

MIGRACIÓN Y CRIMINALIZACIÓN: PARADOJAS DEL DERECHO PENAL

Julieta MORALES SÁNCHEZ*

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *Escenario internacional de la movilidad humana internacional.* III. *Migración y regulación penal: evolución y perspectivas ante Covid-19.* IV. *Reflexiones finales.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

Durante 20 años se han celebrado las Jornadas sobre Justicia Penal, evento esperado por los especialistas en el tema y por personas que se dedican al servicio público. Mi reconocimiento y agradecimiento al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y a la Academia Mexicana de Ciencias Penales por tan extraordinario ciclo. También es preciso felicitar a ambas instancias por su octogésimo aniversario de existencia, largo periodo en el que nos han iluminado a través de sus grandes aportaciones. Y, particularmente, gracias por todos los años que aún están por venir.

El presente trabajo analizará la situación actual de la migración internacional irregular o no autorizada y su relación con el sistema penal, particularmente considerando las implicaciones que la pandemia por Covid-19 puede producir o ya está produciendo sobre el fenómeno migratorio. Asimismo, se utilizará la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o Corte Interamericana) para plan-

* Doctora en derecho por la UNAM y doctora en derecho constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Maestra en derecho por la UNAM y licenciada en derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH). Profesora titular "A" de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigadora nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt). jmorales@derecho.unam.mx.

tear los estándares que los Estados deben cumplir en la materia, en especial frente a la edificación de la *nueva normalidad* o *nueva cotidianidad*.

II. ESCENARIO INTERNACIONAL DE LA MOVILIDAD HUMANA INTERNACIONAL

En 2019 había 272 millones de migrantes internacionales en el mundo (equivalentes al 3.5% de la población mundial).¹ El número total de desplazamientos se encontraba en un nivel sin precedentes, con 41.3 millones de desplazados internos y casi 26 millones de refugiados.²

El *Informe sobre las migraciones en el mundo* afirma que

...en 2019, la mayoría de los migrantes internacionales (alrededor del 74%) estaban en edad de trabajar (20 a 64 años); la proporción de migrantes menores de 20 años había disminuido ligeramente con respecto al año 2000 (del 16.4% al 14%), mientras que la de migrantes internacionales de 65 años o más se había mantenido constante en el mismo período (en torno al 12%). El 52% de los migrantes internacionales son hombres y el 48% son mujeres.³

La India tuvo el número más alto de migrantes residentes en el extranjero (17.5 millones), seguida de México y China (11.8 millones y 10.7 millones, respectivamente). Estados Unidos de América (EUA, en adelante) mantuvo el primer lugar entre los países de destino (con 50.7 millones de migrantes internacionales).⁴

Las remesas internacionales ascendieron a 689,000 millones de dólares de EUA en 2018. Los tres principales países receptores de remesas fueron la India (78,600 millones de dólares), China (67,400 millones de dólares) y México (35,700 millones de dólares). EUA siguió siendo el principal país expedidor de remesas (68,000 millones de dólares), seguido de los Emiratos Árabes Unidos (44,400 millones de dólares) y la Arabia Saudita (36,100 millones de dólares).⁵

¹ Organización Internacional para las Migraciones, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*, véase todo el informe en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_es.pdf.

² *Idem*.

³ *Ibidem*, capítulo 2, disponible en: https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/wmr_2020_es_ch_2.pdf; <https://publications.iom.int/es/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020-capitulo-2>.

⁴ *Idem*.

⁵ *Idem*.

En México, las remesas crecieron en julio de 2020 al segundo mayor nivel en 24 años; los envíos sumaron más de 3,270 millones de dólares, 14.4% más que en julio de 2018.⁶

III. MIGRACIÓN Y REGULACIÓN PENAL: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS ANTE COVID-19

1. *Criminalización de la migración*

Frente a la migración se replantea el papel del derecho. En algunos contextos el derecho limita o restringe a la migración; en otros, la penaliza; en algunos más, pretende regularla.

Además, es preciso analizar la congruencia de la normatividad migratoria frente a la realidad que se vive en los diversos países. En muchas ocasiones el problema no son las normas, sino los operadores de dichas normas, lo que ocasiona una *brecha de implementación*; es decir, el incumplimiento de las normas en la vida real. Pero en otros casos, el derecho, y particularmente el derecho penal, criminaliza a los migrantes; mientras las normas de derechos humanos no se cumplen, las normas penales son puntualmente aplicadas por algunos Estados.

A nivel de normatividad internacional, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, establece en su artículo 5o. que aquellos migrantes que sean objeto de tráfico ilícito de personas u otras actividades relacionadas con este delito no deben ser sujetos de enjuiciamientos penales, y en consecuencia no pueden ser sometidos a ninguna pena de prisión o internamiento.

No obstante, en su *Informe 2010*,⁷ el entonces relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante, señaló que existe una tendencia creciente “a la penalización de la migración irregular ... durante todas las etapas del proceso migratorio” y reveló los peligros del “uso

⁶ Cfr. <https://www.eluniversal.com.mx/cartera/economia/remesas-mexico-crecen-en-julio-segundo-mayor-nivel-en-mas-de-24-anos>.

⁷ A/65/222, Asamblea General, 3 de agosto de 2010, *Informe Relator*, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/474/91/PDF/N1047491.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 12 de mayo de 2020).

desproporcionado del sistema de justicia penal para administrar la migración irregular”.⁸

El mismo informe del relator enfatizó que las causas básicas de la migración irregular no se resuelven recurriendo a su penalización:

La migración irregular es un fenómeno complejo con causas múltiples y relacionadas entre sí, que están estrechamente vinculadas a tres importantes mecanismos de activación: la existencia de controles cada vez más restrictivos en algunos países de destino, así como restricciones a las vías legales de la migración (incluida la reunificación de familias); un aumento del desempleo y la exclusión social en algunos países de origen, junto con crecientes disparidades estructurales dentro de los países y entre ellos; y factores de atracción en países de destino, en particular la mayor demanda del sector no estructurado del mercado laboral, que es endógeno de los países de destino. El Relator Especial opina que *la migración irregular es el resultado de una interacción de factores en los países de origen y de destino* y que, por lo tanto, la gestión de la migración irregular es una *responsabilidad compartida*... el reconocimiento de la demanda de trabajadores migratorios irregulares en países de destino debe ser la base de la obligación moral y jurídica de los países de destino y de origen de asumir conjuntamente la responsabilidad de elaborar y poner en práctica un enfoque basado en los derechos humanos a la gobernanza de la migración y la subsiguiente despenalización de la migración irregular.⁹

El relator especial lamentó

...que en muchos países los procedimientos de inmigración incluyan de ordinario la detención como la medida provisional principal, o incluso la única, para asegurar la eficacia del control de la migración. La detención se utiliza también como medida de disuasión para impedir la llegada de nuevos migrantes o personas que solicitan asilo. A su juicio, esos objetivos no pueden justificar el uso difundido y creciente de la detención de inmigrantes y los Estados, por el contrario, deberían abolirla progresivamente.

⁸ Se dijo además que “la gestión de la migración basada en las leyes penales tiende a hacer caso omiso de la dimensión de derechos humanos de la migración y a centrar la atención exclusivamente en medidas para resolver la cuestión de la migración irregular fortaleciendo los controles fronterizos y penalizando a los facilitadores y a los propios migrantes. Durante el ejercicio de su mandato, el Relator Especial ha mostrado que el empleo de medidas penales en la gestión de la migración socava los derechos humanos de los migrantes y puede impedir, directa o indirectamente, su acceso a derechos sociales básicos, en particular el cuidado de la salud, la educación y la vivienda”. *Idem*.

⁹ Énfasis añadido. *Idem*.

Además, en algunos casos, la detención de inmigrantes “imita a la detención penal y se aplica sin supervisión judicial, lo cual está en clara contradicción del derecho internacional y las normas internacionales de derechos humanos”.¹⁰

En el *Informe* 2010 del entonces relator también se enumeran una serie de ejemplos de buenas prácticas y alternativas a la penalización de la migración irregular, entre las que se encuentran:

- 1) La creación de oportunidades para la migración regular es una estrategia clave para abordar las causas básicas de la migración irregular y desalentar el contrabando de migrantes y la trata de seres humanos.
- 2) La aprobación de marcos internacionales para las asociaciones de gestión de la migración basada en los derechos, por las organizaciones internacionales, y las actividades globales de éstas para crear instrumentos que permitan compartir los conocimientos para promover un enfoque de la gestión de la migración basado en los derechos.
- 3) La creación de oportunidades o programas para regularizar la situación de migrantes no documentados constituye una alternativa basada en los derechos, para la gestión de la migración irregular sin recurrir a su penalización.
- 4) Creación de disposiciones jurídicas encaminadas a sustituir la detención de inmigrantes; es decir, el establecimiento de medidas alternativas a la detención de inmigrantes, las cuales van desde la liberación bajo fianza o garantía, la libertad condicional, el regreso a situación de custodia durante horas especificadas después de la liberación para ejercer un empleo, la asistencia a la escuela u otras finalidades definidas, hasta planes más innovadores, como los centros abiertos y semiabiertos, las residencias dirigidas y la restricción a un distrito especificado. La legislación¹¹ en Panamá proscribe explícitamente la detención de niños.

¹⁰ Además, agrega que preocupan “las leyes y prácticas de detención arbitraria relacionada con la migración y por la ausencia general de la aplicación de garantías procesales y judiciales, y lamenta que en algunos casos la duración máxima de la detención de inmigrantes es indeterminada”. Así, “el principio de proporcionalidad exige que la detención administrativa sea considerada como una medida de último recurso. Se deberían observar estrictas limitaciones legales y prever las debidas salvaguardias judiciales”. *Idem*.

¹¹ Ley de Migraciones núm. 3, de febrero de 2008, artículo 93.

El exrelator recomendó a los Estados que eliminaran las leyes, políticas, planes y programas que penalizan la migración irregular y los exhorta a no considerar que las infracciones a la ley de inmigración constituyen un delito y a no castigar dichas infracciones con la detención.¹²

Sin embargo, y a pesar del paso de casi una década, la situación no ha cambiado. En el *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020* se recuerda que:

Los Estados han recurrido a la criminalización de la migración o “crimi-gración” para disuadir o castigar a los solicitantes de asilo y los migrantes irregulares. Este proceso entraña un mayor recurso al derecho penal para aplicar las leyes de inmigración. La vulneración de la ley de inmigración acarrea consecuencias penales, sin las protecciones procesales aplicables en virtud de ese derecho. Entre las medidas problemáticas figuran las detenciones arbitrarias, las prácticas de vigilancia intensificada, las estrategias de interceptación y las expulsiones. Los Estados han endurecido también los criterios para la concesión del estatuto de refugiado, con miras a limitar el número de personas a las que otorgan el asilo con el pretexto de disuadir del “abuso”.

Un tema común en todas las contribuciones es el impacto de la migración criminalizada en los derechos humanos de los migrantes.¹³

Asimismo, en el *Informe* se reflejan una serie de ejemplos, entre los que se encuentran:

a) El régimen de detención de inmigrantes canadiense, en que no hay claros plazos establecidos por la ley ni una supervisión independiente efectiva. Esta situación agrava claramente el riesgo de detención arbitraria e inhumana de los migrantes.

b) Las prohibiciones de viajar impuestas por el Presidente de los Estados Unidos de América Donald Trump, son otro ejemplo del modo en que la criminalización de la migración viola derechos de las personas tales como el derecho a la intimidad y a la presunción de inocencia. Además, en virtud de estas prohibiciones de viajar, los Estados deben proporcionar información sobre sus ciudadanos y residentes extranjeros a las autoridades estadounidenses para ser excluidos de la lista de los países proscritos.¹⁴

¹² A/65/222, Asamblea General, 3 de agosto de 2010, *Informe Relator...*, cit.

¹³ Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_es.pdf.

¹⁴ *Idem*.

Los esfuerzos por garantizar los derechos de los migrantes han sido insuficientes, ya que, a pesar del discurso oficial, continúa su criminalización y no se constata voluntad política real para modificar esa realidad.

Los migrantes irregulares son estigmatizados, lo cual se asocia a actos violatorios de sus derechos, como tratos crueles, inhumanos y degradantes, discriminación, detenciones arbitrarias y prolongadas, negativa a brindarles asistencia consular y violaciones a su integridad personal y a su derecho a la vida, derivado de medidas que dirigen los flujos migratorios a zonas de alto riesgo de muerte.

Hay intentos de cambio de rumbo en esta materia que se presentan como alternativa al *paradigma de control y seguridad*. Debe entenderse que la migración irregular no es un problema de seguridad, sino de desarrollo humano, y que debe atenderse de forma coordinada entre los Estados emisores y receptores a través de políticas estructurales que mejoren la calidad de vida en los países de origen, y brinden oportunidades legales, reales y dignas de empleo en los países de destino.

La Corte IDH, en el *Caso Vélez Loo*, recordó la necesidad de que las personas detenidas por su situación migratoria permanezcan en lugares distintos a los destinados a las personas acusadas o condenadas por la comisión de delitos penales.¹⁵ Señaló que

...la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que deberá irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes. En particular, en lo relativo a la notificación a los detenidos extranjeros sobre su derecho a la asistencia consular, así como a asegurar la revisión judicial directa ante un

¹⁵ Corte IDH, *Caso Vélez Loo*, sentencia del 23 de noviembre de 2010, párr. 205. Así, “de resultar necesario y proporcionado en el caso en concreto, los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales. Este principio de separación atiende, ciertamente, a las diferentes finalidades de la privación de libertad. En efecto, cuando se trata de personas que sufren condena, las condiciones de privación de libertad deben propender a la finalidad esencial de las penas privativas de la libertad que es «la reforma y la readaptación social de los condenados». Cuando se trata de migrantes, la detención y privación de libertad por su sola situación migratoria irregular, debe ser utilizada cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto, solamente admisible durante el menor tiempo posible y en atención a los fines legítimos”. *Ibidem*, párr. 208.

juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad del arresto o detención.¹⁶

Además, determinó que

...el Estado debe, en un plazo razonable, adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes, y cuyo personal sea civil y esté debidamente calificado y capacitado.¹⁷

La Corte IDH también sostuvo que

...los Estados tienen la facultad de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio... por lo que este puede ser un fin legítimo acorde con la Convención. Es así que, la utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación. No obstante, y a tenor de la opinión del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, “la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias”. Del mismo modo, la Relatora de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes ha sostenido que “[l]a detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo”. En el presente caso, la Corte considera que la finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo a la Convención.¹⁸

Por otra parte, respecto a los derechos de un migrante irregular detenido en el país destino, se ha establecido que “la legislación interna debe ase-

¹⁶ *Ibidem*, párr. 286.

¹⁷ “El Estado debe implementar, en un plazo razonable, un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular”. *Ibidem*, resolutivo 16.

¹⁸ Corte IDH, *Caso Vélez Loor...*, *cit.*, párr. 169.

gurar que el funcionario (administrativo) autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas”.¹⁹ Además, la revisión de la detención por parte de un juez o tribunal constituye un requisito fundamental para garantizar un control y escrutinio adecuados de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales.²⁰

La Corte IDH ha señalado que la CADH establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.²¹

Debido a la situación de desventaja o indefensión en la que se ubican las personas migrantes, los principios de igualdad ante la ley y no discriminación adquieren mayor relevancia y, por lo tanto, los Estados tienen la obligación de respetarlos con independencia del estatus migratorio de una persona.²² La Corte Interamericana ha señalado que “...el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”.²³

En atención a lo arriba señalado, “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*”; en consecuencia, los Estados se encuentran obligados

...a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto de actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su to-

¹⁹ *Ibidem*, párr. 108.

²⁰ *Ibidem*, párr. 126.

²¹ Corte IDH, *Caso Cantos*, sentencia del 28 de noviembre de 2002, párr. 52; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 111; *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 89, y *Garantías judiciales en Estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 23.

²² *Cfr.* Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico*, sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 155.

²³ Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros*, sentencia del 24 de octubre de 2012, párr. 225.

lerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.²⁴

El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

Las implicaciones de lo anteriormente apuntado se traducen para la persona extranjera en “la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”,²⁵ por lo que el Estado receptor se encuentra obligado a garantizar el acceso a la justicia con independencia de la situación migratoria, es decir, no importa si se trata de un migrante regular o indocumentado. De igual manera, en torno al tema que se analiza, revisten especial importancia las opiniones consultivas OC-16/99,²⁶ OC-18/03²⁷ y OC-21/14,²⁸ emitidas por la Corte IDH.

Finalmente, es preciso recordar que en México la Ley General de Población contenía un delito especial para el supuesto de que un extranjero ingresara de forma indocumentada al país. Así, el artículo 123 de la referida legislación establecía lo siguiente: “se impondrá pena hasta de dos años de prisión y multa de trescientos a cinco mil pesos, al extranjero que se interne ilegalmente en el país”.²⁹ Mediante la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de julio de 2008 se despenalizó la migración irregular en México. La importancia que tuvo la derogación del precepto arriba señalado fue tal que el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares calificó positivamente la acción legislativa por parte del Estado mexicano.³⁰

²⁴ *Ibidem*, párr. 236, y *Caso Flor Freire*, sentencia del 31 de agosto de 2016, párr. 110.

²⁵ Corte IDH, *Caso Vélez Loor...*, *cit.*, párr. 143.

²⁶ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1o. de octubre de 1999.

²⁷ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003.

²⁸ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014.

²⁹ *Cfr.* Morales Sánchez, Julieta, “Despenalización de la migración irregular en México: análisis y perspectivas de la reforma a la Ley General de Población de 21 de julio de 2008”, *Criminalia*, México, año LXXIV, núm. 2, mayo-agosto de 2008, pp. 112-114.

³⁰ Véase, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 74 de la Convención (CMW/C/MEX/CO/2)*, 3 de mayo de 2011, pp. 2 y 3, disponible en: <http://>

2. Covid-19 y migración

En circunstancias ordinarias, muchos migrantes

...enfrentan dificultades para acceder a la atención sanitaria. No obstante, la norma de derechos humanos que consagra el derecho a la salud y la promoción de la cobertura sanitaria universal para todos, los Estados solo están obligados a prestar un conjunto básico mínimo de servicios médicos de urgencia a los migrantes irregulares. Incluso los migrantes regulares tropiezan a veces con obstáculos jurídicos, o con manifestaciones de racismo y corrupción, que menoscaban su acceso a la atención de salud. Además, muchos migrantes no utilizan todos los servicios de atención sanitaria disponibles y tardan en acudir a los centros de salud.³¹

Asimismo, hay una proporción más alta de hombres (58.4%) que de mujeres (41.6%) entre los trabajadores migrantes internacionales. Los varones predominan en los sectores de las manufacturas y la construcción, mientras que las mujeres trabajan principalmente en el sector de los servicios (cerca del 74%), como el servicio doméstico, a menudo en condiciones de empleo precario.³²

Frente a la Covid-19, los migrantes y las personas en situación de movilidad tienen vulnerabilidades particulares debido a las circunstancias de su viaje y a las pobres condiciones de vida y trabajo en las que pueden encontrarse.

Los migrantes enfrentan obstáculos innecesarios para acceder a la atención médica. Inaccesibilidad de servicios; barreras lingüísticas y culturales; costo; falta de políticas de salud inclusivas para los migrantes; las barreras legales, regulatorias y prácticas para la atención de la salud juegan un papel en esto, al igual que, en muchos casos, los prejuicios. Si un migrante teme la deportación, la separación familiar o la detención, puede estar menos dispuesto a acceder a la atención médica o proporcionar información sobre su estado de salud.³³

tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fMEX%2fCO%2f2&Lang=en (fecha de consulta: 12 de mayo de 2020).

³¹ *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*, cit., disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_es.pdf.

³² *Idem*.

³³ Véase <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25730&LangID=S>.

Por eso, y frente a la no criminalización de personas en situación de movilidad internacional, hay que considerar que “si bien muchos países han optado por reforzar los controles en sus fronteras en un esfuerzo por contener la propagación de COVID-19, es fundamental que tales medidas se implementen de manera no discriminatoria, de acuerdo con el derecho internacional y priorizando la protección de los más vulnerables”.³⁴

En la *nueva cotidianidad* los gobiernos no pueden ser inocentes:

...las restricciones de viaje y circulación impuestas por la pandemia de COVID-19 no detienen la movilidad de las personas que huyen de los conflictos, la violencia o los abusos a los derechos humanos. Además, es probable que las consecuencias económicas provoquen un aumento del contrabando de migrantes y de la trata de personas de los países más afectados a destinos más prósperos.³⁵

Así, la migración irregular seguramente crecerá, ante el complejo panorama económico mundial,³⁶ pero ante esa situación la respuesta jamás debe ser la criminalización.

Además, las condiciones de vida de las personas migrantes irregulares en los países destino son precarias, y en su gran mayoría se desempeñan en el sector informal. Ante esto es necesario recordar lo que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sostiene:

...muchos viven en condiciones de hacinamiento —en campamentos o asentamientos informales, barrios marginales, centros de acogida, albergues y centros de detención de inmigrantes o incluso sin hogar— en las que han de compartir los baños y los espacios para cocinar y comer, las condiciones son insalubres y las medidas de distanciamiento físico y permanencia en el domicilio son imposibles de llevar a la práctica.³⁷

³⁴ “Las políticas y su implementación, incluido el retorno forzoso y la detención de inmigrantes, deben llevarse a cabo de acuerdo con las obligaciones de derechos humanos y es posible que deban ajustarse para garantizar que sean compatibles con estrategias efectivas de salud pública y mantengan condiciones adecuadas”. *Idem*.

³⁵ Véase <https://news.un.org/es/story/2020/05/1474412>.

³⁶ *Cfr.* Fondo Monetario Internacional en el Informe “Actualización de las perspectivas de la economía mundial” (*World Economic Outlook*, WEO, por sus siglas en inglés), disponible en: <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2020/06/24/WEOUpdateJune2020>. En junio de 2020, México se colocó en una caída de 10.5% del producto interno bruto, desde un retroceso de 6.6% previsto en abril de ese mismo año.

³⁷ *Documento de políticas del secretario general sobre la Covid-19 y las personas en movimiento*, ONU, disponible en: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg_brief_c19_people_on_the_move_spanish.pdf.

Por otro lado, la OIT estimó que, sólo en el segundo trimestre de 2020, “la disminución de las horas de trabajo a nivel mundial entre los trabajadores de la economía informal equivaldría a la pérdida de más de 305 millones de empleos a tiempo completo”.³⁸

Adicionalmente, hay que reconocer que

...las respuestas de los Gobiernos a la COVID-19 también han expuesto a los migrantes a un mayor riesgo de internamiento, separación de familias y retornos forzosos o arriesgados sin el debido procedimiento legal ni las salvaguardias básicas. Algunos Estados han aprovechado las preocupaciones en materia de salud pública para justificar ciertos tipos de medidas de represión de la inmigración, entre ellas redadas y detenciones arbitrarias de migrantes... indocumentados a los que a menudo se interna en instalaciones masificadas, en las que tanto los detenidos como el personal están expuestos a mayores riesgos de infección.³⁹

Y es justamente esto lo que se debe evitar; pero el discurso duro basado en el uso del derecho penal siempre regresa o se acentúa en etapas de crisis, como lo es ésta.

En ese sentido, la ONU pronostica: “es probable que los países, a medida que reabran gradualmente sus fronteras internacionales, impongan requisitos sanitarios adicionales para los viajes, lo que aumentará la necesidad de evaluaciones médicas, pruebas diagnósticas, cribados, inmunizaciones, tratamientos y certificaciones”.⁴⁰ Toda esta situación puede complejizar la migración regular, incentivar la migración irregular y violar los derechos humanos de las personas en situación de movilidad internacional.

Ya la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha observado que en el marco de la pandemia persisten “prácticas de detención migratoria... la creación de obstáculos para la presentación de solicitudes de refugio y asilo, el cierre de fronteras a grupos de personas mi-

³⁸ OIT (2020), *El Covid-19 y el mundo del trabajo*, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_743154.pdf.

³⁹ Véase https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg_brief_c19_people_on_the_move_spanish.pdf.

⁴⁰ Por lo que “esos requisitos podrían perjudicar a las personas vulnerables, que pueden quedar varadas o internadas por períodos indeterminados, verse obligadas a financiar ellas mismas los períodos de cuarentena o hacer frente a gastos sanitarios desproporcionados. Esas actuaciones también podrían llevar a más personas a buscar vías irregulares. Además, las medidas puntuales, establecidas por unos Gobiernos centrados en contener la amenaza del virus, pueden generar una impracticable maraña de requisitos para los viajes, lo que haría que estos fueran más arduos e inciertos que antes y crearía nuevas cargas para los agentes del sector privado que facilitan los viajes”. *Idem*.

grantes de retorno a sus propios Estados de nacionalidad, el desplazamiento/confinamiento de personas desplazadas, así como actos de xenofobia y violencia contra las mujeres”.⁴¹

Es fundamental que los Estados entiendan que la *nueva normalidad* o *nueva cotidianidad* jamás puede traducirse en una pérdida de derechos ni en un retroceso a su reconocimiento y garantía. Se tiene que construir una *nueva cotidianidad* que sea democrática y respetuosa de la legalidad, tanto en sentido formal como sustancial; es decir, respetuosa de los derechos humanos y de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad y no regresividad.

Ante este panorama se considera valioso retomar las palabras de Gros Espiell y proyectarlas hacia el caso de los migrantes:

La comparación entre el abismo que existe entre los criterios y los principios afirmados por las normas dirigidas a promover el respeto y la protección de los derechos humanos (de los migrantes) y la triste realidad sirve, no para favorecer un sentimiento de desesperanza y frustración, sino, para comprender el verdadero sentido y función del derecho y buscar su plena aplicación, para transformar una situación caracterizada generalmente por situaciones de opresión e injusticia.⁴²

3. Migración irregular, estado de necesidad y no criminalización

En algunos países, las personas migrantes irregulares —que por lo general son pobres y buscan mejorar sus condiciones de vida— son consideradas como delincuentes por violar las normas de migración del país al que ingresan. Los gobiernos olvidan que, en la mayoría de los casos, los migrantes sólo buscan incorporarse en actividades productivas que les permitan vivir y enviar dinero a sus familias, o pasar desapercibidas en su travesía por el país de tránsito.

Es necesario enfatizar que los migrantes irregulares, por el solo hecho de su incursión indocumentada, no son delincuentes.

Para Amartya Sen, la pobreza debe ser vista como la limitación o eliminación de las capacidades básicas para que una persona pueda realizar el

⁴¹ La CIDH urge a los Estados proteger los derechos humanos de las personas migrantes, refugiadas y desplazadas frente a la pandemia del Covid-19, 17 de abril de 2020, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/077.asp>.

⁴² La expresión entre paréntesis es propia. Gros Espiell, Héctor, *La OIT y los derechos humanos en América Latina*, México, UNAM, 1978, pp. 66 y 67.

tipo de vida que ella estime valiosa (desarrollo libre de su proyecto de vida), más que como una mera limitación o carencia de ingresos.⁴³

En este sentido, se requiere dar al futuro migrante en su país de origen un bienestar mínimo que le permita vivir dignamente y que no lo impulse a trasladarse a otro Estado.

Por ello, hay que eliminar la situación de necesidad de la persona que se convertirá en migrante, reconociéndole el mínimo vital que le corresponde como ser humano. Si no es así, estaremos ante un estado de necesidad que puede justificar, en algunos casos, las conductas violatorias de la normatividad migratoria.⁴⁴ Así, la persona migrante se encontraría exenta de responsabilidad a pesar de haber vulnerado el ordenamiento jurídico del Estado receptor.⁴⁵

El migrante —entendido como el nacional del país de origen que se encuentra en un estado de necesidad— no puede ser acusado de actuar del único modo en el que puede conducirse un ser humano que se ve obligado a salvar su vida y a satisfacer sus necesidades vitales mínimas.⁴⁶

Se sabe que este aspecto es controvertido; sin embargo, se planteará con el único fin de cuestionar las reacciones que los Estados tienen frente a la migración irregular.

La migración irregular implica una conducta ilícita, pero dicha ilicitud no debe sancionarse penalmente. Esta es la primera y esencial premisa. Sin embargo, si la previsión penal existe en el ordenamiento nacional, se tendría que cuestionar la situación del migrante y su estado de necesidad como vicio a su voluntad. Se procederá a desarrollar esta idea.

La voluntad del migrante indocumentado, si bien no está completamente determinada, al menos está condicionada o presionada por diversos factores —entre ellos, los económicos o laborales, desempleo, diferencial de salarios, pobreza, etcétera— que hacen que la decisión que se toma no sea la más feliz o deseada para la persona. Hay quien podría argumentar que esta visión serviría de pretexto para justificar conductas delictivas de muchos delincuentes; la respuesta es sencilla: bajo una idea de derecho penal mínimo y derecho penal democrático —y a pesar de saber que la decisión es potestativa de cada Estado— la incursión indocumentada de una persona

⁴³ Cfr. Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 88-90.

⁴⁴ Para profundizar en este análisis, cfr. Morales Sánchez, Julieta, *Migración irregular y derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 131-135.

⁴⁵ Miraut Martín, Laura, “Los objetivos de las políticas de inmigración”, en Miraut Martín, Laura (ed.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 336.

⁴⁶ *Idem*.

no debe ser penalizada; por tanto, la inmigración irregular no es un delito y al utilizar el argumento anterior no se pretende justificar un delito.

Para que una conducta pueda ser atribuida a su autor es necesario que en el caso concreto pudiera exigírsele haber actuado conforme a la ley. Por lo que no puede efectuarse un juicio de reproche a una persona que actúa antijurídicamente en circunstancias de motivación extrema —o desesperación— que minaron su propia autodeterminación. Independientemente de la teoría en la que se base el análisis (teoría de la diferenciación —estado de necesidad exculpante y estado de necesidad justificante— o teoría unitaria),⁴⁷ lo importante es visualizar, con atrevimiento académico, si un migrante al violentar la legislación migratoria de un país actúa por estado de necesidad, y para ello se recurrirá a los requisitos que éste implica:

- 1) *La existencia de un bien en peligro.* En este caso se puede decir que el bien en peligro es la vida, la integridad física o la salud de las personas migrantes o de sus familiares. La falta de condiciones dignas de vida al interior de los países de origen de los migrantes ocasiona que éstos no tengan acceso a un empleo ni a alimentación adecuada; asimismo, en caso de enfermedad, no se cuenta con el dinero suficiente para comprar medicinas —y peor aún— ni con la infraestructura ni recursos para consultar a un médico (en virtud de que en muchas comunidades de países de origen migratorio los médicos solamente se encuentran en centros urbanos).
- 2) *Acción que tenga como fin la salvación del bien jurídico.* El paso irregular de las fronteras de un Estado, con lo que se busca rescatar o preservar la vida, integridad física o salud de la persona migrante irregular o de su familia.
- 3) *Necesidad del medio empleado.* En este caso, no existen muchos medios alternos a los que se pueda recurrir. Uno de ellos quizá sería la comisión de delitos (como robo, por ejemplo) por parte de la persona migrante para sufragar los gastos de un familiar enfermo o para dar de comer a su familia, a manera de ejemplos. Como se puede visualizar, el medio menos nocivo posiblemente sería el hecho de migrar irregularmente.
- 4) *Ausencia del deber de sacrificio.* En efecto, los ciudadanos de un Estado no tienen ningún deber de *esperar la muerte* en el territorio de su país

⁴⁷ Ramos Rivera, José Luis, “Estado de necesidad en la legislación penal mexicana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIII, núm. 69, mayo-agosto de 1990, pp. 945-947.

debido a la ausencia de oportunidades o por la existencia de condiciones precarias de subsistencia.

- 5) *Ausencia de provocación intencionada.* Claramente los migrantes no originan las condiciones precarias de subsistencia al interior de los países de origen migratorio, como es el caso de México. El origen de estas condiciones radica en problemas estructurales y en la falta de atención gubernamental o de políticas públicas adecuadas y efectivas.

El estado de necesidad, entonces, justifica las conductas y las convierte en acciones legítimas no punibles, a pesar de que se desarrollaron en contravención al derecho.

Como se dijo, aunque lo anterior es muy discutible, pudiera ser válido para situaciones particulares de personas migrantes. No se pretendió hacer aquí una afirmación generalizadora, sino sólo plantear una reflexión ante la realidad latente y creciente de la migración irregular. Lo relevante de este apartado es tener muy claro que, sea cual sea el argumento que se utilice, no es dable criminalizar la migración en ningún caso.

IV. REFLEXIONES FINALES

A continuación, se establecerán algunas ideas que difícilmente serán conclusiones. En un tema tan complejo y dinámico como la migración sería ilusorio hablar de conclusiones.

- 1) El derecho penal no puede ni debe seguir siendo utilizado como mecanismo para el control migratorio ni para la represalia de la migración irregular. El altísimo costo de la criminalización migratoria deja testimonios de sangre y dolor en muchos puntos del orbe.
- 2) La mayoría de los países de origen migratorio están marcados por la desigualdad y la mala distribución de la riqueza. La migración se erige, en múltiples ocasiones, como la única opción ante la falta de oportunidades.
- 3) Las personas migrantes irregulares o indocumentadas enfrentan discriminación interseccional: son migrantes, indocumentadas y pobres. A ello pueden sumarse otras situaciones o condiciones que incrementan la discriminación: ser mujeres, niñas o niños, indígenas, analfabetas, desconocedoras de la lengua prevaleciente en el país en el que se encuentran, entre muchas otras.

- 4) Los Estados deben diseñar sus políticas y programas con pleno apego al marco convencional y a la jurisprudencia de la Corte IDH.
- 5) Actualmente se observa incapacidad para solucionar las causas estructurales de la migración; lamentablemente, en algunos países se sigue viendo a la migración como un problema de seguridad y no de desarrollo humano. Estamos inmersos en un círculo vicioso que no se ha comprendido: a más desigualdad, más miseria, más desempleo, más falta de oportunidades, más migración, más medidas restrictivas, más criminalización, más violaciones a los derechos humanos, más desigualdad y miseria.
- 6) La Covid-19 plantea un panorama aún más complejo para la migración. A raíz del tema de salud pública y la prevención de contagios, seguramente los países establecerán más restricciones o requisitos para el ingreso a su territorio. Ello incrementará las vías y formas de la migración irregular o no autorizada, haciendo mayor uso de redes de tráfico ilícito y agravando las violaciones a los derechos humanos. Además, se acentuará la criminalización de la migración.