de servicios de bienestar social a los trabajadores migrantes y a su familia”.¹⁷⁹ Dicho instrumento cita además al Convenio 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) donde se aborda la temática de los derechos humanos de este grupo vulnerable de forma amplia. Lo interesante de la Declaración analizada es que a través suyo se comienza la construcción —en el seno de la ONU— del derecho al desarrollo bajo

¹⁷⁴ *Ibidem*, artículo 1o.

¹⁷⁵ *Ibidem*, artículo 2o.

¹⁷⁶ Resolución de la 408 sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 638 (VII) del 20 de diciembre de 1952, sobre la necesidad de integrar a los refugiados en las comunidades de recepción. La Resolución de la 398a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 660 (VII) del 25 de noviembre de 1952, sobre la situación de los refugiados en Palestina y la necesidad de instruir a los gobiernos en su protección.

¹⁷⁷ Resolución de la 1829a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2542 (XXIV) del 11 de diciembre de 1969.

¹⁷⁸ Artículo 6. Resolución de la 1829a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2542 (XXIV) del 11 de diciembre de 1969.

¹⁷⁹ Artículo 19. Resolución de la 1829a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2542 (XXIV) del 11 de diciembre de 1969.

cuyas alas se protege de forma extensa al migrante laboral, es decir al migrante económico.

Ahora bien, dicho lo anterior resulta conveniente pasar a lo que, en 1970, sostuvieran las Naciones Unidas en materia de desarrollo durante aquella década. Esto se encuentra en la Estrategia Internacional del Desarrollo para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo.¹⁸⁰ En esta resolución de la Asamblea General se sostiene la necesidad de programar acciones por parte de los Estados miembros de la Organización (ONU) con miras a lograr un verdadero estado de desarrollo en el mundo. Así pues, dentro de las planeaciones propuestas se encuentra la de promover entre los países la reafirmación total de su dedicación “por entero para alcanzar los objetivos fundamentales enunciados hace veinticinco años en la Carta de las Naciones Unidas de crear condiciones de estabilidad y de bienestar, y de asegurar un nivel de vida mínimo compatible con la dignidad humana mediante el progreso y el desarrollo económicos y sociales”.¹⁸¹

Desde luego que uno de los factores fundamentales para alcanzar el desarrollo es justamente el disfrute de un empleo con niveles salariales ajustados a las necesidades del trabajador y su familia. Sin embargo, como la resolución reconoce, “el nivel de vida de innumerables millones de personas en las regiones en desarrollo del mundo continúa siendo lastimosamente bajo... ellas continúan... subalimentadas, ineducadas y *desempleadas*”. En este sentido, la Organización comprendió la necesidad de garantizar el empleo con miras a sofocar a través suyo la pobreza de los países subdesarrollados y así, indirectamente, paliar las diásporas causadas por aquella.

Ahora bien y en franca relación con lo recién dicho, se afirma que el desempleo es responsabilidad directa de los países subdesarrollados por lo que “los países en desarrollo deberán hacer vigorosos esfuerzos para mejorar las estadísticas de la fuerza de trabajo, a fin de poder formular objetivos cuantitativos realistas en materia de empleo”.¹⁸² Sin embargo y aun cuando se reconoce que los países desarrollados apoyarán a los subdesarrollados con miras a lograr el objetivo anterior, se sitúa casi por completo sobre los hombros de los primeros el compromiso para llevarlo a la realidad.

Así pues, esto último tiene franca relación con la migración económica de carácter irregular en la medida en que las diferencias estructurales surgi-

¹⁸⁰ Resolución de la 1833a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2626 (XXV) del 24 de octubre de 1970.

¹⁸¹ Considerando 2o. resolución de la 1833a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2626 (XXV) del 24 de octubre de 1970.

¹⁸² *Ibidem*, párrafo 66, apartado 8, *desarrollo humano*.

das entre los países subdesarrollados y los desarrollados son las causantes de que la población de los primeros se encuentre subalimentada, ineducada y desempleada, dado que en puridad la brecha existente entre unos y otros no responde a un factor controlable por los países subdesarrollados.

Por el contrario, culparles y achacarles la totalidad de la responsabilidad en estos aspectos resulta una afirmación poco creíble, dado que son los países desarrollados quienes poseen en gran medida la culpa de la situación que aquellos sufren. En tal orden de ideas el hecho de este subempleo fomenta que la población de estos “subdesarrollados” se vea compelida a salir de su estado por necesidad de supervivencia. Así pues, luego de lo anterior podemos concluir que al no ser responsabilidad total de los Estados subdesarrollados el sufrimiento de su población en materia laboral, las Naciones Unidas erraron el camino al imputarles la carga de lo anterior, situación que incidió en la observación del fenómeno migratorio laboral y por tanto económico, como una problemática social cuya solución sólo correspondía al Estado emisor (subdesarrollado) y no al receptor (desarrollado).

Corresponde entonces, pasar a 1974, con la Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional¹⁸³ donde se promueve, en primer lugar la conformación de “un nuevo orden económico internacional basado en la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación de todos los Estados, cualesquiera sean sus sistemas económicos y sociales... que permita corregir las desigualdades”.¹⁸⁴ Lo anterior se relaciona con la migración internacional aquí analizada, en dos sentidos particulares (a su vez íntimamente imbricados), la cuestión laboral y la económica.

Efectivamente en los párrafos recién leídos se afirma la falacia que constituye el culpar a los países subdesarrollados por el incumplimiento en el logro del desarrollo, en virtud de que en puridad a ellos no les corresponde toda la responsabilidad de lograrlo. Así pues, retornando de cierto modo a lo tocado en ese sentido, la implementación de un nuevo (y cabe decir hasta hoy día pretendido, nunca alcanzado) orden económico global incide en el desarrollo de los flujos migratorios irregulares en lo relativo a la brecha ya apuntada que cada día se abre más entre países “ricos” y países “pobres” con lo cual el elemento humano que habita dentro de los últimos es receptor de las consecuencias que la pobreza de su país trae aparejada por lo que necesita migrar para obtener un mejor empleo, o por lo menos uno cuyo

¹⁸³ Resolución de la 2229a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 3201 (Sexto periodo extraordinario de sesiones) del 1o. de mayo de 1974.

¹⁸⁴ *Ibidem*, considerando 3o.

nivel salarial sea más atractivo que aquel que pudiera hallar en su país. Así las cosas, esta Declaración de 1974 se relaciona con nuestro tema central pero únicamente en un sentido programático y me atrevo a decir, de largo plazo, pues aun cuando se acompañó de un plan de acción para articular lo dicho en ella, al día de hoy puede verse que no ha pasado de ser una buena intención.

Ahora bien nos saltamos cuatro años para llegar hasta 1978 donde por primera vez se ve, en la Asamblea General, el abordaje del tema migratorio aún incipientemente, pero —de forma destacable— orientado hacia la migración internacional económica como muestra del *apartheid*, esto mediante la Carta de Derechos de los Trabajadores Migratorios en el África Meridional.¹⁸⁵ Recuérdese que con lo visto hasta aquí podemos deducir que nuestro tema o bien fue tratado de forma subyacente a través de convenciones o instrumentos de *soft law* orientados a otras áreas (trata de personas por ejemplo) o enfocado hacia visiones específicas del movimiento humano (*z. gr.* refugiados, desplazados). Sin embargo, la migración económica irregular se toca hasta este año.

A pesar de lo anterior, el ataque del tema se relaciona con una afirmación central. *La mano de obra migratoria es uno de los principales instrumentos del Apartheid*, con esto se intenta paliarla pero no porque, desarrollada de esa manera, fuese un determinante negativo en la vida del migrante, sino porque el movimiento en sí resultaba negativo. Con lo anterior, desde la perspectiva del autor se desnaturalizó el fin primordial de la migración (mejorar) para verse como un vehículo de degradación humana. Ciertamente es que dicha visión no nace por creación espontánea dado que, efectivamente, la discriminación de la cual eran objeto los seres humanos con un color distinto en la piel no era obstáculo —sin embargo— para explotarles laboralmente ni para beneficiarse económicamente con su esfuerzo llevando su mano de obra a diversas regiones del planeta. Por tal motivo no resulta inatento dicha visión en el contexto bajo el cual subyace, pues lo que ésta trajo como consecuencia fue la comprensión de la migración económica como un acto humano indeseado.

Esto último hasta hoy en día permea en las políticas públicas de diversos Estados, cierto es que no puede pensarse que la totalidad de estos razonamientos sean imputables a la visión de la migración en relación al *apartheid*, aunque, por otro lado marcó efectivamente un hito analítico en el estudio de la migración internacional.

¹⁸⁵ Resolución de la 90a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 33/162 del 20 de diciembre de 1978.

Ahora bien, de forma distinta —y cabe decir que más cercana al enfoque que en los noventa retomaría la CIPDTM— se encuentra la resolución “Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios”¹⁸⁶ pues se reconoce explícitamente que el problema de los trabajadores migratorios en el mundo se agrava por razones económicas coyunturales. Dicha resolución pugna para que los “Estados huéspedes adopten las medidas necesarias para prevenir toda actividad que pueda perjudicar a los trabajadores migratorios”¹⁸⁷ así como por su inclusión en la sociedad receptora gozando de garantías jurídicas. Cabe comentar como dato trascendente que en ella, por primera vez, en su considerando décimo dentro de su párrafo séptimo:

[Se] Pide al Secretario General que examine con los Estados Miembros y en colaboración con los organismos de las Naciones Unidas, en particular con la Organización Internacional del Trabajo, la posibilidad de elaborar una *convención internacional sobre los derechos de los trabajadores migratorios*.

Obsérvese el germen de lo que terminaría siendo, la Convención objeto central de nuestro estudio. De 1978 pasamos a 1980 con la Estrategia Internacional del Desarrollo para el Tercer Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo,¹⁸⁸ en la cual *grosso modo* se vuelve a reafirmar la necesidad de garantizar el empleo como medio para erradicar la pobreza y obtener, por tanto, el anhelado desarrollo social, en tal tenor afirma que:

Los países tratarán de lograr los objetivos de reducir la pobreza, promover las oportunidades de empleo y asegurar el derecho al trabajo... dado que el desarrollo requiere un empleo productivo y adecuadamente remunerado.¹⁸⁹

En este sentido, lo anterior se relaciona con la migración internacional por cuanto hace a que si se garantiza un empleo digno en el país de origen el migrante no surge en condiciones de vulnerabilidad. De aquí pasamos hasta 1985 con la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que

¹⁸⁶ Resolución de la 90a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 33/163 del 20 de diciembre de 1978.

¹⁸⁷ *Ibidem*, considerando 5o. párrafo 3o.

¹⁸⁸ Resolución de la 83a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 35/56 del 5 de diciembre de 1980.

¹⁸⁹ *Ibidem*, considerando 4o.

no son Nacionales del País en que Viven.¹⁹⁰ En ella destaca lo siguiente, por encontrarse en franca relación con el tema de estudio de esta investigación: primeramente en su considerando 4o. se afirma la obligación que todos los Estados poseen al momento de emprender acciones orientadas a garantizar los derechos proclamados en instrumentos internacionales para que sean ejercidos sin discriminación alguna. Junto con esto se afirma que si bien “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”,¹⁹¹ si ésta se da, la ley que regule la situación anterior “no deberá ser incompatible con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular *en la esfera de los derechos humanos*”.¹⁹²

Asimismo, se habla de un “derecho a condiciones de trabajo saludables y libres de peligros, a salarios justos y a igual remuneración por trabajo igual”¹⁹³ y de la necesidad de que les sea garantizada la asistencia consular en cualquier momento.¹⁹⁴ De lo visto hasta aquí sobre esa declaración, se desea remarcar un hecho sobresaliente que es, justamente, el reconocimiento de los migrantes irregulares como sujetos de derecho, así como el inicio de un tratamiento acorde a nuestro tema de estudio y no tan solo con aquellos relacionados que la tocaban subyacentemente. Esta declaración abarca la totalidad de sujetos migratorios internacionales (tanto refugiados, como desplazados, asilados, apátridas y migrantes económicos, entre otros) orientando su discurso hacia la abolición del concepto de ciudadanía como factor de discriminación política y jurídica, con lo que se pretendió disminuir el tratamiento desigual que viven los seres humanos fuera de su país de origen.

Pasamos ahora a 1986 con la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.¹⁹⁵ En la cual si bien no se aborda de forma explícita el tema de la migración, llama la atención el hecho de que se construye un derecho cuyo cumplimiento abarca el ejercicio de todos los derechos humanos, no únicamente siguiendo el principio de indivisibilidad sino que en sí mismo les amalgama por lo que su caris es totalizante, y con esto significo el hecho de que para darse plenamente necesita el cumplimiento de los demás derechos.

¹⁹⁰ Resolución de la 116a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 40/144 del 13 de diciembre de 1985.

¹⁹¹ *Ibidem*, artículo 2o. inciso 1o.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Ibidem*, artículo 8o. inciso 1, apartado a.

¹⁹⁴ *Ibidem*, artículo 10o.

¹⁹⁵ Resolución de la 97a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 41/128 del 4 de diciembre de 1986.

De lo anterior es sencillo concluir que para que exista un verdadero derecho al desarrollo debe garantizarse el derecho a migrar (pero de forma integral y no tan solo para emigrar o para inmigrar legalmente) así como el derecho humano a la salud, educación, vivienda y trabajo.

Es así que la migración económica irregular, bajo la dinámica actual no se acerca a ser parte del proceso de desarrollo que llevará al pleno ejercicio de este derecho. Por el contrario, pudiera verse como un medio de exclusión que no permite aquel (en el país receptor) porque nace a partir de una terrible dolencia... la pobreza (del país emisor).

Luego, en 1989 nace la Convención sobre los Derechos del Niño,¹⁹⁶ es consecuencia de diversos documentos internacionales como la Declaración de Ginebra de 1924, sobre los Derechos del Niño; la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 (como instrumento de *soft law*); la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños; las Reglas de Beijing (para la administración de justicia de menores); la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado. Todo ello, unido a la Declaración Universal de 1948 y a los dos pactos del 66, junto con una infinidad de otros instrumentos nacidos en el seno de otros organismos de las Naciones Unidas, configura la protección jurídica del sistema universal a la infancia.

Esta Convención, ratificada por México el 21 de septiembre de 1990, contiene en rasgos generales el principio del interés superior del niño,¹⁹⁷ en virtud del cual resulta fundamental interpretar, aplicar y ejecutar la ley siempre a favor de la niñez, buscando ante todo la preservación de su bienestar y la prevalencia del anhelo —común a la humanidad— de que el niño no sufra y se desarrolle en las mejores condiciones posibles. Si relacionamos a la Convención con la migración internacional económica de tipo irregular considero que podríamos extraer dos conclusiones específicas: la primera, que se plantea la universalidad de los derechos del niño sin mediar condiciones —como el origen nacional— para su goce, y la segunda, que actualmente dicha Convención goza de una relevancia jurídica absoluta para

¹⁹⁶ Resolución de la 61a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 44/25 del 20 de noviembre de 1989.

¹⁹⁷ La Corte IDH en su opinión consultiva 17/02 señala que el interés superior del niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño, *Cf.*: Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, párrs. 56-61.

plantear posibles soluciones en sede normativa al grave problema de migración infantil no acompañada, misma que trae aparejada un altísimo grado de vulnerabilidad para los infantes.

Así pues, dicha Convención, punto de referencia en su materia, si bien no analiza *ex profeso* el fenómeno migratorio internacional infantil, por otro lado debido a su vocación universal de protección a la infancia en cualquier circunstancia es efectivamente un instrumento útil en nuestro análisis sobre infantes que migran en virtud de los principios generales que enuncia y por el tratamiento eminentemente protector que otorga al menor en cualquier condición.

Luego pasaríamos a 1990, primeramente con la Estrategia Internacional del Desarrollo para el Cuarto Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo¹⁹⁸ el cual comienza afirmando que:

En la mayoría de los casos no se alcanzaron las metas y objetivos del tercer decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo, pues acontecimientos adversos e imprevistos en la economía mundial destruyeron las premisas sobre las cuales se esperaba que se basara el crecimiento.¹⁹⁹

Aborda por tanto el estancamiento sufrido por los países en desarrollo que deterioran las condiciones respecto de la nutrición y la seguridad alimentaria, la generación de empleos, la educación y la salud para sus pueblos. Es la primera estrategia internacional del desarrollo donde se aborda de manera explícita el tema de la migración al decir que “los conflictos y trastornos (económicos, políticos, ambientales, etcétera) produjeron el éxodo de refugiados y desplazamientos de migración internacionales que originaron problemas de controles fronterizos de admisión y asimilación en los países receptores”.²⁰⁰ En vista de lo anterior se conmina a la comunidad de Estados para promover el desarrollo a partir de las necesidades de los países en desarrollo.

Luego de lo anterior pasaríamos al centro de nuestro estudio: la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares también de 1990. Sobre ella no conviene ahondar demasiado dado que en el siguiente acápite de forma muy puntual pero breve analizaremos dicho instrumento. Sin embargo, sí conviene comentar que 1) es hasta el día de hoy el instrumento marco de

¹⁹⁸ Resolución de la 71a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 45/199 del 21 de diciembre de 1990.

¹⁹⁹ *Ibidem*, considerando 2o.

²⁰⁰ *Ibidem*, párrafo 6o.

protección a derechos humanos de los migrantes en el mundo, y 2) que su carácter es jurídicamente vinculante con lo que aquellos Estados que la hayan ratificado la convierten en parte de su derecho interno y por tal motivo deben cumplir las obligaciones internacionales que ésta les impone en materia de derechos humanos, México la ratifica el 8 de marzo de 1999.

Definamos, entonces, a la Convención siguiendo lo dicho por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, según la cual “es un tratado internacional amplio centrado en la protección de los derechos de los trabajadores migratorios. En él se pone de relieve la vinculación entre la migración y los derechos humanos”,²⁰¹ asimismo se crea una nómina importante de derechos humanos que les corresponden con independencia de su estatus, en ella se dibujan las obligaciones poseídas por los Estados firmantes para garantizar y proteger los derechos humanos de este grupo vulnerable. Constituye el parteaguas de lo que internacionalmente ha sido la protección jurídica de este grupo vulnerable pues por primera vez tutela la migración internacional económica de tipo irregular, promoviendo la protección y garantía de los derechos de aquellos que migran, sin importar las condiciones de su entrada.

Su importancia en este sentido radica en situar el centro de estudio jurídico de la migración no en el cruce de fronteras ni en la entrada o salida de acuerdo a los parámetros legales de cada Estado sino en el hecho de resolver —a través de la salvaguarda jurídica como responsabilidad para el Estado que decide obligarse— las violaciones sistemáticas a derechos humanos de migrantes basadas sobre la concepción del movimiento humano irregular como un acto indebido. Ella no discurre sobre si el movimiento es bueno o malo (no lo apologiza ni tampoco lo castiga) sino sobre el hecho de que, una vez dentro del Estado, los migrantes, con independencia de su estatus migratorio deben ser protegidos.

Luego de ella sólo será necesario mencionar que en el año 2000 surge un Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.²⁰² Que es un instrumento vinculante (México lo ratifica el 4 de marzo de 2003) que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En él se menciona la necesidad de combatir el tráfico de migrantes y de proteger sus derechos a través del fomento a la cooperación internacional. Asimismo destaca el hecho de que se sanciona a

²⁰¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, *cit.*, p. 4.

²⁰² Resolución de la 55a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 55/25 del 8 de enero de 2001.

los Estados parte como responsables en el tráfico ilícito de migrantes, dado que al no combatir y disminuir la pobreza y el subdesarrollo, dicha actividad continúa. Junto a lo anterior compromete a los Estados, organismos internacionales responsables y a las organizaciones de la sociedad civil para cooperar entre sí con miras a obtener una protección integral de los derechos humanos de los migrantes. Ortiz Ahlf²⁰³ comenta al respecto que éste instrumento subraya la necesidad de dar un trato humano a los inmigrantes expuestos a transgresión en vista del notable aumento de actividades de los grupos delictivos organizados a través de una eficiente impartición de justicia, como de hecho reconoce el propio instrumento, calificando lo anterior, como obligación estatal.

Cronológicamente vendría la Declaración del Milenio²⁰⁴ nacida en septiembre de 2000, con el objetivo de ver los avances, retrocesos y potencialidades en materia de desarrollo en el mundo... se toma la simbólica fecha del inicio de un milenio como un parámetro para mejorar a futuro, ella en realidad intenta ser una especie de culmen de todos los decenios para el desarrollo emprendidos desde 1960. En materia de migración se determina como valor fundamental para la comunidad internacional la igualdad en derechos y oportunidades para todos los seres humanos, esto último resulta fundamental por todo lo vertido antes en relación con que si se garantizan derechos humanos no habría necesidad de migrar irregularmente para buscar sustento. Por otro lado los Estados afirman que “no escatimarán esfuerzo alguno por promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidas”²⁰⁵ comprometiéndose a “adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias”.²⁰⁶

Asimismo considero importante recalcar el papel que el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios (CMW) ha jugado en la difusión del tema migratorio ligado a la discriminación por motivos étnicos. Éste, como un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención a través de la revisión de informes periódicos, en su recomendación general XXX del 5 de agosto de 2004 admite que la discriminación

²⁰³ Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, México, Porrúa, 2011, p. 58.

²⁰⁴ Resolución de la 55a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 55/2 del 13 de septiembre de 2000.

²⁰⁵ *Ibidem*, *Declaración del Milenio*, p. 2.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 7.

contra los migrantes constituye una de las principales fuentes del racismo contemporáneo. Dado que “la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirá discriminación si los criterios para establecer esa diferencia no se aplican para alcanzar un objeto legítimo”.²⁰⁷ Súmese a lo anterior que aborda de forma general pero sustanciosa la necesidad de garantía de sus derechos económicos, sociales y culturales e incluso lo relativo a la adquisición de la ciudadanía del país de residencia así como el acceso a la justicia en igualdad de condiciones.²⁰⁸

Por último, en 2008, nace el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²⁰⁹ Se erige como un instrumento homólogo de aquel ya citado en este texto, surgido en 1966 en razón del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. A diferencia del primero éste no gozó de la misma aceptación que el primero, dado que su Comité de Derechos Humanos de los Trabajadores aún no obtiene el número necesario de ratificaciones para poder entrar en vigor mundial, como instancia *supra* nacional para oír las quejas de individuos que se duelen de violaciones a sus derechos humanos, económicos, sociales y culturales. México aún no lo firma ni ratifica.

Con este último instrumento terminaríamos nuestro periplo por más de cincuenta años de resoluciones y convenciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, y considero que *prima facie* podemos deducir que la Convención de 1990 (CIPDTM) efectivamente se erige como su fruto más maduro en materia de protección a derechos humanos del grupo vulnerable conformado por los migrantes económicos irregulares, dado que aborda el tema con minuciosidad y construye un conjunto de obligaciones internacionales para los Estados firmantes sustentadas —a través de los citados instrumentos de *soft law*—²¹⁰ en una especie de *opinio iuris*, que si bien no se

²⁰⁷ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación, núm. XXX sobre la discriminación contra los no ciudadanos. Apartado 1o., *Responsabilidad de los Estados partes en la Convención*, párrafo 4o.

²⁰⁸ Para un análisis interesante sobre los efectos que el Comité ha tenido con relación a la difusión del tema de la discriminación por motivos de origen étnico o nacional, véase Villán Durán, Carlos, “Los derechos humanos y la inmigración en el marco de las Naciones Unidas”, *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes*”, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 67-85.

²⁰⁹ Resolución de la 55a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 63/117 del 10 de diciembre de 2008.

²¹⁰ En este sentido afirma Gómez-Robledo que “se puede decir que los Estados... estiman que las resoluciones de la Asamblea General pueden a lo más ser tomadas en

troca en una que traiga aparejada obligatoriedad *per se*, sí es el reflejo del ánimo vaciado por un gran número de Estados, sobre su protección, dentro del sistema universal. En palabras de Ortiz Ahlf la Convención representa un gran avance si se compara con la Declaración de París y otros Convenios que reflejan “miopía frente a uno de los problemas más graves de la comunidad internacional”.²¹¹

Así pues, conservando en el pensamiento lo dicho por Ortiz Ahlf, cada evolución discursiva respecto a la migración económica irregular en el seno de la Asamblea General de la ONU misma que alcanza un culmen con la Convención de 1990, se refleja principalmente en normas de *soft law*. Efectivamente, como dejamos ver en el párrafo anterior, estos instrumentos fueron aquellos a través de los cuales se fue fortaleciendo la necesidad de juridificar la migración económica irregular de acuerdo a los principios y parámetros del derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, y siguiendo voces teóricas que apuntan²¹² que si bien es verdad que los instrumentos de *soft law* no se encuentran dentro de la nómina de fuentes de derecho internacional público insertas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no es menos cierto que

consideración como elementos posible en la elaboración de una regla consuetudinaria, siempre y cuando sean confirmadas por una práctica en el mismo sentido por parte de los Estados”, Gómez-Robledo, Alonso, “Notas sobre el llamado derecho internacional del desarrollo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XX, núm. 60, septiembre-diciembre, 1987, p. 909.

²¹¹ Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, cit., p. 553.

²¹² Como comenta Mazuelos Bellido, el rasgo distintivo de los tratados —como fuente de derecho— es que las relaciones entre los sujetos concernidos están regidas por obligaciones, jurídicas en este caso, quedando la libertad de las partes limitada en algún sentido, por tanto las resoluciones al no involucrar cesión alguna de libertad... sencillamente no obligan y no son fuente de derecho. Así pues en un sentido conexo María del Pilar Hernández afirma que “las resoluciones se encuentran entre la convención y la costumbre, particularmente porque la resolución resulta útil para definir el alcance de una norma o puede constituir una norma en sí misma”. Así es sencillo deducir que la Resolución como instrumento de *soft law*, no tiene efectos jurídicos aunque puede incidir en la formación o eficacia de una norma jurídica. Cfr. Mazuelos Bellido, Ángeles, “Soft Law: mucho ruido y pocas nueces”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, núm. 8, diciembre de 2004, pp. 28 y 29, y Hernández, María del Pilar, “Obligatoriedad de las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas en el derecho nacional. A propósito del 50 aniversario de la entrada en vigor de la Carta de San Francisco”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XX, núm. 88, enero-abril de 1997, p. 214.

“son instrumentos a través de los cuales se incita al logro de los objetivos de una organización internacional dado su contenido ético y programático”²¹³ y que aunque “no generan por sí mismas una obligación de cumplimiento para los Estados miembros... algunas por su contenido, circunstancias de adopción y la práctica de los Estados, son especialmente relevantes en el proceso de elaboración del derecho internacional”.²¹⁴

En este sentido abona Gómez-Robledo que, incluso “una recomendación puede alcanzar una efectividad de mayor grado, que aquel creado por ciertas convenciones o tratados internacionales”.²¹⁵ Esto último es en razón de que su contenido “tiene su origen legitimario en un mecanismo de decisión que pone en juego una representación igualitaria o desigual, a través del sistema de voto unánime o por mayoría”,²¹⁶ lo que se presta justo a la posibilidad de mover los hilos de las relaciones internacionales en la sede de la Asamblea general, pudiendo causar un efecto político de mayor trascendencia que aquel provocado por una norma jurídica cuyos parámetros no siempre son cumplidos por los Estados involucrados. El movimiento enunciado... sólo surte efectos si se habla de eficacia que puede articularse a través de acciones políticas,²¹⁷ pues si pasamos al terreno evidentemente positivo de la construcción jurídica, son las Convenciones —como tratados internacionales— aquellas que gozan de mayor peso.

Sin embargo, el hecho relevante —y cabe decir consumado— sobre el valor ético contenido en las resoluciones de la Asamblea General de Naciones

²¹³ Gómez Robledo, Alonso, “Notas sobre el llamado derecho internacional del desarrollo...”, *cit.*, p. 909.

²¹⁴ Mazuelos Bellido, Ángeles, “*Soft law*: Mucho ruido y pocas nueces”, *cit.*, p. 8.

²¹⁵ Gómez Robledo, Alonso, “Notas sobre el llamado derecho Internacional del desarrollo”, *cit.*, p. 911.

²¹⁶ Hernández, María del Pilar, “Obligatoriedad de las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas en el derecho nacional...”, *cit.* p. 211.

²¹⁷ Diversos internacionalistas mexicanos afirman que las resoluciones de la Asamblea General, carecen de fuerza obligatoria en lo que respecta a los miembros de las Naciones Unidas, pues de no ser así se acordaría una función legislativa a la Asamblea, misma que sería contraria al principio de soberanía de los Estados e incluso daría facultades *ultra vires* a dicho órgano colegiado. Cfr. Gómez-Robledo, Alonso, “Notas sobre el llamado derecho internacional del desarrollo”, *cit.*, pp. 911-918; Becerra Ramírez, Manuel, “Una visión diferente de las fuentes del derecho internacional”, en Becerra Ramírez *et al.* (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 110, y Castañeda y Álvarez de la Rosa, Jorge, *El valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*, México, el Colegio de México, 1967, pp. 60-71.

Unidas es que efectivamente han sido instrumentos políticamente influyentes que han permeado —como mapas de seguimiento— para ir construyendo derechos humanos tales como a la autodeterminación²¹⁸ a la paz²¹⁹ o al desarrollo,²²⁰ mismos que, por otro lado y desafortunadamente, no han cristalizado aún en instrumentos jurídicos vinculantes. En este sentido si bien el derecho humano a migrar ya se había configurado contemporáneamente desde 1948, no fue sino con todos los instrumentos antes citados (entre los que destacan aquellos de *soft law*) unidos a la Convención que se configura la legitimación de este derecho y por tanto la protección integral de sus sujetos, ya no únicamente a través de intenciones políticas sino por medios legales. Es así que desde la perspectiva del autor, el *soft law* apuntado y enunciado a lo largo de todas estas páginas ha sido de gran utilidad para arribar en 1990 al instrumento que analizaremos pronto.

II. ANTES Y DESPUÉS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001

Lo hecho hasta aquí, a lo largo de este segundo capítulo, no se deslinda de la teoría jurídica adoptada para sustentar la tesis propuesta. Sin embar-

²¹⁸ Numerosas resoluciones de la Organización de Naciones Unidas hacen referencia a él como las resoluciones de la Asamblea General, algunos ejemplos aislados son: la 1514 (XV) Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales del 4 de diciembre de 1960, la 1541 (XV) Principios que deben servir de guía a los Estados miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso E del artículo 73 de la Carta del 15 de diciembre de 1960, o la 2625 (XXV) Declaración sobre los principios de derecho internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, del 24 de octubre de 1970.

²¹⁹ Becerra Ramírez nos cuenta de forma más puntual lo dicho apenas: “La Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 15 de diciembre de 1978 adoptó la resolución 33/73 denominada «declaración sobre la preparación sobre el derecho de los pueblos a la paz». Ésta resolución, que se complementa con la resolución 39/11 del 12 de noviembre de 1984, de la misma Asamblea General, denominada «declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz» viene a configurar el «derecho a la paz»... las dos resoluciones a que hemos hecho mención no tienen la característica de ser jurídicamente obligatorias...”. Esto deja ver que efectivamente a pesar de no tener efectos jurídicos positivos sí ha motivado en la comunidad internacional la necesidad de configurar dicho derecho humano. Becerra Ramírez, Manuel, “El derecho a la paz y el derecho internacional del desarrollo”, *Memorias del Congreso Internacional sobre la Paz*, t. 1, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, p. 3.

²²⁰ Jongitud, Jaqueline, *El derecho al desarrollo en el ámbito de las Naciones Unidas. Notas críticas*, México, Universidad Veracruzana, 2008, *in totum*.

go, resulta de gran importancia dar dos o tres pinceladas sobre un suceso histórico que marcó un hito con respecto a la dinámica de flujos migratorios en el mundo y de forma particular sobre la región.²²¹ Aquel que aun cuando no se originó a partir de una norma jurídica sí ha trascendido al fenómeno normativo a través de cuerpos legales, y al fenómeno politológico a través de políticas restrictivas, que añaden a la discusión sobre la migración económica irregular un componente en extremo volátil: la seguridad nacional.

Dicho evento histórico se da el 11 de septiembre de 2001 con la caída —motivada por un acto terrorista— de dos construcciones simbólicas de la cultura nacionalista estadounidense, ubicadas en Manhattan: las Torres Gemelas. Así, la destrucción total y televisada (lo que acentuó más el dramatismo del suceso) de estos edificios considerados muestra simbólica de la cultura americana trajeron un impacto negativo sobre la dinámica de los flujos migratorios venidos desde el sur hacia los Estados Unidos.²²² Esto es en razón —según Rumbaut y Ewing—²²³ de que su entrada, entendida como un asalto, se equipara al acto terrorista vulnerador del *rule of law*.

Al respecto, en un artículo sumamente interesante por la dialéctica que maneja su autora, Josefá Erreguerena comenta que durante el

11 de septiembre se ataca el centro de la globalización mundial, al centro político de la potencia más poder (sic) del mundo, se hieren los símbolos centrales del capitalismo y esto hace cambiar el imaginario social en dos sentidos: a) aprendemos a vivir con miedo, el Estado ha demostrado su incapacidad

²²¹ Álvarez Acosta, María Elena, *El Caribe insular: apuntes sobre las migraciones económicas y el tráfico de personas*, Cuba, Instituto Superior de Relaciones Internacionales “Raúl Roa García”, 2006, en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cuba/isri/acosta.rtf>, pp. 1 y 2.

²²² Sobre el continuo flujo migratorio de sur a norte *cf.* Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, cit., pp. 20-50. Asimismo, sobre este punto abunda en diversos momentos del texto, Keeley, Brian, *International Migration, the Human face of Globalization*, Francia, OECD, 2009, por último es destacable, CEPAL, *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América Latina y el Caribe, Síntesis y conclusiones, Trigésimo primer período de sesiones 20 al 24 de marzo*, Uruguay, ONU, 2006, http://www.ucm.es/info/eid/cursodcd/IMG/pdf_L12._CEPAL_2006_Migraciones_y_desarrollo_AL_y_Cb._ Sintesis.pdf, consultado el 23 de diciembre de 2010.

²²³ Rumbaut, Rubén *et al.*, “The Myth of Immigrant Criminality and the Paradox of Assimilation: Incarceration Rates Among Native and Foreign-Born Men”, *Immigration Policy Center, American Immigration Law Foundation*, Estados Unidos, 2007, pp. 1 y 2.

para proteger a sus ciudadanos, y b) El concepto del mal se transforma, otra vez, en algo externo en el Otro, en lo diferente que debemos exterminar.²²⁴

Tomando en cuenta lo anterior, resulta necesario ver que este momento paradigmático afectó la posibilidad de una política migratoria estadounidense que si bien no sería resultado de una planeación conjunta con México y Centroamérica por lo menos sí se hubiese apegado a los estándares internacionales enunciados en tratados sobre derechos humanos de los que Estados Unidos —hay que decirlo— no es parte.

Así pues, téngase claro que hubo un “antes” y un “después” planteado en sus respectivas antípodas el uno del otro. Sobre el primer momento nos cuenta Jorge Bustamante que “antes de los eventos del 11 de septiembre de 2001, el debate sobre la cuestión migratoria en Estados Unidos giraba alrededor de dos propuestas por demás contrastantes. Por un lado, la propuesta de una amnistía... en la práctica significa hacer «documentados» a los «indocumentados»”²²⁵ realizada por organizaciones sindicales y organizaciones civiles de “latinos”,²²⁶ y la otra articulada por congresistas federales republicanos que en líneas generales promovía la creación de un nuevo convenio muy similar al de los paradigmáticos “braceros”. Esta situación se

²²⁴ Erreguerena, Josefa, “Imaginario social y los atentados del 11 de septiembre”, *Razón y Palabra*, núm. 25, año 6, diciembre de 2001, enero de 2002, en <http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n25/jerre.html>, consultado el 5 de agosto de 2011.

²²⁵ Bustamante, Jorge, *Migración y derechos humanos*, cit., p. 35.

²²⁶ Anthony Giddens comenta que la “vulnerabilidad” es “un aspecto de la capacidad de una persona o grupo (que pueda aumentar o disminuir, según sea el caso) para anticipar, manejar, resistir y recuperarse del impacto del daño, debido a la exposición a eventos que pueden asaltarlos inesperadamente, aunque ocurran con la suficiente regularidad y frecuencia en una población completa como para ser predecible” este concepto nos es útil para explicar este punto, pues para el caso de los flujos migratorios venidos desde el sur del continente hacia los Estados Unidos las comunidades de migrantes empoderadas a través de las redes construidas entre sí por los nexos culturales, lingüísticos y étnicos en general permiten que la capacidad en el concepto de Giddens aumente efectivamente brindándole apoyo con lo que el daño resultado del choque cultural resulta disminuido, esto sucede con los migrantes mexicanos quienes por provenir de comunidades con antigua tradición migratoria encuentran medios más eficaces —gracias a estas redes— para disminuir su vulnerabilidad. Para ahondar más en la construcción de Giddens sobre este concepto *cf.*: Giddens Anthony, *Sociedad de riesgo. El contexto de la política británica*, cit., pp. 521 y ss. Sobre lo relativo a las comunidades mencionadas *cf.*: Zamudio, Patricia *et al.*, *Cambio de la migración en el estado de Veracruz: Consecuencias y retos*, México, Sociedad Mexicana de Demografía-Colegio de la Frontera Sur, 2001, pp. 20 y 21.

debía al cabildeo realizado por la sede diplomática mexicana en Washington, misma que buscaba un mejoramiento en las condiciones laborales de los connacionales, dado que según afirma el propio Bustamante, desde la década de los setenta ya se dejaba sentir en los Estados Unidos la xenofóbica idea de que los mexicanos realizaban una “invasión silenciosa”²²⁷ a su territorio.

Fue bajo esta concepción que luego de los setenta siguió madurando en el ideario colectivo estadounidense, sobre todo en los partidarios republicanos,²²⁸ la idea del migrante mexicano como enemigo público. En los noventa a pesar de que el gobierno mexicano, en la figura del canciller, exigiera cortar de tajo la vida de esta concepción xenofóbica, se continuó en el mismo tenor de acción, aun cuando luego de una administración republicana se dio la alternancia en el poder permitiendo la llegada de un demócrata a la Casa Blanca: Bill Clinton. Justamente fue él, según comenta la Relatoría Especial de la Comisión Interamericana en la materia, quien:

Como reflejo de la presión de la opinión pública estadounidense por afianzar los controles migratorios... incrementó la vigilancia fronteriza de forma exponencial... La administración demócrata aumentó el presupuesto del INS (Servicio de Naturalización e Inmigración) de 1,500 millones de dólares en 1993 a 4,000 millones en 1999... como resultado de estas políticas, en espacio de una década la patrulla fronteriza (*Border Patrol*) pasó de ser una fuerza pequeña a una dotación multitudinaria compuesta por más de 11 mil efectivos y con un presupuesto de \$711 millones de dólares.²²⁹

Así, nos movemos hasta 2001 cuando el entonces presidente de México, Vicente Fox se reuniera con su homólogo George W. Bush en el rancho de este último en Crawford, Texas. Durante esta reunión el discurso americano esbozado apenas pareció cambiar de forma sustancial, sobre esto nos co-

²²⁷ Bustamante Jorge, *Migración y derechos humanos*, cit., p. 77; cfr: Morales, Patricia, *Los indocumentados mexicanos*, cit., pp. 35-70.

²²⁸ Un ejemplo bastante ilustrativo de lo anterior es observar que el exgobernador de California Pete Wilson creador de la anatemizada Propuesta 187 para criminalizar en los noventa la migración irregular, James Sensenbrenner mente maestra de la propuesta de Ley Federal antiinmigrante HR4437, la gobernadora Jean Brewer de Arizona, impulsora de la Senate Bill 1070, son republicanos, así como los actuales gobernadores de Texas, Georgia o California ¿casualidad? no, una misma ideología política.

²²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte de la Visita *in loco* a México realizada por la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias entre el 25 de julio y el 1o. de agosto de 2002, en www.cidh.oas.org/Migrantes/2003.sp.cap.5c.htm, párrafo 173.

menta Bustamante²³⁰ que efectivamente Bush reconoció como ningún otro presidente anterior, incluido su padre, que la invasión silenciosa no se debía únicamente a México y a sus factores de subdesarrollo sino a la demanda de mano de obra que los terratenientes y demás fuerzas políticas y corporativas subyacentes producían sobre las dinámicas migratorias laborales. Así pues, todo parecía deslizarse gentilmente, hasta aquel evento con el cual se inicia este pequeño apartado.

De hecho, con independencia de las filiaciones partidistas en los congresos, cortes y cámaras altas en Estados Unidos, como en el mundo realmente, hay dos dilemas relativos al ejercicio de los derechos humanos fuera de las fronteras de un Estado: aquel que va en contra de la universalización de derechos y aquel que no. La primera versión se vio exacerbada ideológicamente con la caída de las Torres Gemelas de Nueva York. A este respecto Francisco de Alba abona que “el dilema anterior se ha agravado o agudizado, por las secuelas de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington. Una de esas secuelas es lo que se conoce como la securitización del manejo migratorio”.²³¹ Esto se traduce en el incremento del pensamiento centrado en la invasión silenciosa apuntada junto con lo que atinadamente Errenguerena comentara sobre la otredad y el miedo a lo que viene de fuera. El migrante es “eso” que llega de fuera, por tanto urge su criminalización como medio de defensa.

Ahora bien, pasado el “antes” veamos someramente el “después”. En este sentido desde que el 23 de abril de 2009 surgiera la iniciativa de Ley SB1070, “considerada por su gobierno como necesaria para defender a la nación americana y a los ciudadanos de su Estado de un peligro inminente y constante, que acecha su seguridad interna en virtud de que «el Gobierno Federal no ha protegido su frontera sur permitiendo el ingreso de carteles de droga e indocumentados» venidos de México y Centroamérica”;²³² han caído en cascada una cantidad importante de ordenamientos jurídicos que tipifican la migración irregular, específicamente el ingreso y estancia remunerada. Incluso, y esto es lo más grave de la criminalización orquestada a partir de la securitización, se busca hacer diferencias antropológicas entre

²³⁰ Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, cit., pp. 77-85.

²³¹ De Alba, Francisco, “La Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios: alguna implicaciones”, *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2000, p. 40.

²³² Falcón, Antonio et al., *Los migrantes indocumentados en México: realidad invisible*, Colección Estudios jurídicos Themis Nueva Generación, t. I, Universidad Veracruzana, 2010, p. 94.

migrantes irregulares y ciudadanos. Esto resulta peligroso según afirma Jorge Santibañez,²³³ hasta para los propios ciudadanos americanos, habitantes de los Estados donde dichos ordenamientos han surgido, en virtud de que en tanto sus características físicas encajen con las del estereotipo del migrante irregular, la violación a sus derechos humanos es casi inminente.

Es así que Florida con la SB2040, Georgia con la HB87, California con la AB26, Texas con la HB12, Carolina del Sur con la Ley S-20 y Utah con la HB947 han seguido a Arizona en su impronta de criminalizar la migración irregular. Cabe destacar que todos los cuerpos legales mencionados se concentran sobre este aspecto esencial del fenómeno migratorio en los Estados Unidos, con el cual se concibe al migrante como un desarticulador de la cultura americana —esto es del *american way of life*— en franca decadencia desde los setenta. Con lo anterior los estados de la unión americana, a puro golpe político, han dado al traste con una política migratoria estadounidense enfocada a la garantía de derechos humanos, basados sobre las premisas de que el migrante es un enemigo público, y de que mediante el cierre de fronteras la migración irregular desaparecerá. Esto no puede ser más falso, al tenor de lo que comenta Loretta Ortiz Ahlf, pues:

El prohibir la inmigración irregular no impide el fenómeno cuando lo que está de por medio es la propia subsistencia... seguirán intentando, a menos que se resuelvan los problemas de fondo, cruzar la frontera aun a costa de perder la vida.²³⁴

Es la Comisión Interamericana bajo la figura de la Relatoría Especial para todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias —ya citada— quien comenta que en este sentido:

La supeditación de la política migratoria a consideraciones de seguridad por parte de los Estados Unidos de Norteamérica modificó las condiciones de la negociación [que pudiera tener cualquier país latinoamericano], conspirando en contra de la eventual consecución de un acuerdo migratorio. Tras los ata-

²³³ Entrevista de Carmen Aristegui a Jorge Santibañez, “Aumenta la polémica sobre la Ley SB1070”, *CNN en Español*, Denver, Colorado, 27 de abril de 2010, en <http://www.youtube.com/watch?v=31cjXI7oaCE&feature=related>, minuto 4:30.

²³⁴ Ortiz Ahlf, Loretta, “Los derechos humanos de los inmigrantes irregulares y la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en Caballero Ochoa, José Luis (coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, México, Porrúa, 2009, p. 295.

ques terroristas, no existían las condiciones políticas para lograr un acuerdo en materia migratoria.²³⁵

Es así que, como reconoce García Zamora, “especialmente desde septiembre de 2001 la relación de México con otros Estados en materia de migración se ve afectada directa o indirectamente por la lucha del terrorismo”,²³⁶ este comentario nos permite observar con facilidad que dicha política de securitización estadounidense trasciende su territorio extendiéndose a todo el continente,²³⁷ con lo que los países centroamericanos sufren sus efectos pues la discriminación surgida a partir de la conceptualización del miedo que nos regala Erreguerena, así como las leyes antiinmigrantes y el hecho de que a partir de la crisis económica de 2008 el Partido Republicano —con su ideología ultraconservadora y xenofóbica— ha visto fortalecida su influencia política en Estados Unidos, promoviendo que el control migratorio se ligue a cuestiones de seguridad nacional no únicamente en territorio estadounidense sino también en territorio mexicano.

A modo de conclusión considero oportuno abonar únicamente sobre lo siguiente. La situación recién esbozada que nace a partir de 2001 no sólo se limita a los Estados Unidos en su carácter de país receptor de flujos migratorios. México por ejemplo, en 2001, crea junto con Guatemala el programa “Sellamiento de la Frontera Sur” diseñado para detener el flujo del narcotráfico, así como de armas e indocumentados que buscaran ingresar por la frontera sur del país, buscando crear —según afirma José Luis Ávila— “una barrera para el movimiento de personas en sentido sur-norte en las Américas”,²³⁸ o como afirma sugerentemente Villafuerte Solís: un muro

²³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte de la Visita *in loco* a México, *cit.*, párr. 194.

²³⁶ García Zamora, Rodolfo, “Migración Internacional y desarrollo local: una propuesta binacional para el desarrollo regional del sur de Zacatecas, México”, *Red Nacional de Migración y Desarrollo*, México, 2002, en www.migracionydesarrollo.org, consultado el 25 de agosto de 2011, p. 30.

²³⁷ Al respecto comenta Manuel Ángel Castillo que “los acontecimientos ocurridos en Nueva York y Washington en 2001 provocaron que el gobierno de Estados Unidos adoptara legislaciones y medidas tendentes a garantizar la seguridad nacional, no solamente en su territorio, sino que promovió que se aceptaran en naciones que consideraba parte de su área de influencia... para lo cual debió contar con el apoyo y cooperación de los países directa o indirectamente conectados por estos medios”. Castillo, Manuel Ángel, “Las políticas y la legislación en materia de inmigración y trans migración”, en Alba, Francisco *et al.* (coords.), *Migraciones internacionales*, vol. III, México, Colegio de México, 2010, p. 571.

²³⁸ Martínez Pizarro, Jorge *et al.*, “Lógica y paradoja: libre comercio, migración

de contención,²³⁹ esto último en opinión de González y González no representa “una medida de defensa para México sino para la soberanía y seguridad de Estados Unidos”.²⁴⁰

Se encontró vigente hasta 2003 aun cuando, como comenta Calleros Alarcón,²⁴¹ no pudo articularse de modo integral en la región para gestionar la migración venida de Centroamérica al país. Esto no debe resultarnos extraño porque si bien el programa no plantea los sinsentidos de las leyes norteamericanas enunciadas (diferencias antropológicas y daños colaterales a sus propios ciudadanos) tampoco no busca el logro de la gobernabilidad migratoria sobre la base de una gestión efectiva de derechos humanos, sino sobre la base de un Estado concebido con atribuciones soberanas fortalecidas en sede interna para brindar seguridad a su población de quienes pueden llegar por fuera; pues según afirma el Instituto Nacional de Migración “sucede que junto con las migraciones masivas han crecido igualmente en número el tráfico de armas y drogas, así como el surgimiento de bandas delictivas como la Mara Salvatrucha y Barrio 18”.²⁴²

limitada”, *Memorias del Taller sobre Migración Internacional y Procesos de Integración y Cooperación regional*, Chile, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía-División de Población-Fondo de Población de Naciones Unidas, 2005, núm. 45, p. 67.

²³⁹ Villafuerte-Solís afirma esto con un argumento con sustento estadístico que no deja lugar a dudas sobre la validez de su afirmación. La “contención” se refleja en el número de detenciones que ocurren en territorio mexicano, sobre todo en Chiapas, mientras la patrulla fronteriza de Estados Unidos detiene a un promedio de 50,000 migrantes centroamericanos, en 2005 las autoridades mexicanas detuvieron a más de 240,000 personas provenientes de Centroamérica. *Cf.* Villafuerte-Solís, Daniel, “Migración y desarrollo en la era de la globalización”, *Revista de Comercio Exterior*, México, Banco Mexicano de Comercio Exterior, vol. 56, núm. 12, diciembre, p. 1036.

²⁴⁰ Afirman González y González, citando a Montaña: “Esta aseveración tiene su explicación en la lista de condiciones políticas descritas en el Tratado de Libre comercio de América del norte, que incluía, entre otras, que el gobierno mexicano «mantendría su cooperación para proteger las fronteras entre ambos países de la inmigración ilegal, lo que incluía un compromiso de aumentar las operaciones de la patrulla fronteriza, y cumplir plenamente las leyes de inmigración mexicanas, poniendo suficientes recursos a disposición para ese objetivo». Montaña, Jorge, “Misión en Washington. De la aprobación del TLCAN al préstamo del rescate”, *cit.*, en González, María de Lourdes y González, Gabriela, “El trabajo migratorio de indocumentados en México”, *Migraciones Internacionales*, Colegio de la Frontera Norte, vol. 5, núm. 2, julio-diciembre de 2009, pp. 104 y 105.

²⁴¹ Calleros Alarcón, Juan Carlos, *El Instituto Nacional de Migración y los derechos humanos de los migrantes en México*, México, Centro de Estudios Migratorios, 2009, p. 97.

²⁴² Rodríguez, E. *et al.*, *Flujo de entradas de extranjeros por la frontera sur terrestre de México registradas por el Instituto Nacional de Migración*, México, Instituto Nacional de Migración,

A pesar de lo que se sostenga, esto último no puede ser utilizado como pretexto para no respetar derechos humanos de los migrantes centroamericanos en México.²⁴³ Amnistía Internacional en su Informe “Víctimas invisibles, migrantes en movimiento” presentado con antelación a la consideración del segundo informe periódico de México ante el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios (CMW) de 2010.²⁴⁴ Sostiene, sin ambages, que las autoridades mexicanas encargadas de la gestión y control migratorio son indolentes y pasivas ante las violaciones a derechos humanos que las bandas delictivas realizan contra los migrantes siendo ellos mismos quienes se coluden con los bandidos para vulnerarlos de manera más sencilla, y que además autoridades encargadas de la seguridad nacional e interna en México, entiéndase por esto fuerzas armadas y cuerpos policiales, violan derechos humanos de los migrantes irregulares centroamericanos. En pocas palabras, como el CMW afirmara en 2004, “la frontera sur de México... se ha caracterizado por la ausencia de un adecuado régimen de control, legalidad y orden migratorio”.²⁴⁵

Con lo anterior resulta notorio que después del 11 de septiembre de 2001, sin lugar a dudas los flujos migratorios se vieron afectados por la securitización de las fronteras. Esto incide en los cuerpos normativos y en la creación e implementación de políticas públicas de los países de origen, recepción y tránsito migratorio. Por lo tanto en los siguientes apartados analizaremos la Convención Internacional para Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (CIPDTM) con relación a la Ley de Migración de México (LM) y veremos al final si efectivamente México ha cumplido con las obligaciones que aceptara luego de haber ratificado la Convención, el instrumento más avanzado en materia internacional sobre los derechos humanos de este grupo vulnerable, aún a pesar de la securitización injustificada que afecta las

en <http://www.Inm.gob.mx/Paginas/foros/primerforo/insumos/dossierestadistico.pdf>, consultado el 15 de junio de 2010.

²⁴³ Estrada, Dorothy, “Legislación y políticas públicas mexicanas, armonización con el régimen jurídico internacional sobre derechos humanos de los migrantes”, *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, p. 330.

²⁴⁴ Amnistía Internacional, *Víctimas invisibles en México: migrantes en movimiento*, España, EDAI, 2010, p. 8.

²⁴⁵ Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 73 de la Convención. México”, Estados Unidos, 2005.

fronteras nacionales y por tanto al migrante económico irregular venido de Centroamérica.

III. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LA CIPDTM

En el primer apartado de este capítulo, se mencionó de forma específica una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas denominada “Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios”²⁴⁶ de 1978, en la cual por primera vez se plantea la posibilidad de elaborar una convención internacional destinada a la protección de este grupo vulnerable. Lo anterior goza de relevancia porque fue en 1980, según afirma la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cuando:

Se estableció un grupo de trabajo abierto a todos los Estados Miembros para redactar una Convención, y se invitó a participar en esa tarea a diversas organizaciones y órganos internacionales interesados, como la Organización Internacional del Trabajo la UNESCO y la Organización Mundial de la Salud. El grupo de trabajo, reconstruido en diversos periodos de sesiones anuales sucesivos de la Asamblea General, terminó de redactar la Convención en 1990.²⁴⁷

Este grupo de trabajo, presidido por México,²⁴⁸ esbozó la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, adoptada por unanimidad en la 69 reunión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1990.²⁴⁹ Conviene decir entonces que la Convención, esencialmente,²⁵⁰ se diseñó de acuerdo

²⁴⁶ Resolución de la 90a., sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 33/163 del 20 de diciembre de 1978.

²⁴⁷ Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, “Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 73 de la Convención. México”, Estados Unidos, 2005, pp. 4 y 5.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 7.

²⁴⁹ UNESCO, *Kit Informativo, La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los migrantes*, Francia, UNESCO, 2005, p. 9.

²⁵⁰ La Convención menciona así mismo, en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, “la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (núm. 86), la Recomendación sobre los Trabajadores Migrantes (núm. 151), el Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio (núm. 29) y el Convenio Relativo a la Abolición del

a lo contenido en seis instrumentos universales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los Pactos del 66, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; así como los Convenios 97 y 143, dos instrumentos convencionales de la Organización Internacional del Trabajo. Los primeros aportan a la Convención los principios de: dignidad humana, interés superior del niño, universalidad, *pro homine*, progresividad de derechos económicos, sociales y culturales, y de no discriminación. En tanto que el Convenio 97 de 1949 influye con el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en las esferas relacionadas con el trabajo²⁵¹ y el 143 de 1975, surgido para complementar al 97, promueve específicamente el seguimiento de parámetros para el respeto de los derechos de los migrantes en situación irregular.²⁵²

Sin embargo, luego de aquello, no todo ha sido miel sobre hojuelas para el desarrollo del instrumento en análisis. Por un lado la Convención es indudablemente, como se mencionó en párrafos anteriores, un fruto maduro del derecho internacional de los derechos humanos que —como reconoce el CMW— “es el instrumento cabal de orientación jurídica para los Estados en la formulación de sus políticas de migración”²⁵³ que “puede servir de base para promover un enfoque de la migración basado en los derechos humanos y en las buenas relaciones entre las regiones, los Estados, y dentro

Trabajo Forzoso (núm. 105); así como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las Convenciones sobre la esclavitud”.

Asimismo, menciona la importante labor de la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de Desarrollo Social, así como en la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación; la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y la Organización Mundial de la Salud.

²⁵¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, La Convención Internacional sobre los Trabajadores Migratorios y su Comité..., *cit.*, p. 15.

²⁵² Villán Durán, Carlos, “Los derechos humanos y la inmigración en el marco de las Naciones Unidas”, *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes*, *cit.*, p. 60.

²⁵³ Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, “Informe del Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, séptimo periodo de sesiones, Estados Unidos, 2008, anexo VI, párr. 5, p. 36.

de las sociedades en las que residen los migrantes”²⁵⁴ mismo que además, en palabras de Francisco de Alba, “es piedra fundamental, en la construcción de una arquitectura mundial hacia un régimen migratorio de amplio alcance”.²⁵⁵

No obstante lo anterior, dicho instrumento únicamente ha sido ratificado por países expulsores de flujos migratorios internacionales²⁵⁶ como México, Filipinas, Bangladesh y Turquía quienes observan en ella “un vehículo importante para proteger a sus ciudadanos que viven en el exterior”;²⁵⁷ pues si tomamos en consideración lo dicho por el Banco Mundial en un estudio realizado durante 2011²⁵⁸ donde muestra que los 10 países con mayor proporción de inmigrantes en el mundo son Estados Unidos, Federación Rusa, Alemania, Arabia Saudita, Canadá, Reino Unido, España, Francia, Australia e India, veremos que de todos los anteriores ninguno ha ratificado o tan siquiera firmado la Convención.

Súmese a esto el hecho de que la Convención no entró en vigor sino 13 años después de haber surgido en 1990, siguiendo lo establecido en su artículo 87 donde se dispone que lo anterior se configuraría con un mínimo de 20 ratificaciones, éstas se logran el 14 de marzo de 2003 a través de los actos confirmatorios de El Salvador y Guatemala, entrando en vigor el 10 de julio de 2003.²⁵⁹ Sin embargo, lo grave a este respecto, es que se dejó pasar más de una década para que el presente instrumento se convirtiera en uno de los pilares convencionales del derecho internacional de los derechos humanos con lo cual la protección de este grupo vulnerable quedó —y me atrevo a decir que aún queda en gran medida— subyacente dentro de las agendas nacionales, a pesar de una intensa campaña por la ratificación de

²⁵⁴ *Ibidem*, anexo VI, párr. 2, p. 36.

²⁵⁵ Alba, Francisco, “Dilemas globales de la migración internacional”, *Reunión-Diálogo, Centro Tepoztlán*, México, Tepoztlán Morales, 1992, p. 40.

²⁵⁶ Reyes Tépac, E., “Principales países expulsores de emigrantes en el mundo, 2010”, en <http://www.remesasydesarrollo.org/estadisticas/principales-paises-expulsores-de-emigrantes-en-el-mundo-2010-millones-de-personas/>, consultado el 3 de junio de 2011.

²⁵⁷ UNESCO, “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los migrantes”, *Kit Informativo*, Francia, UNESCO, 2005, p. 12.

²⁵⁸ Banco Mundial, “Datos sobre migración y remesas 2011”, en <http://siteresources.worldbank.org/INTPROSPECTS/Resources/3349341110315015165/Factbook2011Spanish.pdf>.

²⁵⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, la Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité..., *cit.*, p. 1.

la Convención lanzada en 1998,²⁶⁰ y de que incluso en 2009, ya entrada en vigor, “se discutió la posibilidad de que los Estados miembros del Consejo de Europa ratificaran la Convención”²⁶¹ sin que se lograran avances al respecto.

Es así que la baja ratificación de la Convención se ve condicionada, según Grange, por dos factores específicos, el primero dado que “en la medida que el 70% de la Convención se origina en tratados y convenios de derechos humanos ya ratificados por muchos países occidentales —particularmente los Pactos del 66— y que deben aplicarse a personas no nacionales, esos Estados ya han aceptado ciertos compromisos para con los migrantes”.²⁶² Este argumento se fortalece con base en aquel otro de que los países occidentales por sus bien cimentados sistemas de gobierno democrático, instituciones y marco constitucional apegado a dichos instrumentos, “tienen normas tan buenas como para no necesitar ese tratado. Eso denota una falta de entendimiento del contenido de la Convención”.²⁶³

En este sentido hay que decir que la CIPDTM es uno de los instrumentos jurídicos vinculantes más recientes, de aquellos que forman el sistema de tratados de las Naciones Unidas.²⁶⁴ Por lo que no es de extrañarse que “... la

²⁶⁰ UNESCO, Kit Informativo, “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los migrantes”, p. 7.

²⁶¹ Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares “Informe del Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, noveno y décimo periodos de sesiones, Estados Unidos, 2009, p. 35.

²⁶² Grange, Mariette, “Importancia e impacto de la Convención Internacional para la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, p. 49.

²⁶³ *Ibidem*, p. 50.

²⁶⁴ Estas Convenciones son: la relativa a los trabajadores migratorios (objeto de nuestro estudio), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Cabe comentar que el sistema universal de protección a derechos humanos, en su rama convencional, ha creado nueve órganos, en virtud de tratados de derechos humanos que supervisan su aplicación estos son: Comité de Derechos Humanos; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Comité contra la Tortura; Comité de los Derechos del Niño; Comité para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y Comité contra las Desapariciones

mayor parte de los derechos que figuran en esos tratados también se aplican a los no ciudadanos y por consiguiente constituyen una protección básica de los trabajadores migratorios”.²⁶⁵ Sin embargo, como afirma Grange, “la Convención... es el único tratado de derechos humanos adoptado por las Naciones Unidas con el objetivo de proteger a un conjunto de individuos que se encuentran vulnerables por hallarse fuera de su Estado de origen”,²⁶⁶ Loretta Ortiz Ahlf abona en este sentido afirmando que “la Convención constituye el primer instrumento internacional convencional, que no distinga en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales entre inmigrante regular o irregular”.²⁶⁷

Lo dicho hasta aquí nos muestra dos realidades paradójicas la primera sobre el pleno valor ético y jurídico de que goza la Convención y la segunda sobre su disminuida efectividad en un plano instrumental y de relaciones internacionales. Así pues, podría surgir la siguiente interrogante ¿es útil la Convención? La respuesta sin duda es afirmativa, dado que con independencia de los factores politológicos e incluso sociológicos surgidos en torno suyo; desde un plano eminentemente jurídico que no pretende ser miope aunque sí ortodoxo, por el hecho de ser un tratado internacional, ratificado por Estados, obliga a su cumplimiento... máxime por la materia que aborda. Podría decirse por otro lado que los grandes Estados receptores mencionados antes no se han decantado al respecto y que este hecho limita de forma sustancial la efectividad de la Convención; sin embargo, aquí lo que se pretende es que la Convención tenga plena eficacia en México pues aun cuando es uno de los tres primeros expulsores de migrantes en el mundo, según lo reconoce el Banco Mundial en su citada investigación, es también uno de los principales países de tránsito y por tanto de recepción *lato sensu*, de tal suerte que al haber ratificado la Convención, México como país de recepción, tránsito y expulsión tiene un compromiso triplicado en el cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, en los párrafos subsecuentes se abordarán la descripción del objeto y alcance de la Convención, su estructura con especial incidencia en

Forzadas. Los últimos tres, surgidos a partir de las convenciones citadas al inicio de esta cita iniciaron sus sesiones en 2004, 2009 y 2011 respectivamente.

²⁶⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, la Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité..., *cit.*, p. 14

²⁶⁶ Grange, Mariette, *Importancia e impacto de la Convención...*, *cit.*, pp. 43 y 44.

²⁶⁷ Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular...*, *cit.*, p. 57.

la parte sustantiva atinente a los derechos humanos consignados para los migrantes irregulares y sus familias; asimismo se enunciarán los términos que utiliza como marco conceptual para desarrollar su dialéctica enfocada a la universalidad de los derechos humanos. Por último nos referiremos a la parte orgánica y programática del instrumento donde se concibe un mecanismo convencional de Naciones Unidas para vigilar la aplicación y garantía de esta norma internacional, el citado CMW. Asimismo, se analizarán los reportes que el Estado mexicano ha presentado ante el citado comité para ver la congruencia de su discurso en relación con sus acciones en la materia.

1. *Objetivo y alcance*

De forma somera podríamos decir que la Convención tiene como objetivo el “establecimiento de normas para armonizar las actitudes de los Estados mediante la aceptación de los principios fundamentales relativos a los derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, considerando la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, particularmente el caso de los irregulares”.²⁶⁸ Sin embargo, debe entenderse que la misión del instrumento no se limita únicamente a ofrecer una nómina de opciones a los Estados parte para que escojan las que consideren adecuadas a sus necesidades. Por el contrario, como el alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos reconoce, en ella “se fijan las normas por las que han de regirse las leyes y procedimientos judiciales y administrativos de los distintos Estados”²⁶⁹ con relación a los migrantes económicos, tanto regulares como irregulares.

No se entienda esto último en el sentido de que la Convención tiene como objetivo regular los procedimientos internos de los Estados partes relativos a la visión clásica de la migración concebida desde las fronteras nacionales como una problemática demográfica, de seguridad interna y estabilidad de mercados financieros y laborales.²⁷⁰ Por el contrario, como

²⁶⁸ Grange, Mariette, *Importancia e impacto de la Convención...*, cit., p. 73

²⁶⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, la Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité, cit., p. 6.

²⁷⁰ A este respecto comenta el doctor Francisco de Alba que actualmente los derechos humanos no tienen la misma fortaleza en los países desarrollados en virtud de aquello que denominan *rights based liberalism*. Así las dificultades del control migratorio en las democracias industrializadas contemporáneas se encuentran estrechamente aso-

afirma Grange “la Convención es claramente un tratado de derechos humanos y no de gestión migratoria ni de lucha contra la criminalidad”.²⁷¹ Así pues, la principal virtud de la Convención es la creación de estándares relativos a derechos humanos de un grupo vulnerable específico,²⁷² con lo cual, por un lado, “refuerza y complementa una serie de disposiciones de los principales tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas”²⁷³ y por otro “proporciona derechos relacionados específicamente con la necesidad de protección en vista de su particular vulnerabilidad”.²⁷⁴

Ahora bien, para comprender el alcance de la Convención, resulta necesario conocer sus ámbitos de validez jurídica; iniciaremos con el ámbito personal, que nos llevará al material, finalizando con el temporal y el espacial. El artículo 1o. de la Convención afirma que los sujetos dentro de su ámbito de protección personal serán:

Todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

En su artículo segundo la Convención, a través de una interpretación auténtica informa que 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. En tanto que el artículo 4o. nos brinda la definición del término “familiares”, es decir, las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como sus hijos y otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable. Esta legislación podrá ser la de aquellos Estados reconocidos en el artículo 6o.

ciadas al surgimiento y consolidación de una política basada en la confluencia de mercados y derechos donde se encontrarían muchas de las dificultades para el control de la inmigración por parte de esas sociedades. De Alba, Francisco, *La Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios: alguna implicaciones, cit.*, p. 37.

²⁷¹ Grange, Mariette, *Importancia e impacto de la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, cit.*, p. 44.

²⁷² De Alba, Francisco, *La Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios: alguna implicaciones, cit.*, p. 36

²⁷³ *Ibidem.*

²⁷⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, *La Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité, cit.*, p. 8.

como “Estado de origen” (aquel del que sea nacional la persona de que se trate), “Estado de empleo” (aquel donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada) y, “Estado de tránsito” (aquel por el que pase el interesado en un viaje al Estado de empleo o del Estado de empleo al de origen).

Ahora bien, la Convención no será aplicada —según reconoce en su artículo 3o.— a funcionarios internacionales²⁷⁵ (tanto diplomáticos como miembros de organismos internacionales), inversionistas, refugiados y apátridas, estudiantes, “marinos y los trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo”. Dichas personas quedan excluidas del ámbito personal de validez de la Convención y por tanto de su protección. Visto lo anterior considero conveniente abonar un poco más sobre las categorías de “marinos y los trabajadores en estructuras marinas” y los refugiados y apátridas, respectivamente; para luego observar los límites del ámbito material de la Convención. Lo anterior con miras a mostrar la zona de desarrollo jurídico dentro del derecho internacional, en el cual la Convención se encuentra inserta, y de manera accesoria, mostrar que aquellos no sufren de indefensión.

Respecto al primer punto, entendamos por “marinos” a dos sujetos de derecho, aquellos trabajadores en marinas mercantes y aquellos pertenecientes a una de las tres ramas tradicionales de las fuerzas armadas, en tanto que los “trabajadores en estructuras marinas” serán aquellos que laboren sobre plataformas petrolíferas, astilleros, estructuras de reparación para barcos o contenedores sobre el mar. Pues bien, los primeros y los terceros son protegidos por el derecho internacional del trabajo a través del estatuto de “gente de mar” bajo el cual se regulan sus condiciones de trabajo, protección de la salud, etcétera, con independencia de su nacionalidad. Así pues, es la Organización Internacional del Trabajo quien ha juridificado dicho estatuto a través de diversos instrumentos vinculantes,²⁷⁶ el más reciente es

²⁷⁵ Los primeros son regulados en lo esencial por la Convención de Viena de 1963 sobre Derecho Diplomático en tanto que los segundos lo son por los Estatutos y Constituciones de sus organismos.

²⁷⁶ De la Organización Internacional del Trabajo: Convenio 147 sobre la marina mercante (normas mínimas) de 1976, con su Protocolo de 1996; Convenio 180 sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques de 1996; Convenio 179 sobre la contratación y la colocación de la gente de mar de 1996; Convenio 166 sobre la repatriación de la gente de mar de 1987, Convenio 178 sobre la inspección del trabajo (gente de mar) de 1996; Convenio 165 sobre la seguridad social de la gente de mar de 1987; Convenio 164 sobre la protección de la salud y la asistencia médica (gente de mar) de 1987; Convenio 163 sobre el bienestar de la gente de mar de 1987; Convenio 146

el adoptado en su 94 Conferencia del 23 de febrero de 2006 denominado Convenio sobre el Trabajo Marítimo, que México aún no ha ratificado.²⁷⁷ Por cuanto hace a los segundos, como miembros de las fuerzas armadas, es el derecho internacional humanitario quien les protege, en lo relativo a las formalidades y límites que la guerra debe contener para desarrollarse de acuerdo a cuatro convenios y dos protocolos. Este *corpus* normativo denominado derecho de Ginebra,²⁷⁸ posee un artículo 3o. común considerado la piedra angular de esta rama jurídica, erigiéndose como “norma mínima”²⁷⁹ para limitar la barbarie de los conflictos armados; Cançado Trindade²⁸⁰ comenta que dicha limitante se logra estableciendo derechos individuales de los que gozan las personas protegidas durante los conflictos bélicos con base en los principios de inviolabilidad y seguridad de la persona y de no discriminación.

Dentro de los cuatro convenios destaca para nuestro caso de análisis el segundo, denominado Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar. Donde *grosso modo* se deja en claro que una vez que los marinos dejen las armas por encontrarse en cualquiera de las hipótesis contenidas en el título del Convenio, no podrán ser atacados pues ya no toman parte en las hostili-

sobre las vacaciones anuales pagadas (gente de mar) de 1976, y Convenio 145 sobre la continuidad del empleo (gente de mar) de 1976.

²⁷⁷ Hasta el 10 de agosto de 2011 han ratificado: Bahamas, Benin, Bosnia, Bulgaria, Canadá, Croacia, Dinamarca, España, Islas Marshall, Liberia, Noruega, Panamá, San Vicente y las Granadinas, Singapur y Suiza.

²⁷⁸ Díaz Müller, con un lenguaje muy fluido y directo afirma: “El Derecho de Ginebra entendido como las Convenciones de Ginebra y los Protocolos I y II relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter internacional y conflictos armados sin carácter internacional, representan un *sistema jurídico particular*, propio del equilibrio entre los súper-poderes (Estados Unidos y la Unión Soviética) durante el periodo de la Guerra Fría. Vale la pena el comentario por como lo concluye, dado que en él se reflejan los efectos que la política internacional provoca en la juridificación de diversos fenómenos sociales, en este caso la guerra como fruto de un conflicto de poder.” Díaz Müller, Luis T., “El derecho internacional humanitario y los derechos humanos en el siglo XXI”, en Cienfuegos, David y López Olvera, Miguel (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho internacional y otros temas*, México, UNAM, 2005, p. 143.

²⁷⁹ Cançado Trindade, Augusto, “Desarrollo de las relaciones entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos en su amplia dimensión”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, junio-diciembre de 1992, p. 44.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 46.

dades, convirtiéndose en presos de guerra por lo que es necesario brindarles un trato justo y equitativo con fundamento en los principios de humanidad y caballerosidad, que según Díaz Müller²⁸¹ rigen al derecho humanitario.

En lo relativo a los refugiados y apátridas, es el derecho internacional de los refugiados²⁸² el que regula ambas condiciones. La primera es contenida principalmente por cinco instrumentos de la Organización de Naciones Unidas²⁸³ que conforman la base de los derechos de los refugiados en la normativa internacional, y son: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967; el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; la Declaración sobre el Asilo territorial, y el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado. En tanto que el segundo se enuncia en varios instrumentos internacionales, como la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas²⁸⁴ y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia.²⁸⁵

En líneas generales, como reconoce Cançado Trindade,²⁸⁶ el derecho internacional de los refugiados, junto con el derecho humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos corresponde a la impronta generacional de la protección internacional de la persona humana, misma que a través de un replanteado orden público encausado en normas jurídicas de nuevo cuño —pasado el inicio de la posguerra— busca que la persona

²⁸¹ Díaz Müller, Luis T., *El derecho internacional humanitario y los derechos humanos en el siglo XXI*, *op. cit.*, p. 128.

²⁸² Díaz Müller, *op. cit.*, pp. 142-146, Cançado Trindade, *op. cit.*, pp., 46-49, y Ruiz de Santiago, Jaime, *Derecho internacional de los refugiados*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú-Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial, 2001, pp. 6-32.

²⁸³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos de los no ciudadanos*, Suiza, Editorial de Naciones Unidas, 2006, p. 32.

²⁸⁴ No se extrañe el lector si en el apartado 2.1. “Antes y después de la Convención...” no se tomó en cuenta este instrumento, pues únicamente analizamos aquellos nacidos desde el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas; en tanto que la correspondiente a los Apátridas surge en la Resolución 526 A (XVII) del 28 de septiembre de 1954 a través de una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social (Ecosoc).

²⁸⁵ Esta surge a partir de un estudio realizado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en conjunción con el Ecosoc, así pues en la Resolución de Asamblea General 896 (IX) del 4 de diciembre de 1954, se estableció el anhelo de que el estudio se tradujera en una Convención, la cual es adoptada en Nueva York el 30 de agosto de 1961 por una conferencia de Plenipotenciarios. Sin embargo, aborda el estudio del movimiento humano forzoso, por tanto desde la *vis* política.

²⁸⁶ Cançado Trindade, Augusto, *Desarrollo de las relaciones...*, *cit.*, p. 58.

humana se convierta en el centro del derecho.²⁸⁷ En un tenor similar, Díaz Müller razona sobre el derecho de los refugiados al decir que surge a partir de una zona de entrecruzamiento entre el humanitario y el internacional de los derechos humanos.²⁸⁸ La conclusión anterior se ve enriquecida con la opinión que Cançado Trindade ha ofrecido en este sentido, al decir que: “Un problema común entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos es el de los llamados desplazados internos (migraciones forzadas) a ser enfrentado por las vías disponibles en el derecho internacional de los refugiados”.²⁸⁹

En tal orden de ideas observamos que los refugiados y los apátridas gozan de un estatuto específico dentro de una rama del derecho internacional orientada a la protección de la persona humana, pero que guarda diferencias²⁹⁰ —sobre las cuales no sería prudente ahondar aquí— con el derecho internacional de los derechos humanos en el cual se inserta la Convención que a lo largo de estos apartados analizaremos.

Así pues, resulta visible que los sujetos ya expuestos, excluidos de la protección convencional, son efectivamente respetados a través del derecho internacional del trabajo, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados y por supuesto el derecho de Viena (sobre relaciones diplomáticas y consulares). Con lo anterior queda claro que el ámbito material de nuestro instrumento se circunscribe únicamente al ámbito de desarrollo normativo del derecho internacional de los derechos humanos, rama especializada sobre la que ya se habló a lo largo del primer capítulo de este trabajo, misma que si bien guarda convergencias con las anteriores no puede asimilárseles.

²⁸⁷ Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos de los no ciudadanos*, cit., 2006, p. 65.

²⁸⁸ Díaz Müller, Luis T., “El derecho internacional humanitario y los derechos humanos en el siglo XXI”, cit., p. 140.

²⁸⁹ Cançado Trindade, Augusto, *Desarrollo de las relaciones...*, cit., pp. 59-62.

²⁹⁰ No está por demás comentar en este sentido, someramente, que mucho se ha discutido en la doctrina sobre la complementación de los derechos humanos con los asuntos humanitarios. De hecho tanto Cançado Trindade como Díaz Müller coinciden en que actualmente prima la tesis acumulativa de estas dos ramas del derecho internacional, en un sentido operativo y hermenéutico. Es decir, por la vocación que ambas tienen de garantizar la dignidad humana, no entran en contradicciones, dado que dicha aproximación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos viene a fortalecer el grado de protección debida a la persona humana. Díaz Müller, *op. cit.*, pp. 126, 127, 141-145, y Cançado Trindade *op. cit.*, pp. 43-48.

Pasemos pues a los ámbitos temporal y espacial. Respecto al primero debemos observar dos cuestiones específicas relacionadas con los efectos de la Convención en el tiempo, una relativa a la protección que, sobre el migrante, brinda el instrumento durante un periodo específico, y otra donde el paso del tiempo es *conditio sine qua non* para que un sistema jurídico recepcione la Convención y entonces ésta devenga vinculante. Ambos se imbrican sustancialmente como se verá a continuación. El primero se encuentra dentro del artículo 1.2 de la Convención donde se afirma:

La presente Convención será aplicable *durante todo el proceso de migración* de los trabajadores migratorios y sus familias *que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el periodo de estancia* y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, *así como el regreso* al Estado de origen o al Estado de residencia habitual (énfasis añadido)

Es así que la Convención construye una esfera temporal a través de la cual tutela a sus sujetos (ya mencionados antes) desde la preparación de su partida, e incluso hasta su retorno, con esto crea una especie de protección circular y completa durante el periplo. La segunda cuestión, es visible en su artículo 86 donde dispone que la Convención se encuentra sujeta a ratificación para surtir efectos. Esto quiere decir —siguiendo los artículos 2o. y 14 de la Convención de Viena de 1969— que desde el momento durante el cual un Estado se obliga a seguir lo estipulado por la Convención, ésta surtirá efectos jurídicos resultando necesario que aquel cumpla con sus obligaciones internacionales en la materia y que además armonice su sistema jurídico-político con relación a ella. Súmese a esto que el Estado, en virtud de la inderogabilidad que caracteriza a esta clase de tratados, no pueda interrumpir ni suspender el acatamiento de sus obligaciones desde el momento en que el instrumento deviene vinculante.

Corresponde ahora observar desde qué momento México se obligó a cumplir con lo contenido en la Convención. Esto se dio el 13 de agosto de 1999 cuando se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto promulgatorio en razón del cual México la convirtió en parte integrante de su sistema jurídico. Ahora, si bien el decreto citado no dispone fecha exacta de entrada en vigor, lo anterior no es causa de confusión cuando se interpretan diversos cuerpos normativos nacionales al respecto.

En primera instancia obsérvese que en los artículos 4o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados de 1992, y 2o. de la Ley del Diario Oficial de la Federación y Gacetas Gubernamentales de 1986, se dispone que los tratados publicados en el *Diario Oficial de la Federación* serán obligatorios en virtud de que dicho órgano de gobierno es el encargado constitucional de

publicar las normas internacionales celebradas por el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos; por otro lado, si se revisa el artículo 3o. del Código Civil Federal de 1928, aún vigente, donde se enuncia en sus disposiciones preliminares que las leyes o cualesquiera otras disposiciones de observancia general publicadas en el periódico oficial surten efectos tres días después de su publicación, veremos bajo este criterio que desde el 16 de agosto de 1999 México se encuentra obligado por la Convención.

Todo lo dicho hasta aquí, respecto al ámbito temporal hace referencia de una forma o de otra al artículo 88 de la Convención —sustento jurídico del ámbito de validez espacial— donde se afirma que los Estados partes, luego del compromiso, tendrán que cumplir con lo estipulado en la totalidad de la Convención. En dicho artículo se construyen los límites de este ámbito de validez a partir del acto ratificatorio, afirmando que “los Estados que ratifiquen la Convención no podrán excluir la aplicación de ninguna parte de ella ni tampoco podrán excluir de su aplicación a ninguna categoría determinada de trabajadores migratorios”. Esto último visto a la luz del artículo 7o. de la Convención se traduce en que cualquier Estado, una vez ratificada la Convención, se obliga a cumplir con lo estipulado en ella a lo largo y ancho de su territorio.²⁹¹

Lo anterior si bien no representa un reto intelectual en su comprensión, simboliza una problemática jurídica importante. Bajo la visión clásica del positivismo jurídico, y analizando a García Máynez veremos que dicho autor, siguiendo la doctrina kelseniana del primer tercio del siglo XX, afirma que de acuerdo al ámbito de validez espacial, las normas son: generales o locales, entendiendo que las generales priman en todo el territorio de un Estado “basado en los preceptos de la Constitución relativos a la soberanía nacional”,²⁹² la presente concepción no es suficiente para comprender dicho ámbito. Lo anterior no se entiende en un sentido peyorativo, sino como un reflejo del tiempo pasado en que García Máynez escribía su obra (1940) pues para entonces primaba la teoría monista nacionalista²⁹³ según la cual la normativa internacional se subordinaba al orden jurídico nacional: soberano y voluntarista y los tratados internacionales tenían una jerarquización inferior a la constitucional e incluso a la legal.

²⁹¹ Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 39, enero-junio, 2004, pp. 71-99.

²⁹² García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2008, pp. 80 y ss.

²⁹³ Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, México, UNAM, 2010, pp. 40 y ss.

Actualmente ese *corpus iuris* internacional, máxime el relativo a derechos humanos, goza de nivel constitucional o *supra* constitucional. Esto justamente abona el hecho de que no puede entenderse a través de un criterio maniqueo la espacialidad de la Convención en su carácter de tratado internacional, pues en realidad dicha ficción de la soberanía como recurso para que un Estado se sustraiga de la voluntad internacional no aplica para la materia que regula el instrumento en análisis. Por lo anterior, resulta conducente afirmar siguiendo terminológicamente —no conceptualmente— a García Máynez que en efecto la Convención es una norma general, pero no por ser emanada de un proceso legislativo interno que la coloque en un nivel jerárquico superior a las de cuño local, sino por ser la norma jurídica con contenido ético protectora de un grupo vulnerable que necesita tutela, misma que debe ser extendida a pesar de las leyes nacionales (ya generales o locales). Por tanto, el ámbito de validez espacial de la Convención en México es general, pero en el sentido esbozado apenas y no en uno limitativo de los efectos que dicho instrumento imprime en su contenido.

Es por lo anterior que no puede perderse de vista que como afirma Santiago Pagliari, “la finalidad esencial del derecho internacional es la reglamentación de las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional que sean susceptibles de una normatividad jurídica”,²⁹⁴ partiendo de lo anterior como premisa, téngase claro que dichos “sujetos” no son de manera exclusiva los Estados, sino los seres humanos como centro del derecho, recordando a Cançado Trindade. Así pues, los Estados como sujetos pasivos de obligaciones internacionales relativas a derechos humanos deben garantizarlos a las personas bajo su jurisdicción, y legitimar su decisión ante los Estados a través de acciones específicas, aumentadas en la medida que esto es posible por organismos internacionales quienes, jugando el rol de árbitros, promotores, jueces o críticos, buscan mejorar la conducta proactiva del Estado en estos menesteres.

En este orden de ideas, una vez contraída la obligación con la comunidad internacional, y ante todo con los seres humanos en su territorio, el Estado indefectiblemente debe cumplir. De una suerte tal que tiene que armonizar su sistema jurídico con relación a la Convención e incluso renovar su sistema político con miras a satisfacer lo anterior mediante acciones concretas. Esto debe realizarse, particularmente, por los 44 Estados firmantes actuales de la Convención en análisis. Es por lo dicho hasta aquí que, en segui-

²⁹⁴ Pagliari, Santiago, “El derecho internacional público, funciones, fuentes, cumplimiento y la voluntad de los Estados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. IV, 2004, p. 459.

miento del artículo 88 del multicitado instrumento, desde las riveras del Río Bravo hasta las del Suchiate; el Estado mexicano tiene la obligación de cumplir con las obligaciones contenidas en ella.

2. Estructura

Pasado lo anterior, es momento de describir la estructura de la Convención. Según la oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos²⁹⁵ el instrumento se conforma de nueve partes: 1) alcances y definiciones; 2) la enunciación del principio a la no discriminación; 3) los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias; 4) otros derechos específicos para los trabajadores migratorios regulares y sus familiares; 5) otras disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios; súmese 6) la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional; 7) mecanismos para aplicar la Convención; 8) disposiciones generales, y 9) disposiciones finales.

En la primera parte se desglosa el ámbito de validez personal, ya analizado antes, contenido principalmente en los artículos 1o., 3o. y 4o. Asimismo se construyen las clasificaciones de trabajadores migratorios con referencia a la autorización que haya dado el Estado que sea parte en la Convención para su ingreso; estas son “trabajadores migratorios documentados o en situación regular” y “trabajadores migratorios no documentados o en situación irregular”. Esta terminología reviste una diferencia cualitativa de fondo en el trato que se otorga a los migrantes económicos en los países de recepción.

Es decir, la Convención supera la calificación peyorativa que tilda a los segundos como “ilegales”. Y por otro lado esto reafirma lo mencionado por Grange respecto a que el instrumento no es un tratado de gestión migratoria, sino de protección a derechos humanos; en el sentido de que no pretende regular las políticas migratorias de los Estados parte dando paso a la entrada indiscriminada de seres humanos a un territorio, pretende protegerlos con independencia de que se les permita o no el ingreso o salida de forma regular. Por último, en este apartado la Convención clarifica lo que se entenderá por Estados de origen, tránsito y de empleo (o recepción).

²⁹⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, la Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité, *cit.*, p. 5.

En su segundo apartado enuncia uno de sus principios centrales: el de no discriminación, considerado por la Corte IDH²⁹⁶ como norma perentoria de *ius cogens* que obliga a todos los Estados del orbe. Sobre él es necesario puntualizar algunos aspectos. Según afirma Anne Bayefsky,²⁹⁷ las disposiciones a favor de la no discriminación (como el artículo 7o. de la Convención en análisis) tienen dos dimensiones estructurales que afectan su eficacia en un sentido instrumental: su autonomía o subordinación, su apertura o restricción.

Comenta que será autónoma si la disposición no limita la prohibición de la conducta discriminatoria a los derechos contenidos en un instrumento de derechos humanos, en tanto que si limita, será subordinada. Por cuanto hace a la apertura o restricción, esta se revela en la nómina de motivos a través de los cuales se puede discriminar (sexo, religión, raza); si el instrumento limita los motivos será restrictivo, si por el contrario amplía el espectro a través de fórmulas del lenguaje, será abierto. Así pues el artículo 7o. de la Convención pareciera tener una dimensión subordinada dado que afirma:

Los Estados partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a respetar y asegurar, a todos los trabajadores migratorios que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción, los derechos previstos en la presente Convención.

Sin embargo, esto no reviste problemática alguna, pues la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sugiere, según comenta Bayefsky,²⁹⁸ que una cláusula subordinada de no discriminación debe interpretarse de la siguiente manera: leyéndose en conjunto con cada uno de los derechos y libertades reconocidas en la Convención como si formase parte integral de todos y cada uno de los artículos que establecen derechos y libertades, súmese a este criterio interpretativo la frase contenida en el citado artículo “de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, con esto último se abre la posibilidad de interpretar la disposición a la luz de los pactos del 66 o de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

²⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párr. 72.

²⁹⁷ Bayefsky, Anne F., “El principio de equidad y no discriminación en el derecho internacional”, *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núm. 1 y 2, 1990, pp. 180 y 181.

²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 183 a 186.

Ahora bien, el artículo 7o. tiene una dimensión abierta, pues luego de la nómina de motivos por los cuales puede promoverse discriminación, aporta la frase “cualquier otra condición” esto, interpretado bajo el principio *pro homine*, permite encuadrar en la nómina del precepto cualquier condición útil para discriminar, permitiendo una protección integral.²⁹⁹

Pasemos al tercer apartado, éste será la médula del presente estudio, dado que en él se abordan los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, es decir para aquellos en situación migratoria regular o irregular. La Convención los recoge desde el artículo 8o. hasta el 35. Para efectos didácticos se ha preparado una tabla, anexa al documento, donde de forma escueta se enuncia el derecho humano protegido por la Convención así como el artículo en el cual se encuentra inserto. Aún con lo anterior deseo únicamente hacer algunos comentarios sobre este apartado específico.

De forma puntual, se protegen especialmente el derecho a la vida (artículo 9o.), a la libertad personal (artículo 16.1), al debido proceso (*inter alia* artículos 16.4 a 22.5 y otros), a la salud (artículo 28), a la educación (artículo 30), y a la no discriminación en el ámbito laboral (artículo 25.1 principalmente), de ellos devienen muchos otros más específicos como: el derecho a no sufrir torturas, tratos o penas crueles inhumanas y degradantes (artículo 10), relacionado con el de la vida, la salud y el debido proceso; a la no esclavitud (artículo 11.1) y a la no detención arbitraria (artículo 16.4), relacionados con el de libertad personal y vida; el derecho a la seguridad social (artículo 27.1) y a la asociación profesional (artículo 26.1), relacionados con el de salud y no discriminación en el ámbito laboral.

Sobresale además la configuración de deberes estatales, dentro de la nómina de derechos. Como por ejemplo la obligación de garantizar los derechos contenidos en la Convención (artículo 25.3), el deber de difundir los derechos aquí consignados (que se encuadraría en la obligación de protección), así como el deber estatal de asegurar condiciones satisfactorias y efectivas para la migración internacional (artículo 35). Desde la visión del autor todo esto configura la pureza de la línea discursiva de la Convención, que es justamente la de un tratado de derechos humanos y no la de un instrumento multilateral orientado a la gestión migratoria.

²⁹⁹ En este sentido comenta el Comité, que aunque la enumeración de los motivos de distinción prohibidos es ilustrativa y no exhaustiva, cabe señalar que la lista de la Convención es más amplia de las que se encuentran en otras Convenciones de derechos humanos. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, la Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité, *cit.*, p. 7.

Luego de lo anterior es momento de pasar al cuarto apartado de la Convención, que va desde el artículo 36 hasta el 57, orientado a otros derechos específicos para los trabajadores migratorios regulares y sus familiares. *Grosso modo* la Convención les otorga los derechos ubicados desde el artículo 8o. al 35, más aquellos como el derecho a conocer qué tipo de actividades remuneradas puede realizar el migrante y sus familiares (artículo 37), así como la mayor libertad para elegir la actividad productiva que realizarán (artículos 49.2 y 53); libertad de movimiento y residencia en el territorio de recepción (artículo 39), derechos políticos como el de participación en eventos públicos, de voto, consulta para la toma de decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales (artículos 41 a 43); a la vivienda, al acceso a la vida cultural, entre otros (artículo 43); a la reunificación familiar (derecho que no se les garantiza a los migrantes irregulares, artículo 44); derecho a que sus hijos y ellos mismos ingresen a instituciones educativas (artículos 43 y 45), condonación de derechos e impuestos sobre sus menajes de casa, cuando llegan al país de recepción (artículo 46).

Asimismo, en materia laboral, se les otorgan plazos de conservación de derechos luego del desempleo o concluida la labor por la cual gozaban de una calidad migratoria determinada (artículos 51 y 54) asegurando además que no se podrá recurrir a la expulsión como medio para privar a un trabajador de los derechos emanados de su permiso de trabajo (artículo 56.2). Por último, la Convención afirma que al momento de expulsar a un trabajador migratorio, deben tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario así como el tiempo de residencia que lleve el trabajador (artículo 56. 3).

Pasamos entonces al quinto apartado sobre las disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares, enunciados en la Convención desde el artículo 57 hasta el artículo 63. Estos derechos imbrican en lo necesario aquellos reconocidos dentro de los apartados tercero (derechos de todos los trabajadores migratorios) y cuarto (derechos de los trabajadores migratorios regulares) respectivamente. De forma precisa la Convención tutela calidades específicas de migrantes en virtud de las dinámicas migratorias mundiales en las que aún subsiste el trabajo estacional y el fronterizo con lo cual se pretende proteger a todos los trabajadores migratorios sin importar el tiempo de estancia o condiciones de retorno que vivan durante el periplo; es así que la Convención reconoce sus derechos y con esto —según afirma la OIT— promueve *per se* el logro del “trabajo decente”³⁰⁰ en el mundo.

³⁰⁰ El Programa de Trabajo Decente de la OIT, lleva más de una década buscando que a través de acciones nacionales desarrollados en colaboración suya, se logre el

En este apartado se habla de: 1) trabajadores fronterizos (regresan a su país de origen por lo menos una vez a la semana) quienes gozarán de todos los derechos reconocidos en el cuarto apartado; 2) trabajadores de temporada (su trabajo depende de condiciones estacionales, realizable sólo durante una etapa del año) quienes también gozan del contenido del apartado cuarto en la medida en que el Estado de empleo disponga; 3) trabajadores itinerantes (viven en su estado de origen, pero por motivos laborales viajan a otros Estados, por periodos breves) quienes se encuentran en las mismas condiciones que los fronterizos.

Luego, la Convención aborda la clasificación de: 4) los trabajadores vinculados a un proyecto quienes gozan de todo el apartado cuarto, pero no pueden ingresar a centros educativos o gozar de vivienda como programa social, ni podrán elegir libremente otra actividad remunerada distinta de la ligada al proyecto; 5) trabajador con empleo concreto (lo envían a otro Estado, por un tiempo limitado para realizar una acción concreta), se encuentra en condiciones muy similares a las del trabajador vinculado a un proyecto, con la diferencia de que su familia gozará de todos los derechos del apartado cuarto con excepción del referente a la libre elección sobre actividad remunerada.

Por último toca a: 6) los trabajadores por cuenta propia (realizan actividades remuneradas sin tener un contrato de trabajo), ellos gozarán de todos los derechos contenidos en el apartado cuarto de la Convención, con excepción de aquellos exclusivos de los trabajadores con contrato; asimismo se les permite residir junto con su familia en el Estado de empleo una vez concluida su labor, salvo cuando la autorización de residencia dependa expresamente de la actividad remunerada concreta para la cual fueron admitidos.

Posteriormente, la Convención pasa a su sexto apartado, relativo a la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares. Se enuncia (artículo 64) la necesidad de la cooperación internacional como eje transversal para el logro de la gobernabilidad migratoria. En este sentido, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en un documento sumamente interesante,³⁰¹ afirma que en el continente no hay una política migratoria implementada en conjunción con otros países. Lo dicho

bienestar de todos los trabajadores del mundo aplicando cuatro objetivos estratégicos: 1) crear trabajo, 2) extender la protección social, 3) promover el diálogo social, y 4) garantizar los derechos de los trabajadores, esto último para lograr el reconocimiento y el respeto para los trabajadores, mediante su representación, participación y leyes adecuadas que se cumplan y estén a favor, y no en contra, de sus intereses.

³⁰¹ Martínez Pizarro, Jorge *et al.*, “Lógica y paradoja: libre comercio, migración limitada”, *Memorias del Taller sobre migración Internacional y procesos de Integración y cooperación*

apenas repercute en la garantía que pueda dársele a los derechos humanos de los migrantes económicos (aquí incluso, con independencia de su irregularidad), pues norma jurídica y política pública se imbrican para el logro de una gobernabilidad sustentable.

En los artículos siguientes se obliga al Estado a crear y mantener los servicios apropiados para atender cuestiones relacionadas con la migración internacional de tipo económico a través de políticas públicas, consultas y dotación de información necesaria entre Estados parte de la Convención (artículo 65); la facilitación de asistencia y servicios consulares a trabajadores migratorios (artículo 66); el retorno de migrantes a sus lugares de origen a través de la cooperación y reciprocidad internacionales (artículo 67). Unido a lo anterior se le atribuye a los Estados de tránsito la obligación de colaborar en la eliminación de los movimientos y el empleo ilegales. En este sentido y observando la dialéctica que maneja la Convención, entiéndase lo anterior en un sentido amplio y garantista, es decir, la eliminación de la ilegalidad no se da implementando políticas migratorias restrictivas sino mediante el rompimiento del paradigma hartamente mencionado, relativo a la creencia de que el migrante es un ser humano inferior, al grado tal que su movimiento no puede ser tutelado por normas jurídicas, lo que conlleva ubicarlo fuera del terreno de la legalidad.³⁰²

Súmese a lo anterior que la Convención obliga a los Estados parte a tomar medidas apropiadas para asegurar que en sus territorios no haya migración irregular, considerando la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas de conformidad con sus legislaciones (artículo 69). Por último, la Convención construye una obligación de garantía estatal sobre el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, atinente a condiciones de trabajo y de vida (artículo 70) y una más, relativa a la repatriación de los restos mortales de aquellos migrantes fallecidos en el territorio de algún Estado parte (artículo 71).

En el séptimo apartado que va de los artículos 72 a 78, se abordan disposiciones relativas, exclusivamente, al Comité de Protección de los Derechos Humanos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, mecanismo convencional de Naciones Unidas a través del cual se pretende la aplicación de la Convención en todos los Estados parte, sobre él discurriremos en el siguiente acápite.

regional, Chile, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía-División de Población Fondo de Población de Naciones Unidas, 2005, 45, pp. 2-10.

³⁰² Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, México, Porrúa, 2011, caps. III y IV.

El apartado octavo de la Convención regula disposiciones generales. En este reducido compendio de preceptos —seis artículos en total (artículos 79 a 84)— la Convención deja muy en claro su vocación de protección a derechos y no de gestión o control migratorio (artículo 79), prepara una cláusula (artículo 80) a través de la cual la interpretación que se haga de lo dispuesto en la Convención no podrá menoscabar la Carta de Naciones Unidas o cualquier instrumento constitucional de los demás organismos internacionales ligados a ella (OIT, UNESCO, UNICEF, OMS); asimismo establece que lo dispuesto en ella será una especie de “mínimo legal” el cual no podrá ser disminuido aunque sí aumentado por las legislaciones de los Estados parte (artículo 81); este mínimo no puede ser objeto de renuncia (artículo 82). Por último, aborda la reparación efectiva que los Estados parte deben garantizar a los migrantes que hayan sufrido vulneraciones a los derechos contenidos en la Convención (artículo 83), adoptando las medidas legislativas, administrativas o jurisdiccionales necesarias para tal fin (artículo 84).

A lo largo del apartado final, que va del artículo 85 al 93, se regulan cuestiones atinentes al derecho de los tratados. Se consigna que la Convención quedará abierta a firma (artículo 86), que entrará en vigor a partir de 20 ratificaciones (artículo 87) puntualizando que aquellos Estados que a través de la ratificación de este instrumento se obliguen, no podrán excluir de su cumplimiento ni una sola parte de la Convención (artículo 88). De esta forma regula la denuncia, así como los plazos para hacerla efectiva, los requisitos y excepciones que ésta presentaría de ser aceptada (artículo 89); las reglas generales de la enmienda y para la formulación de reservas (artículos 90 y 91 respectivamente). Por último, incluye una disposición que autentifica los textos depositados de la Convención en los idiomas oficiales de Naciones Unidas (artículo 93).

3. *Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios (CMW) e informes*

Una vez desglosado el contenido de la Convención, conviene puntualizar sobre su séptimo apartado. Hace apenas unas pocas líneas dejamos en claro que haríamos un acápite especial para tal fin, sin embargo, lo anterior no se constrañe a la descripción de los preceptos que contiene, sino al análisis de lo que el mecanismo convencional surgido a partir de éste ha dicho con relación al cumplimiento que México ha dado a sus obligaciones internacionales en la materia. Realizar dicho análisis resulta fundamental para clarificar los argumentos a partir de los cuales México defiende su postura ante el citado mecanismo, así como las observaciones y recomendaciones que éste

realiza al Estado mexicano, pues con base en eso podremos articular de manera más sencilla la crítica que se hará de la Ley de Migración.

Como se ha mencionado con anterioridad, México —es decir, el Estado mexicano— ha contraído obligaciones internacionales en la materia. Éstas se deben a que la CIPDTM fue aprobada por el Senado de la República el 14 de diciembre de 1998, en tanto que el depósito del instrumento de ratificación ante la Secretaría General de Naciones Unidas se realizó el 8 de marzo de 1999. Unido a lo anterior, de acuerdo a su propia letra, la CIPDTM entró en vigor para nuestro país el 1.º de julio de 2003 (luego de las 20 ratificaciones necesarias para tal fin). Este evento no sólo trajo aparejada formalidad en el cumplimiento de las obligaciones mexicanas, sino que además permitió la creación del mecanismo de protección que se describe —someramente— en este apartado.

Iniciemos por comentar que el séptimo apartado (artículo 72 a 78) hace referencia a la creación del mecanismo convencional que cuida la aplicación del instrumento en análisis; denominado Comité de Protección de los Derechos Humanos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, organismo colegiado compuesto por 10 expertos,³⁰³ ante el cual los Estados parte entregan informes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la Convención, dichos informes son realizados con fundamento en su artículo 73 donde se estipula su entrega en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del instrumento para el Estado parte de que se trate, en tanto que los posteriores serán cada cinco años o cuando el Comité lo solicite. “Tras examinar los informes el Comité hace llegar al Estado parte las observaciones que considera oportunas”³⁰⁴ con fundamento en el artículo 74. El citado Comité dio inicio a sus funciones de revisión una vez entrada en vigor la Convención.

Esto último tiene que comprenderse bien para lograr los objetivos del presente acápite. Normalmente se afirma que una norma jurídica positiva entra en vigor una vez que culminan exitosamente las fases del proceso legislativo constitucional; sin embargo, para el derecho de los tratados la

³⁰³ En el proceso de elección se presta consideración a la distribución geográfica equitativa y a la representación de los principales sistemas jurídicos y se incluye tanto a Estados de origen como a Estados de empleo de trabajadores migratorios. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, la Convención Internacional sobre los Trabajadores Migratorios y su Comité, *cit.*, pp. 11 y 12.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 1.

cuestión es diferente. Todos los Estados parte en la Convención, al ratificarla se obligaron, luego de lo cual la recepcionaron en su sistema jurídico convirtiéndola en parte viva e integrante de aquel, entrando en vigor luego de culminar una serie de etapas específicas. Lo anterior, sin embargo, se relativiza a las relaciones (derechos y obligaciones) que los Estados contraigan entre sí, o con organismos internacionales, pues para efectos convencionales la entrada en vigor se logró luego de verificar 20 ratificaciones, ello se traduce en que el instrumento se vuelve activo a partir de que surge el Comité, lo que significa que los Estados parte deben actuar para implementar acciones encaminadas a cumplir con las obligaciones asumidas, pues desde ese momento surge un actor cuya función esencial es revisar que cumpla.

En sentido estricto cada Convención internacional determina la cantidad de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor. Únicamente, a manera de ejemplo, el artículo 19 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial determina que su contenido entra en vigor con el depósito del vigésimo séptimo instrumento de ratificación, situación que se verificó el 4 de enero de 1969. A causa de lo anterior surge el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, “el primer órgano creado por las Naciones Unidas para vigilar y examinar las medidas adoptadas por los Estados para cumplir con las obligaciones que les incumben en virtud de un acuerdo concreto de derechos humanos”.³⁰⁵ En este mismo orden de ideas la Convención, en su artículo 87 exige el depósito de 20 instrumentos de ratificación. Lo anterior se logró el 1o. de julio de 2003.

Así las cosas, del 1o. al 5 de marzo de 2004, el Comité tuvo su primer periodo de sesiones, en él se estableció que el Comité celebraría normalmente un periodo ordinario al año. Así pues se han celebrado continuamente 14 sesiones ordinarias hasta la fecha, del 4 al 8 de abril de 2011; el Estado mexicano presentó su informe con fundamento en el artículo 73, siendo respondido el 3 de mayo de 2011 por el Comité mediante sus observaciones finales, con fundamento en el artículo 74.

En los informes se “deben indicar los problemas que afecten a la aplicación de la Convención y proporcionar información acerca de las características de las corrientes de migración”³⁰⁶ así como la descripción del:

³⁰⁵ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Folleto informativo*, núm. 12, “Lucha contra la discriminación racial: acción de las Naciones Unidas”, Ginebra, 1999, p. 2, en <http://www.unhcr.ch/spanish/html/>.

³⁰⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, “La Convención Internacional sobre los Trabajado-

Marco constitucional, legislativo, judicial y administrativo que rige la aplicación de la Convención y todo acuerdo en materia de migración, presentar información cuantitativa y cualitativa sobre las corrientes migratorias en que participa el Estado, describir la situación actual en lo que respecta a la aplicación práctica de la Convención en el Estado que presenta el informe incluir información sobre las medidas adoptadas por el Estado parte para difundir y promover la Convención y sobre la cooperación con la sociedad civil a fin de fomentar y respetar los derechos contemplados en la Convención.³⁰⁷

Así pues, de acuerdo con este parámetro analizaremos los informes rendidos por México al Comité. El primer informe mexicano fue presentado el 18 de noviembre de 2005 en Ginebra, Suiza; éste respondió a la disposición apuntada del artículo 73 de la Convención donde se dice que una vez pasado el primer año luego de entrada en vigor la Convención, para los Estados parte, éstos tendrán que enviar un informe inicial al Comité. Aquel fue respondido en octubre de 2006 mediante un compendio de recomendaciones orientadas a que el gobierno de México satisficiera lo estipulado en la Convención. El segundo informe, ya calificado como periódico, fue entregado el 14 de enero de 2010, y examinado por el Comité los días 4 y 5 de abril de 2011, quien aprobara las observaciones finales el 7 de abril del mismo año.

De forma muy puntual puede decirse que el discurso de México, rendido en el informe de 2005, se centró en el intento de legitimar internacionalmente sus demandas en relación con las problemáticas bilaterales surgidas entre el país y Estados Unidos. Es por lo anterior que la médula del informe es la explicación de las acciones emprendidas por México para paliar la vulnerabilidad de sus migrantes en el extranjero, primordialmente en el país vecino del norte. Así, durante la sustanciación del informe, se menciona la frontera sur de forma accesoria con relación al tema de la trata de personas³⁰⁸ o se reconoce de forma tímida “que en ocasiones la situación indocumentada de los miles de migrantes que anualmente ingresan al país en su mayoría centroamericanos, los hace más vulnerables, por lo que se torna prioritario garantizarles derechos”.³⁰⁹ En un tenor similar se enuncian varios *memorandos* de entendimiento entre México y países de Centroaméri-

res migratorios y su Comité”, Naciones Unidas, Ginebra Suiza, mayo, 2006, *cit.*, p. 12.

³⁰⁷ Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 73 de la Convención. México”, Estados Unidos, 2005, p. 24.

³⁰⁸ *Ibidem*, párrs. 203 y 204.

³⁰⁹ *Ibidem*, párrs. 337.

ca creados para disminuir el tráfico ilícito de personas y garantizarle a las potenciales víctimas condiciones dignas de retorno.³¹⁰ Aún con lo anterior en realidad no se abordan de forma profunda los temas de la frontera sur ni el de los migrantes centroamericanos.

Sin embargo, la situación anterior —que cambia por completo para el reporte de 2011— tiene una razón política de peso para ser como fue: la apuntada y necesaria legitimación internacional por parte de México con relación a sus exigencias al gobierno de Estados Unidos en la materia. En este sentido, en 2002 México recibe dos visitas de organismos internacionales, fundamentales para la configuración de su discurso, la primera del 25 de febrero al 6 de marzo de 2002 por parte de la Relatoría Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la segunda del 25 de julio al 1o. de agosto de 2002 por parte de la Relatoría Especial en la materia, en esta ocasión de la Organización de los Estados Americanos. Dichos organismos abordan como eje transversal en sus visitas el tema de los mexicanos en el exterior, de hecho el informe rendido por la Comisión Interamericana ahonda principalmente en la necesaria satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales para garantizar la inexistencia de movimientos migratorios irregulares en México.³¹¹

Súmese a esto la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso Avena y otros nacionales mexicanos, que reestructuró la visión de los derechos humanos de los migrantes irregulares mexicanos en los Estados Unidos y el mundo, principalmente porque, comenta Ortiz Ahlf³¹² al respecto, se convierte en referente de análisis para estructurar el debido proceso a extranjeros, permitiendo un acceso a la justicia, prístino y sobre todo —como también reconoce Estrada Tanck—³¹³ apegado a los estándares internacionales en la materia. Por si esto fuese poco, México solicita a la Corte IDH en 2003 una opinión consultiva sobre el estado de los derechos humanos de sus nacionales en los Estados Unidos con la cual, en palabras de Ortiz Ahlf, la “Corte cura una laguna del derecho internacional general

³¹⁰ *Ibidem*, párrs. 215 y 216.

³¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte de la Visita *in loco* a México realizada por la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias entre el 25 de julio y el 1o. de agosto de 2002, en www.cidh.oas.org/Migrantes/2003.sp.cap.5c.htm.

³¹² Ortiz Ahlf, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, cit. pp. 58-64.

³¹³ Estrada, Dorothy, *Legislación y políticas públicas mexicanas, armonización con el régimen jurídico internacional sobre derechos humanos de los migrantes*, cit., p. 332.

en lo referente a los inmigrantes en situación irregular”,³¹⁴ al sostener que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación de ningún Estado para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral”.³¹⁵ A esto todavía hay que añadir que el 1o. de julio de 2003, la Convención entra en vigor.

Es por lo anterior que pareciera haberse articulado un escenario político regional e internacional que dio entrada a la polarización de los roles jugados por los actores estatales involucrados, es decir México y Estados Unidos (quedando subyacente Centroamérica), esto desde luego permitió, por un lado, que México se erigiera en el Estado vulnerado y Estados Unidos en el vulnerador. Con independencia de las consecuencias políticas que esto haya traído aparejado para la relación bilateral entre ambos actores lo verdaderamente relevante aquí es que el fenómeno migratorio mexicano aún se concebía como uno norteamericano, relacionado de manera indefectible a los braceros, al desierto y al *american dream*.

Así pues, México decide continuar la línea discursiva que preparó con todas las acciones anteriores. De tal suerte que, por ejemplo, en el informe rendido ante el Comité en 2004, cuando aborda el tema de la personalidad jurídica nunca se mencionan las acciones emprendidas por el gobierno mexicano para solucionar la falta de su acceso a los centroamericanos, sólo se centra en lo relativo a los mexicanos en el exterior.³¹⁶ Lo mismo sucede con los derechos laborales de estos últimos, que por efectos del fallo de la Suprema Corte Americana, *Hoffman Plastic Compounds, Inc. V. NLRB* de 2002, se veían francamente reducidos,³¹⁷ el anterior provocó la reacción mexicana que concluye en la opinión consultiva comentada. Así pues, retornando al hilo discursivo principal, en el informe³¹⁸ cuando se aborda la temática respecto a las medidas destinadas a impedir y eliminar los movimientos y el

³¹⁴ Ortiz Ahlf, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, cit., p. 70.

³¹⁵ Estrada, Dorothy, *Legislación y políticas públicas mexicanas, armonización con el Régimen Jurídico internacional sobre derechos humanos de los migrantes*, cit., p. 335.

³¹⁶ Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Examen de los informes presentados por los Estados partes de Conformidad con el artículo 73 de la Convención. México”, Estados Unidos, 2005, párrs. 260-271 y 314.

³¹⁷ Smith, Rebecca, “Derechos laborales y derechos humanos de los migrantes en estatus irregular en Estados Unidos”, *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 290-298.

³¹⁸ United Nations, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Examen de los informes presentados por los Es-

empleo ilegal o clandestino de los trabajadores migratorios irregulares, se involucra el tema migratorio centroamericano de forma casi imperceptible, mencionándose primordialmente el programa de trabajadores agrícolas existente entre México y Canadá desde 1974, y la intención de que sucediera lo mismo en el caso mexicano-estadounidense.

Podría decirse que el gobierno mexicano únicamente toca el tema de la frontera sur cuando muestra la importancia de la Conferencia Regional de Migración o *Proceso Puebla* como marco para promover gobernabilidad migratoria a través de cooperación regional, donde afirma que se “procuró crear un espacio institucional para la resolución de diferencias y problemas derivados de la aplicación de disposiciones migratorias en México y para el intercambio de información en la materia, entre las autoridades migratorias mexicanas y las centroamericanas”.³¹⁹ Sin embargo, Mármora³²⁰ afirma que dicha estrategia únicamente funcionó como barrera en el movimiento de población sur-norte pues, a instancias de la delegación estadounidense, la discusión se centró sobre el tema de la seguridad nacional y regional. En su informe de 2004, la realidad es que el gobierno mexicano hizo pocas declaraciones sobre la migración centroamericana.

Por otro lado, el Comité efectúa la mayoría de sus recomendaciones sobre el tema centroamericano, insta a que el proceso migratorio sea justo y digno, a que se brinde el acceso a la justicia como parte sustancial del derecho humano al debido proceso y de forma particular, exhorta al gobierno de México para crear “una Ley de Migración que corresponda a la nueva realidad migratoria del país y se ajuste a los dispuesto en la Convención”.³²¹ Esto último reviste gran importancia para este trabajo porque si bien México tiene actualmente una novísima Ley de Migración, ésta no cumple todos los estándares internacionales que debiera satisfacer.

Ahora bien, el segundo informe periódico de México se da en 2011. Tres años antes, en marzo de 2008, el gobierno mexicano le brinda información al CMW con relación a las observaciones finales del primer informe. En

tados partes de Conformidad con el artículo 73 de la Convención. México”, Ginebra, 18 de noviembre de 2005, párr. 500-526.

³¹⁹ *Ibidem*, párr. 344

³²⁰ Mármora, Lelio, *Las políticas de las migraciones internacionales*, México, Paidós, pp. 66 y 67.

³²¹ United Nations, Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Información proporcionada por el Gobierno de México en relación con la aplicación de las observaciones finales del Comité de Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, Ginebra, 19 de junio de 2008, 5a. recomendación.

aquella ocasión (2008) México se centra sobre su caris migratorio orientado hacia la frontera sur, ya no es sólo el hecho de proteger a sus ciudadanos en los Estados Unidos, sino de garantizarles derechos humanos a quienes llegan a su territorio. De tal suerte que, para el 4 y 5 de abril de 2011, la línea oficial del discurso mexicano atinente a la migración ha cambiado de rumbo, lo que resulta notorio en la descripción de las acciones estatales dentro del documento.³²² El cambio responde desde luego a factores que hacen cambiar la visión de México, así se convierte en el Estado vulnerador, ya no en el vulnerado. Un ejemplo paradigmático es el Informe rendido por Amnistía Internacional durante 2010 donde se pone a disposición del lector un panorama amplio e integral de lo sucedido en México con sus flujos migratorios. Sin duda, como afirma Carmen Aristegui en entrevista con Rupert Knox³²³ (investigador de Amnistía Internacional en México), en el documento se deja ver clara la complejidad del fenómeno y por tanto la necesidad de involucrar a todas las instancias posibles para que las autoridades asuman la responsabilidad fundamental en la visibilización del grave problema que la gestión migratoria vive en México, pero sobre todo en la solución a la sistemática violación a sus derechos humanos.

Junto con Amnistía Internacional, destaca lo dicho por el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, organización que también envía al CMW un informe sobre cuestiones atinentes a la vida de los flujos migratorios centroamericanos en México. Pro Juárez en consonancia con lo afirmado por Amnistía Internacional urge la necesidad de articular una política migratoria basada sobre el respeto, protección y garantía de los derechos humanos de los migrantes irregulares en México y no sobre el eje de la seguridad nacional.³²⁴ Ambas organizaciones afirman que lo anterior

³²² Pasa del discurso americano al centroamericano, diciendo que en los últimos años “la frontera sur de México ha experimentado un incremento significativo de corrientes migratorias de carácter mixto” acepta que el “grueso de estos flujos lo constituyen personas que atraviesan el territorio nacional para llegar a Estados Unidos”, Naciones Unidas, Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares “Observaciones finales del Comité de Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, México”, 2011, párr. 14.

³²³ Entrevista de Carmen Aristegui a Jorge Santibañez, “Aumenta la polémica sobre la Ley SB1070”, en <http://www.youtube.com/watch?v=-XB1dqU3UuY> minute 7:50 y 8:10.

³²⁴ El Centro Pro Juárez afirma: “La perspectiva de la política migratoria actual de México se centra en la gestión de flujos, el reforzamiento de los controles fronterizos y el vínculo per se de la migración en situación irregular con la estrategia de seguridad nacional del Estado... La percepción... se ha mantenido desde la publicación del Plan

no podrá ser en tanto no se cree un marco legal congruente a la realidad migratoria mexicana pues “la vulnerabilidad y la marginación de los migrantes irregulares significa que la igualdad ante la ley rara vez existe en la práctica”.³²⁵

Luego de todo lo visto hasta aquí, resulta palmario el cambio discursivo mexicano. No es para extrañarse, sin embargo, el objetivo del presente apartado es dejar a la vista el cambio de forma simple, sin necesidad de ahondar mucho en la segunda versión pues sobre ella construiremos —con asidero jurídico— los argumentos que demostrarán que si bien el Estado mexicano ha logrado avances en la materia, aún se encuentra lejos de cumplir con sus obligaciones internacionales.

IV. DESCRIPCIÓN DE LA LEY DE MIGRACIÓN

Para comprender totalmente la Ley de Migración, no es únicamente necesario analizar sus disposiciones sino imbuirse —aunque sea de manera superficial— en su contexto. Lo anterior en razón de que si bien es verdad que esta tesis sustenta sus argumentos sobre la teoría jurídica del positivismo como antes abundamos, no es menos verdad que resulta fundamental ver la ley en su entorno socio-histórico para lograr un ejercicio intelectual mucho más fructífero que el surgido a partir del análisis literal y sintáctico de la ley.

Es así que se abordarán someramente algunas fechas importantes para el desarrollo de las políticas migratorias en el país a la luz de diversos ordenamientos en la materia, con el fin de que al concluir la lectura, se tenga un panorama más amplio de cómo México ha entendido su caris migratorio y, si no es muy ambicioso, cómo ha intentado darle solución a las problemáticas nacidas a partir de dicha comprensión. En un acápite distinto describiremos la Ley de Migración.

1. *Antecedentes*

Manuel Ángel Castillo afirma que “la llegada y recepción de extranjeros al territorio nacional ha sido un proceso fluctuante entre demostraciones

Nacional de Desarrollo 2006-2012 e incluso se fortalece al ser el combate a la delincuencia organizada y los problemas vinculados con ésta, el eje rector de la administración de Felipe Calderón”, Centro de Derechos Humanos, Miguel Agustín Pro Juárez, *Secuestros a personas migrantes en tránsito por México. Documento entregado al Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el 4 de marzo de 2011, en el marco de la evaluación del segundo informe periódico del Estado mexicano*, México, 2011, p. 8.

³²⁵ Amnistía Internacional, *Víctimas invisibles...*, cit., p. 39.

y actitudes de xenofobia y xenofilia”.³²⁶ Lo anterior permite rescatar dos visiones dicotómicas sobre la otredad articulada a través de concepciones antropológicas, políticas públicas y cuerpos legales, de estos tres ejemplos nos aproximaremos a los últimos dos.

México como un país geopolíticamente privilegiado, luego de su independencia toma una postura específica respecto a sus dinámicas poblacionales que no fue más que la clásica promoción del aumento demográfico mediante la incentivación de flujos migratorios provenientes del extranjero,³²⁷ la cual según Salvador Arriaga³²⁸ desembocó —por allá... durante los años cuarenta del siglo XIX— en la pérdida de la mitad del territorio nacional debido a un secular despoblamiento de las regiones septentrionales del país —arrastrado desde la colonia— y a la habilidad norteamericana que bien supo aprovechar la coyuntura.³²⁹ En este sentido González Oropeza comenta que:

En un principio [se refiere al inicio del México independiente] México requirió de políticas públicas de migración y colonización incluyentes. Gracias a las leyes mexicanas de inclusión migratoria muchos colonos del sur de Estados Unidos contaron graciosamente con tierras y con la oportunidad de iniciar una nueva vida en México.³³⁰

Andado el siglo XIX, México sufre de una inestabilidad política y económica importante que subsiste hasta bien entrado el último tercio del siglo,

³²⁶ Castillo, Manuel Ángel, “Las políticas y la legislación en materia de inmigración y transmigración”, en Alba, Francisco *et al.* (coords.), *Migraciones Internacionales*, vol. III, 2010, p. 549.

³²⁷ Tal fue el caso del Decreto sobre Colonización de 1824, el cual sin la necesidad de satisfacer un requisitado amplio, brindaba a los extranjeros gran cantidad de prerrogativas, incluso la facilidad de adquirir propiedad privada como mexicano. *Cfr.* González, María de Lourdes y González, Gabriela, “El trabajo migratorio de indocumentados en México”, *Migraciones Internacionales*, vol. 5, núm. 2, julio-diciembre de 2009, p. 98.

³²⁸ Sandoval, Alfonso, “Políticas de población: viejos y nuevos desafíos”, García, Brígida y Ordorica, Manuel (coords.), *Los grandes problemas de México. Población*, vol. I, México, El Colegio de México, 2010, p. 436.

³²⁹ Véase Guedea, Virginia y Rodríguez, Jaime, “De cómo se iniciaron las relaciones entre México y Estados Unidos”, *Mitos en las relaciones México-Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica-Secretaría de Relaciones Exteriores, 1994, pp. 11 y ss.

³³⁰ González Oropeza, Manuel, “La involución del *common law* en los Estados Unidos en el tratamiento de los derechos humanos”, *Historia del derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005, p. 213.

sin embargo, en materia de extranjería, “el criterio prevaleciente, fue que el poblamiento del territorio era la vía para la utilización amplia y productiva de la base demográfica para una estrategia de desarrollo nacional”.³³¹ Sin embargo, luego de la Revolución mexicana y entrado el siglo XX, la postura sobre las políticas migratorias se orientó hacia la conveniencia de restringir la admisión de extranjeros admitiendo únicamente a aquellos cuya entrada representara un provecho para el país.³³² Todo lo anterior encontró su reflejo a través de los consecuentes ordenamientos jurídicos promulgados en México (1908, 1926, 1930) en los cuales destaca el hecho de que dichas normas se abocaban a la juridificación de la migración internacional (con independencia de la xenofilia o xenofobia apuntadas); sin embargo, andado el tiempo la visión cambia premiando la discusión demográfica sobre la migratoria, con la franca intención de que aquella absorbiera a la segunda.

Esto último resulta notorio con la Ley General de Población de 1936 (la primera en México bajo esta denominación) promulgada durante el sexenio cardenista, con la cual según afirman González y González³³³ se regularon al mismo tiempo asuntos migratorios, turísticos, demográficos, así como de identificación y registro de personas. En ella se tiene una intención política subyacente: poblar zonas consideradas desiertas (cabe decir que desde el siglo XVII) que “constituían parte del escenario vulnerable a la soberanía nacional siendo prioritario que se impulsara el crecimiento poblacional y económico para equilibrar al país y evitar invasiones a partir del pretexto de la toma de territorio deshabitado”.³³⁴ Sin embargo, “el discurso poblacionista que trajo aparejado [dicha ley] no constituyó un conjunto articulado de estrategias o acciones políticas”.³³⁵

³³¹ Castillo, Manuel Ángel, *Las políticas y la legislación en materia de inmigración y trans migración*, cit., p. 551; Arriaga, Salvador, *Políticas de población: viejos y nuevos desafíos*, cit., p. 437.

³³² Castillo, Manuel Ángel, *Las políticas y la legislación en materia de inmigración y trans migración*, cit., p. 554.

³³³ González Chávez, María de Lourdes y González Gómez, Gabriela Beatriz, “El trabajo migratorio de indocumentados en México”, *Migraciones Internacionales*, vol. 5, núm. 2, 2009, p. 99.

³³⁴ Cruz González, Norma del Carmen, “La política cardenista y sus efectos en el proceso migratorio de tres regiones: la península de Baja California, Quintana Roo y Nuevo León”, *Memorias del Segundo Encuentro Nacional sobre Estudios Regionales. Perspectivas regionales: hacia la construcción de espacios integrados*, México, Universidad de Guadalajara, 2008, p. 1.

³³⁵ Sandoval, Alfonso, “Políticas de población: viejos y nuevos desafíos”, en García, Brígida y Ordorica, Manuel (coords.), *Los grandes problemas de México. Población*, cit., p. 440.

Con la segunda Ley General de Población de 1947, el paradigma poblacional se convierte en uno restrictivo hacia la migración internacional concibiéndola además como una problemática demográfica. Parafraseando a Manuel Ángel Castillo,³³⁶ la Ley del 47 supuso la máxima expresión de la idea respecto al crecimiento global de la población del país en el cual los extranjeros sólo tendrían cabida en tanto existiera un contexto social, económico, político y cultural que permitiera la llegada exitosa y equilibrada de dicho recurso humano. Obsérvese entonces la supeditación del tema migratorio al demográfico, el cual (exacerbado por la política mexicana poblacional decimonónica legada a los primeros gobiernos revolucionarios) dejó de lado la importancia de las dinámicas migratorias venidas de y hacia México.

Y eso que en este tiempo ya el programa de braceros tenía vida (1942), la migración guatemalteca llegada a Chiapas con carácter estacional se incrementaba de manera importante por la porosidad de la frontera sureña,³³⁷ y si bien México mostró su desacuerdo con los regímenes totalitaristas permitiendo el ingreso de asilados y refugiados españoles, admitidos con bombo y platillo en el país,³³⁸ su ejemplo fue aislado, pues no se repitió en la mismas condiciones con los refugiados alemanes³³⁹ o con el tratamiento otorgado a la colonia japonesa de México³⁴⁰ durante la Segunda Guerra Mundial.

Dicho ordenamiento en general contenía un gran número de restricciones a la admisión de extranjeros contenidos en la ley de 1936. Destacando sin embargo, como afirman González y González³⁴¹ el hecho de que en ella

³³⁶ Castillo, Manuel Ángel, *Las políticas y la legislación en materia de inmigración y trans migración*” cit., pp. 552.

³³⁷ Arámbula, Reyes, Alma *et al.*, “El flujo migratorio centroamericano hacia México”, en González, Carlos (coord.), *Relaciones Estado-díaspóra: aproximaciones desde cuatro continentes*, México, SRE-IME-UAZ-ANUIES-Miguel Ángel Porrúa, t. II, pp. 224 y 225.

³³⁸ Díaz, Gerardo, “Gilberto Bosques. Un diplomático mexicano frente al nazismo”, *Relatos e Historias. México*, México, Editorial Raíces, núm. 36, agosto, 2011, pp. 15 y 16.

³³⁹ Castillo, Manuel Ángel y Venet, Fabienne, “El asilo y los refugiados: una visión histórica y crítica hasta nuestros días”, en Alba, Francisco *et al.* (coords.), *Los grandes problemas de México. Migraciones internacionales*, vol. III, México, El Colegio de México, 2010, p. 197.

³⁴⁰ Para un análisis muy interesante orientado hacia el estudio de la discriminación sufrida por la colonia japonesa en México de 1941 a 1945 véase Peddie, Francis, “Una presencia incómoda: la colonia japonesa de México durante la segunda guerra mundial”, *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, núm. 32, julio-diciembre de 2006, pp. 73-101.

³⁴¹ González Chávez, María de Lourdes y González Gómez, Gabriela Beatriz, *El trabajo migratorio de indocumentados en México*, cit., p. 99.

por primera vez surgen las tres calidades migratorias incluidas en la Ley General de Población de 1974 (inmigrante, no inmigrante, inmigrado) y con ella nacen las estaciones migratorias. Obsérvese entonces que un cuerpo legal que debiera representar el sustento normativo de una necesaria política demográfica, abordaba en gran medida el tema migratorio, con lo cual le desnaturaliza en sus efectos y causas fomentando su gestión ineficaz.

Luego de 1947 llega la Ley General de Población de 1974. Dicha norma, en la materia fue la más longeva en México, si por esto entendemos el tiempo durante el cual se encontró vigente, más de 35 años. De hecho resulta interesante lo que al respecto comenta Sandoval Arriaga³⁴² en el sentido de que si bien los intentos por lograr una política demográfica mexicana surgen —a partir de los paradigmas nacionalista y del necesario poblamiento del país— desde finales del siglo XIX y continúan a lo largo del XX, resulta para él palmaria la identificación de una etapa bien delimitada de política demográfica uniforme desde 1970 hasta la actualidad (la edad aproximada de la ley) destinada hoy a fenecer. Dicha etapa surge curiosamente por más factores internacionales que internos, según sostiene en un interesante estudio Carlos Welti Chanes.

Welti Chanes analiza los factores de política internacional que rodearon durante esa etapa a México y observa situaciones particulares. En primera instancia la permanente influencia norteamericana tuvo que ver con su desarrollo, dado que su diplomacia afirmaba que en virtud de la elevada tasa de crecimiento poblacional en México “las consecuencias sobre Estados Unidos se reflejarían de diversas maneras. México asumiría posiciones más radicales en la escena internacional. La migración ilegal se incrementaría”,³⁴³ esto se traducía en que el *óptimo demográfico* (es decir, la cantidad idónea de habitantes en relación con los servicios y productos existentes) se vería superado por el aumento poblacional fomentando pobreza y por tanto necesidad de migrar (como de hecho sucedió).

En segunda instancia la gran afluencia de estudios poblacionales provenientes de organismos internacionales como Naciones Unidas en las cuales se situaba a México (junto con otros países latinoamericanos como Brasil y Colombia) en el ojo del huracán, afirmando que tenían la obligación de disminuir su aumento poblacional para poder garantizar servicios y productos básicos, provocó el surgimiento de la idea de que ellos serían los culpables

³⁴² Sandoval, Alfonso, “Políticas de población: viejos y nuevos desafíos” en García, Brígida y Ordorica, Manuel (coords.), *op. cit.*, pp. 443.

³⁴³ Welti Chanes, Carlos, “La Ley General de Población y el contexto internacional”, en Valdez, Luz María, *La Ley de Población a treinta años de distancia. Reflexiones, análisis y propuestas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 15.

de un desbordamiento demográfico regional que afectaría a terceros países. Por último, paradójicamente, aún primaba la forma de “hacer política” heredada de gobiernos revolucionarios donde se asimilaba que “gobernar es poblar”.³⁴⁴

Todo esto se tradujo en un texto legal que intentó dar gusto a todas las posiciones. Y que en su momento, vio la luz como uno de avanzada, que se convirtió en un ejemplo a seguir para diversos países del subcontinente. A pesar de lo anterior, es francamente criticable —como bien arguye al respecto Ceriani Cernadas—³⁴⁵ el uso de una *visión instrumental* del fenómeno migratorio, nutrida por un criterio esencialmente utilitarista, según la cual el ingreso de migrantes debe limitarse en función de los intereses y necesidades del país de destino (en este caso México) diseñando una política *a propós*, de manera unilateral y desde una lógica nacional, con miras incluso a desaparecer el fenómeno migratorio irregular sin mencionarlo, pues, bajo el criterio anterior, se le concibe como un flujo no beneficioso para el desarrollo del país.

En este sentido, su franca parcialización hacia el manejo demográfico aun cuando abordaba de forma importante el tema migratorio, no permitió observar las dinámicas al respecto desde una perspectiva orientada a la región, con lo cual se midieran factores o vectores económicos, políticos y sociales relacionados con la estabilidad interna de las naciones latinoamericanas y que por tanto motivara una gestión conjunta de estos menesteres. Pareciera que fue más sencillo o por lo menos más *ad hoc* —para no caer en juicios fútiles— discutir el tema envolviéndolo en otro que tradicionalmente se resuelve en sede interna. Con esto último la migración en México se trató con un carácter ajeno e inatente, lo que devino en una amplia discrecionalidad de las autoridades migratorias así como en el tratamiento del tema desde la visión del mexicano en el exterior (sujeto obvio de la política demográfica) antes que el sujeto centroamericano, migrante irregular, cayendo no sólo en lagunas legales sino en violaciones manifiestas a derechos humanos.

2. Descripción

Desde el informe entregado en 2004 al Comité de Derechos Humanos de los Trabajadores Migratorios (CMW), se plasmó la necesidad de que Mé-

³⁴⁴ Sandoval Arriaga, *op. cit.*, p. 440; Welti Chanes, *op. cit.*, p. 3.

³⁴⁵ Ceriani Cernadas, Pablo, “Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana”, *Nueva Sociedad*, núm. 233, mayo-junio, 2011, p. 72.

xico creara una legislación atinente a las dinámicas migratorias del país.³⁴⁶ Justamente en virtud de que la Ley General de Población (LGP) como eje central para la articulación de la política migratoria mexicana, en realidad no fomentaba su gestión eficaz. Lo anterior a resultas de que abordaba el tema migratorio con una perspectiva eminentemente demográfica. Así, si bien es cierto que, desde un marco disciplinar inserto en el estudio de las ciencias sociales, comparten elementos sustanciales de teorización como el movimiento humano y la satisfacción de necesidades humanas a partir de un espacio físico, por otro lado —como afirma Pellegrino—³⁴⁷ sus autonomías teórica y material son innegables. Lo anterior destacó como uno de los cambios necesarios para la creación de un nuevo cuerpo legal verdaderamente adecuado al tema migratorio.³⁴⁸

Luego de cuatro años de preparación e importantes discusiones al respecto,³⁴⁹ y de que incluso el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo en turno al Congreso de la Unión fuera duramente criticado por criminalizar la migración, el 29 de abril de 2011 es aprobada en tanto que el 24 de mayo del mismo año fue finalmente promulgada la nueva Ley de Migración (LM).

Accesoriamente, en un sentido paralelo a la ley, el 10 de junio de 2011, es publicada en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma trascendental del sistema jurídico mexicano en la figura de artículo 1o. constitucional, de su mano fue posible la construcción genuina de un bloque de constitucionalidad, así como de convencionalidad —en términos interamericanos, con relación al Pacto de San José—. ³⁵⁰ Con él las obligaciones construidas internacionalmente en materia de derechos humanos (tal es el caso de la CIPDTM) deben ser irrestrictamente cumplidas por las autoridades internas dado que los instrumentos que las contienen pasan a formar parte del

³⁴⁶ Naciones Unidas, *Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, “Examen de los informes presentados por los Estados partes de Conformidad con el artículo 73 de la Convención. México”, Estados Unidos, 2005, pp. 21 y 22.

³⁴⁷ Pellegrino Adela, *Documento de trabajo*, “Caracterización demográfica del Uruguay”, en http://www.anep.edu.uy/historia/clases/clase20/cuadros/15_Pellegrino-Demo.pdf, Programa de Población, Chile, Universidad de la República, 2003, pp. 2 y 3, consultado el 30 de agosto de 2011.

³⁴⁸ Ramos, Jorge, “La política migratoria funciona mal: FCH”, *El Universal*, México, 25 de mayo de 2011, en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/185696.html>, consultado el 29 de agosto de 2011.

³⁴⁹ El Universal, “Segob aplaude nueva Ley de Migración”, 29 de abril de 2011, en <http://www.eluniversal.com.mx/notas/762322.html>.

³⁵⁰ Véase pp. 165 y 166.

sistema jurídico mexicano, más aún de su cuerpo constitucional, con ello si se desoyen se vulnera el corazón de aquel, se pone en peligro el Estado de derecho y, más aún, no hay pretexto jurídico para desoír.

Con lo anterior fue posible observar, por un lado, un discurso político encaminado a su legitimación³⁵¹ como un cuerpo normativo de avanzada que contribuía a la consecución del *rule of law* en México junto con la reforma constitucional. Sin embargo, con todo y lo anterior, se conformó una opinión surgida en el seno de la sociedad civil contraria a dicha postura, según la cual la ley es un “intento por criminalizar a los migrantes en nuestro país”³⁵² en cuyos detalles hay vacíos legales importantes,³⁵³ esta última postura se fortalece a partir de la opinión de organismos internacionales como el CMW o la Organización Internacional de las Migraciones. El primero comenta, dentro las recomendaciones otorgadas al Estado mexicano luego de la entrega de su primer informe periódico en 2011, que la ley “tiene aspectos que no serían enteramente compatibles con la Convención”³⁵⁴ mientras que el segundo afirma que si bien la ley “representa un gran avance, no se puede considerar como un resultado final... lo que obliga a adaptar continuamente las políticas públicas a los retos que acarrea la migración y a las necesidades de las poblaciones más vulnerables”.³⁵⁵

Quizá lo que resulte más radical en cuanto a posturas y lo más extremo en cuanto a consecuencias, todas para el Estado mexicano, es que con independencia del logro político (tanto doméstico como internacional) que representa la promulgación y vigencia de este nuevo cuerpo normativo, en sede jurídica resulta necesario observar si verdaderamente cumple con las

³⁵¹ Véase, Gómez, Ricardo, “Celebra Gómez Morfín Ley de Migración”, *El Universal*, 24 de mayo de 2011, en <http://www.eluniversal.com.mx/notas/767728.html>; Michel Elena, “Navarrete celebra promulgación de Ley de Migración”, *El Universal*, 24 de mayo de 2011, en <http://www.eluniversal.com.mx/notas/767728.html>; Notimex, “Ley de Migración consolida política del país: Blake”, *El Universal*, 24 de mayo de 2011, en <http://www.eluniversal.com.mx/notas/767644.html>, consultado el 30 de agosto de 2011.

³⁵² Peters, María de Jesús, “ONG piden frenar Ley de Migración”, *El Universal*, 22 de febrero de 2011, en <http://www.eluniversal.com.mx/estados/79654.html>.

³⁵³ Centro de Derechos Humanos, Miguel Agustín Pro Juárez, *Secuestros a personas migrantes en tránsito por México*, cit., pp. 9 y 10.

³⁵⁴ Naciones Unidas, “Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, *Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, México, 2011, p. 3.

³⁵⁵ Organización Internacional de las Migraciones, “Comunicado de Prensa: Promulgación Nueva Ley de Migración en México”, en http://www.oim.org.mx/news/comunicado_oim_%2025%20may2011.pdf, consultado el 25 de mayo de 2011.

obligaciones internacionales que el Estado mexicano adquirió. Dado que como bien apunta Pratti Rousselet³⁵⁶ no sólo basta con la creación de la Ley de Migración para lograr los objetivos planteados por dichas obligaciones.³⁵⁷ Así pues, con miras a realizar dicha observación conviene describir la arquitectura de la ley.

La Ley de Migración se divide en ocho títulos: 1) disposiciones preliminares; 2) derechos y obligaciones de los migrantes; 3) de las autoridades migratorias; 4) del movimiento internacional de personas y la estancia de extranjeros en territorio nacional; 5) de la protección a los migrantes que transitan por el territorio nacional; 6) del procedimiento administrativo migratorio; 7) de las sanciones, y 8) de los delitos en materia migratoria.

En la arquitectura de la ley, el primer título tiene un gran peso pues brinda las bases de la norma en análisis al definir su objeto, ámbitos de validez e interpretaciones auténticas sobre los preceptos que conforman —por decirlo así— su núcleo “duro” conceptual y teórico. En él se dispone que ella tendrá por objeto regular el ingreso, salida y tránsito de extranjeros y mexicanos en territorio nacional. Lo anterior “en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, de contribución al desarrollo nacional, así como de preservación de la soberanía y de la seguridad nacional”.³⁵⁸ Esto último se imbrica con lo mencionado en apartados anteriores sobre la liga que aún se articula entre la migración y la seguridad nacional, así como la concepción unilateral y territorialista de la cultura, que trasciende a la visión del derecho y por tanto al desarrollo de la soberanía como característica inalienable del Estado, útil para cerrar fronteras cuando aquel considere necesario hacerlo, con independencia de sus obligaciones jurídicas en un plano internacional.

³⁵⁶ Prati Rousselet, Catherine, “Promoción de ¿qué derechos?”, *Excelsior*, 25 de agosto de 2011, en http://excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_nota=763612.

³⁵⁷ Con independencia de que en el siguiente capítulo se exponga un concepto de obligaciones internacionales, basado en la interpretación que al respecto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la alta comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos Navanethem Pillay, comenta que “en línea con sus obligaciones internacionales, el gobierno de México debe hacer todos los esfuerzos posibles para proteger la vida e integridad de los migrantes, en particular, mujeres y niños... también debe tomar las medidas necesarias para garantizar que todos los funcionarios del Estado que trabajan con migrantes respeten plenamente sus derechos, y que los defensores de los derechos humanos... así como funcionarios policiales y judiciales encargados de estas investigaciones tengan una protección efectiva”. *Cfr.* Otero, Silvia, “Agentes federales deben ser investigados: ONU”, *El Universal*, 22 de enero de 2011, en <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/183178.html>.

³⁵⁸ Artículo 1o., Ley de Migración.

Asimismo, se mencionan principios fundamentales que en su momento nutrieron la creación de la ley y reglarán su aplicación (artículo 2o.); de ellos se servirá esta investigación para sustentar argumentos en sede jurídica. Únicamente como ejemplo mencionaremos la descriminalización de la migración irregular, el interés superior del niño y la hospitalidad y solidaridad internacionales. Del mismo modo la ley define los principales términos (artículo 3o.) utilizados por ella como “migrante”, “defensor de derechos humanos” entre otros que aclarados darán congruencia a la dialéctica que maneja, y por último determina una definición legal de política migratoria³⁵⁹ para el Estado mexicano.

En el segundo título aborda la temática, fundamental para este trabajo, de los derechos y obligaciones del migrante en México. Justamente el ejercicio que se realizará en el capítulo tercero versará sobre una comparación entre el ordenamiento federal mexicano y la Convención para observar si México cumple con sus obligaciones internacionales atinentes. En dicho apartado se dibuja de forma clara la garantía que debe proveer el Estado mexicano a los migrantes durante el ejercicio de sus derechos humanos, sin importar su estatus migratorio (artículo 6o.). Esto involucra la “debida diligencia”³⁶⁰ del gobierno nacional para darles certeza en el goce de educación y salud (artículo 8o.), personalidad jurídica (artículo 12), acceso a la justicia y debido proceso (artículo 11), entre otros (artículos 7o., 10, 13, 14 y 15). Por último enuncia obligaciones (artículo 16 y 17) para los migrantes regulares atinentes al resguardo de su documentación migratoria y a los efectos que su pérdida o caducidad puedan traer aparejadas para la continuación de su estancia en el país.

En el tercer título se aborda la temática de las autoridades migratorias. De acuerdo a un criterio administrativo jerarquizado, comienza con la administración centralizada federal otorgándole atribuciones al respecto a la Secretaría de Gobernación (artículo 18). Cabe comentar en este sentido que

³⁵⁹ Artículo 2o. La política migratoria del Estado mexicano es el conjunto de decisiones estratégicas para alcanzar objetivos determinados que con fundamento en los principios generales y demás preceptos contenidos en la presente ley, se plasman.

³⁶⁰ Amnistía Internacional en su multicitado informe de 2009, sobre la migración centroamericana irregular en México cuenta que la “debida diligencia” es la actuación eficaz, a través de medidas legislativas, administrativas y judiciales; lo que además involucra la prevención de abusos, intervención por parte de autoridades en la resolución del abuso, prohibiciones legales para erradicarlos y además la reparación o indemnización de las víctimas. Esto se encuentra en franca relación con el artículo 83 de la Convención donde se enuncia la obligación estatal de reparación efectiva. *Cf.* Amnistía Internacional, “Victimas invisibles...”, *cit.*, p 8.

la Ley General de Población de 1974, a lo largo de su arquitectura brindaba a la Secretaría de Gobernación atribuciones en materia demográfica.³⁶¹ Esto último cambia por completo en la nueva ley al otorgarle atribuciones en materia migratoria.

Asimismo, al Instituto Nacional de Migración (INM) se le otorgan atribuciones dentro de la nueva ley (artículo 20), anteriormente éstas figuraban en el reglamento interno de la Secretaría de Gobernación por ser el Instituto un órgano desconcentrado más dentro de su estructura orgánica; sin embargo, se pretende con este cambio que se tome con mayor seriedad y profesionalismo la labor del Instituto por ser éste quien instrumenta y articula la política migratoria nacional. En este sentido, dentro del título destaca un capítulo especial sobre la profesionalización y certificación de la autoridad migratoria (artículos 22 a 25). Asimismo se enuncian las atribuciones que las autoridades migratorias auxiliares tendrán en la materia, tal es el caso de la Secretaría de Turismo (artículo 26), la Secretaría de Salud (artículo 27), Procuraduría General de Justicia (artículo 28), o el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (artículo 29). Destacan por su ausencia la Secretaría de Trabajo y Previsión Social y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

En el título cuarto se regula el movimiento humano internacional en México. Se divide en dos partes, dentro del primer capítulo se aborda el tema del ingreso y salida de mexicanos y extranjeros, en el segundo se aborda la estancia de estos últimos. Dentro de su arquitectura se protege el derecho a retornar al país de origen (en el caso de mexicanos), se atribuye el control migratorio exclusivamente a las autoridades designadas por la ley y se le otorgan a los extranjeros derechos relativos a la adquisición de calidades migratorias estipulando las formas de visado en México (artículos 40 y 52). En este sentido a diferencia de la Ley General de Población, donde era posible otorgar tres calidades migratorias específicas (inmigrante, no inmigrante e inmigrado) con sus respectivas condiciones, en la nueva ley se crean tres nuevas calidades (visitante, residente temporal, residente permanente) que sustituyen a las anteriores, incluyendo además el otorgamiento de las condiciones de refugio, asilo, apatridia y protección complementaria.

Destaca además la atribución que el Poder Ejecutivo Federal tiene, a través de disposiciones administrativas de carácter general —en la figura del Decreto—, para prohibir o suspender la admisión de extranjeros, publicándolo previamente en el *Diario Oficial de la Federación*. En el título quinto se

³⁶¹ Esto es visible en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su artículo 27, fracción IV, donde se le atribuye para “formular y conducir la política de población salvo lo relativo a colonización, asentamientos humanos y turismo”.

aborda la dialéctica de protección a migrantes irregulares en tránsito por México, justamente es este apartado, junto con el segundo título relativo a sus derechos humanos, sobre los cuales versará el análisis de nuestro tercer capítulo con miras a comprobar la hipótesis planteada a lo largo de esta investigación. En el sexto título de la ley se esboza de manera general el procedimiento administrativo migratorio donde se estipula el control y verificación migratorios (artículos 77-80), así como la presentación (aseguramiento, artículos 99-109) de migrantes (artículos 81-91), su alojamiento en estaciones migratorias (artículo 106-11) y posterior salida de México, ya sea por vía de retorno asistido o de deportación (artículos 114-125).

Dentro de sus capítulos se enuncia que dicho procedimiento será regido por la ley, si aún inexistente reglamento, y supletoriamente por la Ley Federal del Procedimiento Administrativo (artículo 77), protegiendo en todo momento los derechos humanos de los migrantes (tanto regulares como irregulares) en México. A pesar de lo anterior dicho procedimiento presenta inconsistencias, antinomias y lagunas jurídicas como más adelante se demostrará.

En un séptimo título se enuncian las sanciones (artículo 138) a las que se harán acreedoras autoridades migratorias (artículos 140-142) así como personas físicas y morales (artículos 143-158) que violen lo estipulado en la ley. En él se regula como sanción la “deportación” (artículo 144). Convertir dicho acto estatal en una sanción, *a prima facie*, no equivale a criminalizar la migración o a ligarla con cuestiones de poder político. Más adelante veremos en qué consiste, dejando claro en el camino que el retorno asistido y la deportación no son la misma cosa, por el contrario esta última reviste rasgos muy específicos. Asimismo se tipifican en la ley diversos delitos en materia migratoria (artículos 159 a 162).

Por último, dentro de sus artículos transitorios (seis en total); la ley deja claro que: 1) en tanto surja el nuevo reglamento gran parte de la ley (como lo referente a visas y al tránsito de migrantes centroamericanos) no será aplicable; 2) que las disposiciones administrativas que no se opongan al texto de la ley (no al espíritu de esta ley) continuarán operantes, y que las calidades otorgadas con anterioridad a la publicación de la ley seguirán válidas (aun cuando vulneren derechos humanos). Lo anterior se traduce en un tiempo muerto para la protección a migrantes irregulares pues la vacancia provocada por la falta del reglamento, hará que las consecuencias jurídicas y mecanismos procesales aún vivos en la Ley General de Población sean los aplicables con relación a diversas hipótesis de la Ley de Migración mientras que otras tantas contenidas en la novísima ley —aun cuando estas sean benéficas para los migrantes— serán sinónimo de letra muerta.

Visto todo lo anterior, la nueva ley surge a la vida pública en un panorama político (internacional y nacional) paradójico pues por un lado se protege y por otro se pretende perjudicar al migrante en virtud de los factores apuntados. Junto con esto, lo que resulta más relevante para este estudio es que la ley nace a la vida jurídica con muchas promesas por satisfacer. En puridad, la visión oficial no sólo festeja la publicación de la ley como un avance jurídico sino que la suma al dividendo política ganado con la reforma constitucional en materia de derechos humanos (10 de junio de 2011), afirmando el cumplimiento de las obligaciones internacionales que México ha contraído, con su sola publicación. Sin embargo, a México aún le queda mucho camino por andar en este sentido.