

**El sistema internacional de derechos humanos y el migrante irregular: Una
categoría normativa en construcción**

María Alejandra Rueda Toro

María Camila Franco Lenis

Manuela Jiménez Echeverri

Pontificia Universidad Javeriana Cali

Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

Carrera de Derecho

Trabajo de Grado

Dr. Ivan Leonardo Martínez

Resumen

Si partimos de la idea según la cual, para recibir derechos y obligaciones se necesita el reconocimiento de una cierta personalidad jurídica por parte del ordenamiento jurídico al que se pertenece, entonces la situación de “irregularidad” se propone como una zona de “no derecho”, una imposibilidad fáctica (no pertenencia al sistema de normas) que impide el reconocimiento normativo. Este tipo de situaciones ligadas a las políticas migratorias no encuentran una respuesta consistente por parte del llamado Sistema Universal de Derechos Humanos ni de otros Sistemas Regionales de Derechos Humanos que determinen en sí quien -estatus jurídico- es el Migrante Irregular y, de contera, qué derechos le son imputables en virtud de aquel estatus jurídico adjudicado. Por ello, cada Estado ha tenido que adoptar su propia definición en razón a la inexistencia de un concepto universalmente aceptado. En consecuencia, se hace necesario un estudio que, mediante la problematización de casos, registre el avance normativo tomado y lo especifique analizando el avance del concepto “migrante irregular” en los diferentes subsistemas de derechos humanos (Sistema Regional Europeo e Interamericano).

Palabras clave

Interpretaciones, Conceptos, Estatus Jurídico, Migrante Irregular, Derechos Humanos,

Sistema Universal de Derechos Humanos, Sistemas Regionales de Derechos Humanos, Migración.

Abstract

If we start from the idea according to which, in order to receive rights and obligations, the recognition of a certain legal personality by the social conglomerate to which one arrives is needed, then the situation of "irregularity" is proposed as a zone of "no law" , a factual impossibility (not belonging to the system of norms) that prevents normative recognition. Indeed, this type of situation linked to migration policies does not find a consistent response from the so-called Universal Human Rights System, nor from other Regional Human Rights Systems that determine in themselves who -legal status- is the Irregular Migrant and, contera, what rights are attributable to him by virtue of that legal status awarded. For this reason, each State has had to choose to take its own

definition due to the inexistence of a universally agreeable concept of consequence, a study is necessary that, through the problematization of cases, registers the normative advance taken and severely analyzes the advancement of the concept in the different human rights subsystems (European and Inter-American Regional System).

Keywords

Interpretations, Concepts, Legal Status, Irregular Migrant, Human Rights, Universal Human Rights System, Regional Human Rights Systems, Migration.

TABLA DE CONTENIDO

1. Introducción	9
1.1 Aproximación al problema jurídico subyacente: La descripción del conflicto social derivado del fenómeno migratorio.	9
1.2 Distinción entre migración irregular y migrante irregular	
1.3 La descripción del conflicto social derivado de la neutralidad de la categoría “migrante” en el fenómeno migratorio en Colombia	9
1.3.1 Colombia como país transitorio de paso	10
1.3.2 Colombia como país receptor de migrantes	
1.3.3 La categoría del flujo mixto de migrantes como intento de rectificar la categoría neutral de “migrante”	10
1.3.4 Colombia como país emisor de migrantes	11
1.4 El problema definicional y normativo	12
1.5 El problema epistemológico implícito (equivocidad): Relación entre significantes- significados, connotaciones y denotaciones	13
	14
	15
2. Objetivos de la investigación	18
3. Metodología de la investigación	19
3.1 Definición del sistema normativo observar	19
3.2 Uso y observación de las fuentes del derecho internacional para el caso de estudio	20
3.3 Desarrollo del texto	21
3.4 Técnicas de investigación a utilizar	21
3.4.1 Estudio de caso	21
3.4.2 Contrastación de textos normativos	22
3.4.3 Contrastación de textos de doctrina y teoría jurídica	22
4. Capítulo I: Aproximación a la categoría de migrante irregular	22

4.1 Aproximación teórica	22
4.2 Desarrollo hacia la categoría de migrante irregular	23
4.2.1 Migración internacional	23
4.2.1.1 Criterio descriptivo	23
4.2.1.2 Criterio analítico	24
4.3 Aproximación sobre la categoría de migrante irregular	25
4.3.1 El migrante como “persona informal”: Inadecuación de requisitos	25
4.4 Materialización de la categoría de migrante	27
4.5 Caracterización hacia la categoría de migrante	28
4.5.1 El fenómeno migratorio: dicotomía entre migración voluntaria e involuntaria	28
4.5.1.1 Migración voluntaria	28
4.5.1.2 Migración involuntaria	29
4.6 El conflicto social detrás de la categoría de migrante en sentido neutro	30
5. Capítulo II: Los sentidos normativos otorgados por los sistemas regionales de Derechos Humanos y otros sistemas de producción de significados de: “Migrante Irregular”	34
5.1 El sistema universal de Derechos Humanos	34
5.1.1 El principio Non Refoulement como garantía jurídica del migrante irregular	35
5.1.2 El trabajador migrante irregular por la convención (CMW)	35
5.1.2.1 Obligaciones del Sistema Universal de Derechos Humanos en beneficio de los trabajadores irregulares	39
5.1.2.2 Derechos asignados desde el Sistema Universal de Derechos Humanos al trabajador migrante irregular	39
5.2 Caso de ciudadanos venezolanos como migrantes irregulares en territorio colombiano en contraste con el Sistema Universal de Derechos Humanos	41
5.3 Estudio del Sistema Regional Europeo referente al migrante irregular	
5.3.1 El tribunal de Estrasburgo como tribunal de Derechos Humanos y las obligaciones de los Estados hacia los migrantes	41
5.3.1.1 Sentido conceptual de la jurisprudencia del Tribunal Estrasburgo como tribunal de Derechos Humanos	42
5.3.1.2 Sentido conceptual de la jurisprudencia del Tribunal Estrasburgo como tribunal de Derechos Humanos	44
5.3.2 El tribunal de Luxemburgo y la Unión Europea y los derechos y obligaciones hacia los migrantes	
5.3.3 Avances en materia migratoria, aplicados dentro del Sistema Europeo	44
5.4 Estudio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	46
5.4.1 Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
5.4.2 Obligaciones del Estado hacia los migrantes irregulares	51
5.4.3 La comunidad Andina	52
	56
	57

6. Capítulo III: La recepción de los significados del concepto: “Migrante irregular” en Colombia	58
6.1 Normativa reciente en Colombia sobre migración	58
6.2 Análisis de sentencias por las Altas Cortes nacionales colombianas	59
6.2.1 La Corte Constitucional frente al enfoque diferencial	60
7. Conclusiones	64
8. Tabla de referencias	67
9. Referencias	68

“A nuestros padres, que con esfuerzo y amor hicieron todo nuestro proceso académico posible.”

“A nuestro tutor y respetable futuro colega, el doctor Iván Leonardo Martínez Pinilla, que emprendió este reto junto a nosotras. Un orgullo haber sido estudiantes de tan grande académico y ser humano.”

“A nuestros más cercanos amigos y compañeros de aula de clase. Los estimamos y les deseamos éxitos en el porvenir más cercano.”

1. Introducción

1.1. Aproximación al problema jurídico subyacente: La descripción del conflicto social derivado del fenómeno migratorio

El fenómeno de la migración irregular se encuentra presente en todos los Estados a diferentes escalas, a pesar de ello, actualmente no existe en el ordenamiento jurídico internacional un consenso frente a su definición y por tanto su tratamiento se adhiere a las políticas que cada país determine para su gestión. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM, 2011) define el fenómeno como un movimiento de “personas que se desplazan al margen de las normas de los países de origen, de tránsito o de acogida”. De acuerdo a la definición citada, el sujeto, al encontrarse al margen de las normas, implica -de cierta manera- para el Estado de acogida una amenaza a su soberanía política, lo que supone que la condición de “irregularidad” proviene de la figura del migrante, es decir, su definición pone en cabeza del migrante la obligación de “atemperarse” al ordenamiento jurídico de arribo, esta obligación se manifiesta además en uno o varios momentos, dependiendo de cuántos Estados transite; Ahora bien, nos preguntamos si la definición antes mencionada sea una obligación únicamente imputable a la persona o si por el contrario sea necesario reorientar la definición hacia una visión de “irregularidad” compartida entre el sujeto y los ordenamientos jurídicos de arribo.

Al respecto Vespe et al, (2017) sostienen que tal obligación no es propiamente una característica imputable de la persona y, de consecuencia, se hace necesario indagar sobre el tratamiento que la categoría “migrante irregular” -junto a las categorías semánticamente cercanas a ella- reciben en el sistema de derecho internacional de los derechos humanos.

1.2. Distinción entre migración irregular y migrante irregular

La irregularidad puede predicarse en dos maneras, sin ser estos necesariamente excluyentes entre sí. En un primer escenario, la irregularidad surge con base a las condiciones en que se lleva a cabo el tránsito hacia otro territorio, es decir, que los medios utilizados para migrar se encuentran por fuera de prescripciones legales y normales en

que se realizaría una migración al margen de la norma, esto es lo que se llamaría una “migración irregular”, la irregularidad nace de la forma.

Ahora bien, en un segundo escenario, cuando hablamos de “migrante irregular” es la condición en la que se encuentra el individuo. Esta condición puede describirse de dos formas, la primera cuando el sujeto se encuentra en tránsito hacia un Estado diferente al suyo, esto por fuera de las condiciones normales y legales, es decir, de la forma que se describió en el párrafo anterior; la segunda forma, surge cuando la persona ha arribado al territorio de forma legal pero su permanencia en el mismo es ajena a las normativas prescritas.

En consecuencia, el conflicto social que se deriva del llamado fenómeno migratorio irregular no sería propiamente imputable a la persona, sino más bien, dependería de si su situación de tránsito o de establecimiento es contraria y/o ajena a los protocolos legales que determina la administración para arribar y/o establecerse en su territorio.

El tema migratorio es un proceso complejo y difícil debido a las múltiples causas que empujan al individuo a tomar la decisión de emigrar. En consecuencia, los Estados no poseen directivas para abordar de forma común y general el fenómeno, haciendo necesario que cada uno establezca, dentro de un marco discrecional amplio, la regulación del fenómeno en la mayor cantidad de escenarios posibles.

1.3. La descripción del conflicto social derivado de la neutralidad de la categoría “migrante” en el fenómeno migratorio en Colombia

Frente al caso colombiano, conviene destacar el tráfico de migrantes en el Urabá colombiano y el Darién. Debido a su ubicación geográfica y gran abundancia de flora, el Darién representa una barrera “natural” al tránsito de personas. De hecho, es en este punto donde se corta la carretera Panamericana que conecta a gran parte de los Estados de Suramérica. En este sector concurren conflictos sociales y económicos, ya que es una zona fuertemente afectada por la presencia de grupos al margen de la ley (MPSP, 2021).

1.3.1 Colombia como país transitorio

Colombia se configura actualmente como un país de tránsito para quienes tienen por propósito llegar a Centroamérica y Norteamérica. Gran parte de los migrantes que llegan al territorio se encuentran de paso, esto con excepción al caso venezolano, pues el asentamiento de migrantes provenientes de Venezuela, a consecuencia de la crisis, determina un índice bastante elevado en el territorio colombiano. Por tanto, Colombia funge entonces como “corredor” para los extranjeros, lo cual demanda una responsabilidad estatal reforzada sobre todo en sectores afligidos por bandas criminales y por el conflicto armado interno (Minsalud, 2021).

Los “migrantes” no solo provienen de países sudamericanos, sino también, dada la ausencia de visado para los ciudadanos de esas regiones, encuentran una oportunidad para llegar al territorio y transitar en este con el propósito de cruzar a Centroamérica. Muchos de ellos se encuentran en graves condiciones de salud, pues el acceso a este servicio se ve limitado por el idioma, por el acceso restringido a derechos (dada su condición de “migrante irregular”), por las cuestiones de orden económico, así como la discriminación y las barreras culturales que se constituyen entre los migrantes de tránsito y los residentes de las zonas afectadas por esta coyuntura (Organización Panamericana de la Salud, 2019).

1.3.2 Colombia como país receptor de “migrantes”

Colombia entre el siglo XIX y XX, se destacó por ser un país que acogía a los migrantes, posicionándose así como un país receptor (Vargas y Carabalí, 2012). Posteriormente, se fueron presentando episodios de violencia en la historia colombiana, en los que se destacó el narcotráfico, atentados, inseguridad, desplazamientos forzosos, grupos al margen de la ley y paramilitarismo. Lo que ocasionó que tanto colombianos nacionales, como inmigrantes en territorio colombiano se fueran del país tras la ocurrencia de las contingencias mencionadas; Colombia empezó a considerarse como un país con gran emisión de migrantes. Sin embargo, llegados los años 2000, se encontró nuevamente el fenómeno receptivo de migrantes en Colombia, ante la primera oleada de nuevos “migrantes” producto de la crisis económica venezolana (1999-2013).

Tal como lo describió Robayo (2012), la llegada constante de venezolanos en Colombia, se convirtió en un eslabón histórico, que adjudicó al país como un receptor más. A su vez, la Revista Semana (2018), afirmó que empezaron a llegar un abundante flujo de venezolanos desde los inicios del siglo XXI. Sin embargo, no fue hasta el 2016, que se

encontró una entrada masiva e incontrolable de ciudadanos venezolanos al territorio colombiano, nunca antes vista. Situación que provocó una crisis aún más fuerte: Venezuela soportó devaluaciones constantes en su moneda, escasez de alimentos, pobreza extrema y demás crisis económicas notorias.

Por ello, según Palomares (s.f), el 3 de marzo de 2016, por la frontera de Táchira (puente que interconecta entre el país de Venezuela y Colombia), en menos de setenta y dos horas, fueron registradas más de 10.000 personas que entraron a Colombia. Como consecuencia de la crisis descrita, Colombia se convirtió en un país reconocido alrededor del mundo por su acogida de migrantes venezolanos. Por lo que puede afirmarse que, se convirtió no solo en un país de tránsito para los flujos mixtos de migrantes, sino en un país de acogida (Ocampo y Arboleda, 2016).

Ante la situación el Estado colombiano emitió diversos documentos en donde se analizan las situaciones internas causadas por el flujo migratorio nacional. Ejemplo de esto es el Documento del Consejo Nacional de la Política Económica y Social (CONPES) - No. 3950 (2018), sobre la estrategia para la atención de la migración desde Venezuela, en Non Refoulement el que según Sáez (2021), se observó que:

Desde la llegada de Hugo Chávez en 1999 empezaron a ingresar a Colombia venezolanos de altos ingresos y educación, fundamentalmente por la crisis del sector petrolero; a partir de 2012 incrementaron los movimientos migratorios, en 2015, se cierra la frontera y hubo una deportación de colombianos, que impulsó el retorno de unas 20.000 personas. Ya en 2016 al abrir la frontera comienzan a migrar venezolanos en búsqueda de víveres y bienes de primera necesidad. (p.4)

1.3.3 La categoría de *flujo mixto de migrantes* como intento de resignificar la categoría neutral de “migrante”

Frente a la situación y conforme a las directrices del Movimiento Internacional de La Cruz Roja y la Media Luna Roja, La cruz roja colombiana acuña un nuevo término, que intenta resignificar o ajustar el mismo a una categoría neutral de migrante, correspondiente al flujo migratorio mixto, reconocidos como “*aquellos movimientos de población que abandonan los países que los habitan ante la situación multidimensional que indirectamente imposibilitan su supervivencia y calidad de vida, obligándolos a migrar hacia otros países*” (flujo mixto de migrantes, 2021).

De lo anterior, es necesario precisar las cifras actuales que logren aterrizar la realidad migratoria en el contexto de país receptor. Se encuentra La Plataforma de Coordinación Inter agencial para Refugiados y Migrantes (R4V), que con los datos actualizados en septiembre de 2022, ha analizado la suma de tanto migrantes, solicitantes de asilo y refugiados en Colombia. En el mismo se advierte que es posible que las tasas sean más altas, ya que al tratarse de migrantes irregulares, no se encuentra una realidad precisa y detallada, solo un estimado. Así, se encuentran 7.100.100 venezolanos refugiados y migrantes alrededor del mundo, 5.960.556 venezolanos refugiados y migrantes en América Latina y el Caribe y enfocado solo en Colombia, se encuentran actualmente 5.955.470 venezolanos.

Finalmente, queda en evidencia como Colombia es el país de Latinoamérica con mayor flujo migratorio de migrantes venezolanos. Por ende, Colombia como país receptor debe garantizar los derechos mínimos de los migrantes e identificar los riesgos a los que estos se exponen (Angulo, et al, 2018). Entre los riesgos identificados se encuentran el naufragio, la trata de personas, enfermedades, agotamiento, abuso sexual, microtráfico, entre otros. En estos escenarios el temor a ser descubiertos por las autoridades durante su tránsito, lleva a los migrantes a tomar rutas que pueden dejarlos a merced de una selva con abundancia de flora y fauna, expuestos a grandes peligros y dificultades, principalmente en la noche.

Sin duda la categoría intermedia acuñada por la Cruz Roja “*flujo mixto de migrantes*” no niega que dentro del flujo migratorio se encuentren aquellos que la ONU llama “migrantes” sino que implica la existencia de “migración forzada”, sin embargo, no profundiza su análisis.

1.3.4 Colombia como país emisor de migrantes irregulares

Colombia se ha caracterizado a lo largo de la historia por ser un país de emigrantes que se dirigen hacia otros países en busca de mejores oportunidades económicas (FUPAD, 2012). Por ello, según Guarnizo (2004):

La emigración de colombianos no es un fenómeno nuevo. Sin embargo, lo que sí es nuevo, es su rapidísimo crecimiento, la heterogeneidad de sus orígenes regionales y extracción social, así como la pluralidad de itinerarios y destinos que

ha alcanzado en los últimos años. Según datos oficiales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, más de cinco millones de colombianos residen, en la actualidad, fuera del territorio nacional. (p.84)

Entre estos se encuentran migrantes irregulares que con el propósito de entrar a otro territorio, alteran las vías legales y sus requerimientos mínimos de entrada. Un ejemplo claro es el reporte de la Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza de la Unión Americana en 2022, que reveló que Colombia es el sexto país de las naciones con el mayor número de migrantes irregulares hacia Estados Unidos (U.S Customs and Border Protection, 2022).

A su vez, El Instituto Nacional de Estadística en España, afirmó que entre 2021 y 2022 aumentó notoriamente su población, añadiendo que se encuentran aproximadamente 39.880 migrantes provenientes de Colombia, esto sin categorizar su estatus. De esto, se han sacado diferentes titulares en las noticias nacionales españolas, entre estas, la del Periódico El Confidencial en 2020, que estableció que: “Los colombianos se convirtieron en la comunidad irregular más grande de España”, asegurando que es la población indocumentada que vive en territorio español. Así, puede afirmarse que, la tendencia de salir de Colombia hacia otros países termina por ser una realidad diaria respecto a la dinámica migratoria.

1.4 El problema definicional y normativo:

Conforme a las situaciones anteriormente descritas, es necesario emplear un análisis desde el plano normativo y reglamentario aplicado al fenómeno de la migración irregular. Esto, con la intención de analizar dicho término teniendo en cuenta que al existir diferentes fuentes, las definiciones que recaen sobre la categoría “migrante irregular” se multiplica y generan equivocidad de tratamiento.

En efecto, las definiciones reguladas a través del Derecho Internacional generan conceptos o categorías normativas que parecen tener una estrecha relación semántica, pero que sin embargo, no suelen denotar la misma cosa, lo que tenemos enfrente es una plétora de hipótesis normativas múltiples que pueden o no ser utilizadas por los distintos operadores; algunos de estos significantes sugieren significados (connotaciones) semánticamente cercanos, a veces usados de modo indistinto pero que, observados con

detenimiento demuestran algunas diferencias. Estos pueden ser: irregularidad migratoria -migración irregular- migrante irregular - condición de irregularidad, migrante, entre otros.

La equivocidad sobre la categoría estudiada genera una dificultad en el estudio, imputación y tratamiento del fenómeno social que subyace a la “*migración irregular*” debido a la diversidad en cuanto a las causas, procesos, actores y áreas que estudian el fenómeno. Es así como, Arango (como se citó en Gómez, 2010), afirma que no existe unanimidad respecto a su significado. Lo anterior, debido a los diversos enfoques y teorías que existen a su alrededor, y a las diversas fuentes de información.

Por consiguiente, es claro que las disposiciones normativas del Sistema Universal y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuentan con una pluralidad de connotaciones.¹ De hecho, ambos sistemas coinciden en que la consecuencia más grande del fenómeno migratorio irregular corresponde a la vulneración de los Derechos Humanos de los migrantes. No obstante, sus estipulaciones diferenciadas -equivocidad- sobre los límites estatales de tratamiento -responsabilidad estatal- supondrán diferencias entre sí. De consecuencia, cada Estado Parte “acuña” una definición diferente o connota² de forma diferente el mismo significante respecto del fenómeno de la migración irregular. Así, se pueden encontrar diferentes usos de la misma palabra -significante- dentro del Sistema Internacional de los Derechos Humanos y sus variaciones según la jurisdicción de la que se trate. De modo que, la categoría lingüística migrante irregular resulta problemática al no encontrarse unificado su concepto.

Por eso último, desde la realidad social subyacente se evidencia que, ante la multiplicidad de definiciones normativas la acción de protección supraestatal se diluye, genera confusión y, de contera, posibilita un margen amplio de discrecionalidad para los estados, lo que redundará en violaciones sistemáticas de derechos.

1.5 El problema epistemológico implícito (equivocidad): Relación entre significantes-significados, connotaciones y denotaciones

¹ Para Bloomfield (1933), las connotaciones son los valores suplementarios de las palabras, otorgando la extensión de un significado (p.152)

² Según Atienza (2017), existe una serie de “necesarios caracteres generales” que permiten establecer lo que sería la intensión o connotación de un concepto (p.23)

En este orden de ideas y a partir de los diversos significados del concepto “*migración irregular*” se puede afirmar que no existe una definición o connotación universal “única” sobre el concepto, su horizonte de significado es tan amplio que su puesta en práctica resulta paradójicamente impracticable, si bien, en un contexto amplio toda categoría o concepto lingüístico presenta indeterminaciones infinitas y su significado (denotación connotación) cambia según el contexto histórico, cultural o ideológico en el que se use; en el contexto del derecho, las definiciones más “útiles” tienden a poseer un significado -denotación-connotación) más bien reducido, la categoría jurídica analizada -*migrante irregular*- parece presentar una indeterminación demasiado amplia que impide una adjudicación -puesta en práctica- más o menos acotada; nos encontramos entonces frente al fenómeno de la equívocidad.

La equívocidad hace referencia a la imposibilidad de “objetivizar” los discursos que carecen de unicidad” (Ortiz, 2018, p. 181). Es decir que, debido a la carencia de una única autoridad epistémica y de un significado aceptado universalmente por la comunidad internacional, se genera una dificultad para establecer un único significado, debido a la diversidad de connotaciones cognitivas e interpretativas de un concepto. Cabe mencionar que, la equívocidad no es un fenómeno jurídico, pues este puede darse en cualquier área del conocimiento y sobre cualquier concepto. Así, la equívocidad de la categoría de migrante irregular puede conducir a la especulación de la falta de “límites conceptuales y la carencia de un sentido último y universal” (Ortiz, 2018).

En este sentido, el concepto de migrante irregular no tiene una definición y reglamentación inequívoca, pues presenta un postulado lingüístico (significante), el de migrante irregular, pero posee varios sentidos normativos adjudicables a él. Es así como Moreso (como se citó en Ortiz, 2018) afirma que para lograr la objetividad de un concepto (postulado lingüístico) debe identificarse un solo sentido normativo que: Articule la pluralidad de puntos de vista, y las instituciones políticas, bajo la exigencia de que las personas progresivamente encuentran escenarios más amplios de inclusión, bajo condiciones ideales que conduzcan a la aceptación razonada de los diseños institucionales, dando lugar a la generación de argumentos que, preservando la equívocidad, se logre arribar a la objetividad.

Se genera entonces un desafío para establecer qué persona es migrante irregular y quién no, de consecuencia, el establecimiento de límites a la acción del estado y, en general, de la sociedad, se vuelve impracticable. Lo anterior, debido a que los requisitos que se solicitan varían de acuerdo al actor que realiza la definición. Es decir que, dependiendo de la autoridad y el sistema jurídico en que se encuentre el migrante irregular, deberá cumplir con diversas obligaciones, permisos y prohibiciones que le asignará el concepto que se tenga como verdadero en aquel contexto específico.

Ahora, el fenómeno normativo, es decir, las formas normativas y centros de producción, son descritas según Daniel Mendonca (Como se citó en Asís, 1995) por tres aspectos: “el acto normativo, el enunciado normativo y la norma” (p. 36). De esta manera, el primero es el acto lingüístico, que es ejecutado por un sujeto en un momento y tiempo específico, destinado a generar una prescripción y, así, orientar la conducta de determinado sujeto. Por otra parte, el enunciado normativo es aquel que resulta del acto normativo y consiste en una cadena de expresiones del lenguaje natural. Finalmente, la norma es el significado del enunciado formulado con motivo de la ejecución de un acto normativo.

Siguiendo con lo anterior, el fenómeno normativo tiene tres momentos:

1. la creación (donde habría que analizar los centros de producción normativa y su funcionamiento; el << producto >> (donde habría que analizar los diferentes tipos de enunciados normativos, esto es, las diferentes formas normativas), y, por último, el significado de la forma normativa (donde habría que estudiar su sentido normativo). (Asís, 1995, p. 37)

De esta manera, Asís (1995) afirma que la concepción que se tiene del derecho hace referencia, en realidad a enunciados normativos y no propiamente a normas. Normalmente, por creación del derecho, es decir, de un ordenamiento jurídico se entiende que es cuando se produce un enunciado normativo, a través de un acto normativo, que debe ser interpretado para que tenga un significado. Así, aparecen los centros de producción normativa, que son entes con competencia para generar formas normativas (normas) y, también, aparecen las formas normativas que son el resultado de los actos normativos generados por los centros de producción, es decir, las normas o reglas en sí mismas. De esta manera, la visión tradicional de las fuentes del Derecho cambia, pues lo que tradicionalmente son fuentes, serían formas normativas.

La norma posee un estatus lingüístico semántico que se corresponde con el significado del enunciado fruto de su interpretación. En este sentido, todo centro con competencia para producir normas lo que haría propiamente es producir enunciados normativos cuyo sentido vendría establecido por los operadores jurídicos. Así, un enunciado normativo puede dar lugar a una norma, pero está a su vez, a través de un acto normativo puede constituirse en enunciado normativo que sucesivamente de lugar a otra norma. (Asís, 1995, p.38).

Es así como, los estudios jurídicos sobre un mismo caso o concepto, difieren en bastantes ocasiones entre sí. Esto, debido a la distinta posición general que se mantiene en torno al Derecho. Además, esto se acrecienta en un tema como la posible producción de normas por los jueces, en donde están implicados ciertos valores y condicionamientos que es preciso destapar y que son en muchas ocasiones producto de una determinada manera de entender el Derecho.

Definitivamente, parecen existir diversas acepciones del concepto de migrante irregular, definidas por los diferentes actores del Sistema Internacional de Derechos Humanos (equivocidad)³ al no ser posible definir de manera unánime quién es el migrante irregular y debido a las confrontaciones discursivas en torno al concepto.

En virtud de lo descrito, nos preguntamos entonces, *¿Cuáles son las definiciones que le ha dado el Sistema Internacional de Derechos Humanos al concepto de migrante irregular?*

A su vez, se hace entonces necesario realizar un análisis de las diferentes definiciones ofrecidas. Por todo lo anterior se plantean los siguientes:

2. Objetivos de investigación

Objetivo General

Analizar las cercanías semánticas (equivocidad) derivadas de las definiciones ofrecidas por los diferentes actores del Sistema Internacional de Derechos Humanos sobre el concepto de Migrante Irregular.

³ Sobre la equivocidad de las palabras ver a Ortiz (2018)

Objetivos específicos

1. Analizar los sentidos normativos otorgados por el Sistema Universal de Derechos Humanos (ONU) a la categoría de Migrante Irregular.
2. Analizar los sentidos normativos otorgados por los Sistemas Regionales de Derechos Humanos y otros sistemas de producción de significados de la categoría Migrante Irregular.
3. Analizar la recepción de los significados de la categoría de migrante irregular en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Colombia).

3. Metodología de la investigación

3.1 Definición del sistema normativo a observar

Teniendo en cuenta que el objetivo principal es analizar las cercanías semánticas (equivocidad) derivadas de las definiciones ofrecidas por los diferentes actores del Sistema Internacional de Derechos Humanos sobre el concepto de Migrante Irregular, es importante fijar cual es el sistema normativo al que se referirá el estudio, como se ha dicho el sistema de referencia es de derecho internacional de los derechos humanos en donde confluyen tanto las normas del llamado derecho interno como aquellas del derecho internacional.

Se entenderá entonces al Sistema Internacional de Derechos Humanos (SIDH) como un sistema que “vive” en la intersección entre el derecho constitucional y el derecho internacional. Este sistema crea ordenamientos de coerción, monitoreo y control del comportamiento estatal para proveer de límites externos (fuera de los ordenamientos estatales) y proteger los derechos fundamentales de todos los seres humanos. Al respecto, Ferrajoli (2001) afirma que estos derechos (los derechos humanos o derechos fundamentales) tienen una naturaleza supranacional, lo que quiere decir que van mucho más allá de los ordenamientos jurídicos de los Estados. Por lo que, estos no son equiparables a los “derechos de ciudadanía”, pues los mismos deben ser conferidos por las constituciones estatales con independencia de la ciudadanía. Para el autor referido:

Después del nacimiento de la ONU, y gracias a la aprobación de cartas y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos, estos derechos son «fundamentales» no sólo dentro de los Estados en cuyas constituciones se encuentran formulados, son derechos supra-estatales a los que los Estados están

vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional; no, pues, derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanías. (Ferrajoli, 2001, p.23).

Ahora bien, es importante resaltar que el sistema africano no será abordado. Lo anterior, debido a que los datos para la investigación son escasos y poco sistematizados. Así, se realiza una revisión del sistema europeo, latinoamericano y, finalmente, hay un capítulo para el análisis puntual de Colombia, teniendo en cuenta que este hace parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

De esta manera, el sistema de referencia para el estudio es de derecho internacional de los derechos humanos y de ahí que los autores citados sean en su mayoría altas cortes o autoridades importantes cuyas apreciaciones, definiciones, afirmaciones, comentarios, normas, conceptos y demás, son de valioso conocimiento.

3.2. Uso y observación de las fuentes del derecho internacional para el caso de estudio

La expresión fuentes del derecho, según Browlie (1995) se encuentra limitada por los métodos de creación de normas jurídicas. Así, al igual que en las demás ramas del derecho, para el derecho internacional (DI) debe distinguirse entre fuentes materiales y formales. Las primeras son los factores que generan que aparezcan las normas y su contenido siguiendo la teoría de Mendoca (Browlie, 1995) estas serían análogas a los centros de producción normativa. Las segundas son aquellas que tienen un contenido de obligatorio cumplimiento per se, además,

La doctrina se refiere usualmente al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que determina el derecho aplicable por dicho tribunal. (...). El artículo 38 contiene fuentes principales como los tratados y la costumbre. Tradicionalmente, se consideraba que existía una jerarquía que empezaba con los tratados, seguía con la costumbre y, luego, con los principios generales de derecho.¹⁷ Sin embargo, en la doctrina actual hay consenso en que no hay jerarquía formal entre tratados y costumbre. En caso de conflicto, la prioridad se establece según las reglas generales de los conflictos en el tiempo (*lex specialis derogat lex generalis, lex posterior derogat priori*). Así mismo, una fuente subsidiaria o supletiva es la constituida por "los principios generales de derecho

reconocidos por las naciones civilizadas" (art. 38/1/c). (Monroy Cabra, 2005, p.84)

De consecuencia, puede afirmarse que el artículo 38 ampliamente usado doctrinalmente, no es del todo claro. Por tanto, las fuentes principales del derecho internacional que se utilizarán para el presente estudio son: la costumbre y los principios generales de derecho, pero, especialmente, los tratados o acuerdos entre Estados (Comité internacional de la cruz roja (CICR), s.f.).

Específicamente, frente a la categoría de “*migración irregular*” no hay un gran desarrollo convencional, únicamente existe un tratado internacional para la protección de los migrantes trabajadores, la “*Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*” (1990). Frente a este escaso desarrollo en la materia el presente estudio se concentrará en la observación de normas derivadas del tratado -sentencias, declaraciones de principio, observaciones, recomendaciones, entre otras-; además, también se utilizarán normas internas de los Estados, especialmente, de Colombia -sentencias expedidas por la Corte Constitucional como órgano de cierre y leyes del ordenamiento jurídico que hablan sobre derechos fundamentales del migrante. Adicionalmente, se sustentará en teoría jurídica y doctrina que pretenda hablar al **SIDH** y de los distintos Sistemas Regionales.

Además, dentro de este sistema internacional de normas se identifican mecanismos de protección convencional y no convencional; por consiguiente, se observarán también las normas emitidas por los sistemas regionales de derechos humanos, con preferencia del sistema interamericano.

3.3 Desarrollo del texto

Así, el primer capítulo se dedicará a exponer las definiciones emitidas en normas derivadas de tratado creadas por actores internacionales. En el segundo capítulo se expondrá el concepto de migrante irregular desde los Sistema Regionales de Derechos Humanos. Posteriormente, se analizará el tratamiento que se da a la categoría de migrante irregular desde el ordenamiento jurídico colombiano. Además, se expondrán los instrumentos ratificados por Colombia y la incidencia que han tenido en la formación de normas jurídicas en el país. Finalmente, se presentan casos judiciales emblemáticos, escogidos mediante los tres criterios que se expondrán a continuación, que indiquen

avances en materia normativa respecto a la resignificación de los sentidos normativos (imposición de límites, obligaciones, prohibiciones y derechos) respecto del tratamiento del “*migrante irregular*”.

3.4. Técnicas de investigación a utilizar

3.4.1. Estudio de caso

Fijación de criterios para elección de casos relevantes:

Las sentencias a estudiar serán escogidas mediante tres criterios: (1) deberán ser sentencias expedidas por Altas Cortes Nacionales, Cortes Internacionales y regionales; (2) deberá versar sobre los migrantes irregulares; (3) que presente un problema jurídico en torno a la aplicación del marco legal aplicable a la migración.

3.4.2 Contrastación de textos normativos

Fijación de criterios para elección de textos normativos:

Los textos normativos que se contrastará deben ser normas proferidas por cortes de cierre o normas proferidas por los legislativos nacionales.

3.4.3 Contrastación de textos de doctrina y teoría jurídica

Ahora bien, para la fijación de criterios para la elección de textos de doctrina y teoría jurídica se utilizó un único criterio: (1) Los textos debían versar sobre las categorías semánticamente cercanas a la de migrantes irregulares.

4. Capítulo I: Aproximación a la categoría de migrante irregular

4.1 Aproximación teórica

Los Derechos Humanos son aquellos derechos subjetivos que corresponden de manera universal a todos los seres humanos. Lo cual supondría que todo ser humano cuenta al menos con una cantidad mínima de derechos asignados por todo ordenamiento jurídico (Ferrajoli 2011). En consecuencia, todas las personas gozan de derechos universales, más no significa necesariamente que este reconocimiento elimine el llamado “status jurídico”, en realidad, este se conserva con base a la exclusividad que se le otorga a una persona al ser ciudadano de una nación o recibir este título de manera legal. El status jurídico que

nace de la ciudadanía, extiende un catálogo de derechos diferentes a los universales y, por ende, un tratamiento diferenciado para quienes gozan de tal status.

Así, aun con la existencia de una distinción como lo es en el caso de los ciudadanos, ese status no exime ni elimina la necesidad de protección a quienes se encuentran por fuera de aquel del mismo; en consecuencia, la teoría ferrajoliana sugiere que el migrante irregular gozaría del estatus de *persona* en cualquier territorio en el que se encuentre y, de contera, su patrimonio jurídico sería el acumulado de los derechos fundamentales mínimos, diferentes a los del status de *ciudadanos*.

A partir de esta distinción de status resulta claro que todo discurso sobre el migrante y, en específico, sobre el migrante irregular, debe tener en cuenta que existe, en todo ordenamiento jurídico una reducción de derechos sobre el status jurídico de migrante respecto del status jurídico de ciudadano, una condición de desigualdad formal y material impuesta por el derecho. Aceptando esta circunstancia como cierta, entonces cuando hablamos de migrante irregular, estaríamos frente a una reducción aún más agresiva del patrimonio jurídico de una persona a quien se le adjudique tal estatus. El problema radica entonces en entender cuáles son los límites de aquella posición jurídica desigual.

4.2. Desarrollo hacia la categoría de migrante irregular:

4.2.1 Migración internacional:

Es importante realizar la distinción del término “internacional” ya que también existe la migración o desplazamiento interno, los cuales se presentan dentro del mismo territorio en el que se reside, y que, por tanto, no implica el cruce de una frontera internacional (Olea, 2007). En consecuencia y para el presente trabajo investigativo, se requiere el uso del migrante internacional para el debido acercamiento del sujeto de estudio.

Ahora bien, Tapinos y Delaunay (2000) definen al migrante internacional como aquel individuo que cruza una frontera teniendo una nacionalidad diferente a la del país que lo recibe y, además, cambie su lugar de residencia. En caso de no configurarse los supuestos descritos, no sería posible considerarlo como un migrante internacional. Asimismo, describen que esta categoría debe abordarse bajo dos criterios, uno descriptivo y otro analítico.

4.2.1.1 Criterio descriptivo:

Este se basa en la distinción del estatus, es decir, esa clasificación que realiza cada Estado entre nacionales y extranjeros, cada territorio aborda este censo de diferentes maneras. Por ejemplo, países como Canadá, Australia, Nueva Zelanda o Estados Unidos, acuden a un criterio demográfico, donde el sondeo de migrantes se establece a través del “Foreign born”, es decir, los no nacidos en el país, o no nativos. Por su parte, en Europa, Japón y Corea, que son puntos donde la recepción de migrantes se genera principalmente por cuestiones laborales, consideran este un fenómeno temporal. Aunque son muchos los casos en los que se termina por el asentamiento del migrante en dicho país o continente, Japón y Corea así como el continente europeo, hacen uso de un criterio jurídico de nacionalidad y se establece la medición mediante “Non-national” o “foreigners”, es decir, como ciudadano extranjero o sujeto que no ostenta la nacionalidad del país de recepción o ciudadanía (Argerey, 2005).

Sobresale entonces de lo anterior, que cada país determina un método o procedimiento de discernimiento entre los nacidos en su territorio y aquellos que migran a este. Por tanto, el criterio descriptivo se limita solo a la distinción entre migrante y ciudadano concordando con el status jurídico de ciudadano y el status de no ciudadano explicado por Ferrajoli-, no entra a estudiar a fondo el porqué de la migración del sujeto y simplemente se ocupa de clasificarlo dentro de un grupo, lo connota más no lo denota.

4.2.1.2 Criterio analítico:

En este criterio, se busca profundizar en aquellas motivaciones que determinan a la persona a convertirse en un potencial migrante. De esta manera, permite una verdadera distinción del tipo de migrante. En este análisis, Tapinos y Delunday (2000) establecen tres parámetros de revisión:

- a. **Motivo que impulsó la decisión de emigrar:** de acuerdo al Glosario sobre Migración de la OIM, se expresan diferentes nociones de migrante de acuerdo a los motivos por los cuales migró. Así, este permite examinar en qué calidad y condiciones llega al país receptor, bien sea por cuestiones laborales, económicas, políticas o forzosas.
- b. **La distancia entre el país de partida y del de llegada:** este criterio tiene en cuenta no solo la distancia física, sino también los medios y costos de transporte y la disparidad cultural y étnica. Lo anterior, soportado en la diversidad de condiciones en las que se presenta la migración. En el caso de Europa, existen cientos de casos de naufragios en

embarcaciones poco seguras a través del mar mediterráneo, migrantes que se ven afectadas además por cuestiones culturales, religiosas y de lenguaje que se dan a lugar con los migrantes.

- c. Finalmente, la **duración de la estancia**: este es un criterio difícil de establecer, pues la información es prácticamente inexistente o inexacta. Sin embargo, resulta relevante, ya que permite entender si el individuo se clasifica como migrante o no migrante a partir de su intención de permanecer o no en el país receptor.

Con base a los criterios señalados, los países aluden al concepto de migración de acuerdo a las características y motivaciones de la población que migre hacia su territorio.

4.3 Aproximación sobre la categoría “migrante irregular

4.3.1 El migrante irregular como “persona informal”: Inadecuación de requisitos

Las diferentes definiciones de migrante irregular arrojan un postulado lingüístico y un sentido normativo, que varía de connotación según la fuente. Por ello, se ha encontrado que existe equivocidad en las definiciones. Por ende, se encontraron posibles re significaciones, que permiten arrojar connotaciones que sugieren diferentes definiciones sobre el migrante irregular, pero visto a partir de ciertos contextos.

Por lo anterior, se entiende que cuando se habla de migrante no es posible referirse a él, desde una sola vertiente, pues a lo largo de la historia se le han incorporado diversidad de matices, que dificultan establecer una definición clara, general y de tipo universal que sea aceptada eficazmente por el derecho internacional (CIDH, 2015). Para poder abordar el concepto de migrante, es necesario analizar en principio, el problema subyacente definicional y normativo, respecto al término de la *Migración Irregular*. Por lo que resulta pertinente, revisar desde la perspectiva de fuentes internacionales, la connotación del término.

Inicialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde hace tiempo, se ha preocupado por ajustar la definición del fenómeno migratorio irregular. Según el Glosario de Derecho Internacional sobre Migración (CIDH, 2006) migrante irregular serían las:

Personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de tránsito o receptor. No hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara de migración irregular. Desde el punto de vista de los países

de destino significa que es ilegal el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. (p.42)

En el mismo sentido, en la Resolución 04/19 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece los principios interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas. A su vez, en ella se trata el principio de cooperación y coordinación, en el que se atribuye que los Estados son quienes deben prevenir y eliminar la migración irregular, con el fin de atenuar la vulnerabilidad de los migrantes que ponen en riesgo su vida y seguridad. Asimismo, en la sección XIV de la resolución referenciada, establece la estadía, documentación e integración en los países de destino, en la que se encuentra el principio número 58 en el que se regulan las garantías en procesos de regulación migratoria, indicando que:

Los Estados deben tomar medidas apropiadas cuando haya migrantes en su territorio que se encuentren en situación irregular, para garantizar que tal circunstancia no persista. Los Estados deben considerar la posibilidad de regularizar la situación de tales personas, tomando en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en el país y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con los intereses superiores de la niñez, su situación familiar, lazos locales y razones humanitarias, incluida, entre otros factores y caso por caso, la garantía de que los procesos sean accesibles, asequibles, no discriminatorios, eficaces y no arbitraria. (p.22)

Ahora bien, es claro que la migración irregular se ha convertido en una causa de alerta para todos los Estados, dado a las situaciones de vulneración de los Derechos Humanos de aquellos que deciden emigrar sin atender los requerimientos legales del país destino.

En el mismo sentido, la ACNUR (s.f.) por medio de su glosario para las Migraciones Mixtas, define el fenómeno irregular como:

Migrante en situación irregular: Un migrante que, debido al ingreso no autorizado, el incumplimiento de una condición de ingreso, la expiración de la visa o permiso de residencia o el incumplimiento de una orden de expulsión, no tiene permiso

para permanecer en el país de acogida. Migrante ilegal o irregular: A veces se utiliza como sinónimo de migrante en situación irregular. Debido a su potencial efecto estigmatizador, se debe evitar esta expresión. (p.6)

Frente a toda la problemática migratoria descrita anteriormente, se ha creado el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (A/RES/73/195), Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018 como instrumento de soft law de las Naciones Unidas que si bien no posee carácter vinculante, pretende establecer una iniciativa que direcciona la actividad estatal y la política pública de cada Estado en materia de migración a escala global. De lo anterior, se destaca que cada Estado cuenta con la facultad de decidir qué disposición legislativa y normativa adapta, ajustándose a su problemática social. Por ello, será preciso enunciar cuáles son esas definiciones desde dicha órbita normativa.

4.4 Materialización de la categoría de migrante:

En el mundo causal la categoría de migrante no se obtiene por el solo hecho de moverse de un país a otro, pues se constituye bajo la confluencia de varios factores, que, en un primer momento, serán aquellas condiciones sociales y económicas del país de origen que motivan al sujeto a migrar. Posteriormente, en un segundo momento, se verifican esas mismas condiciones, así como las condiciones geográficas, pero ahora en el país receptor. La sumatoria de las respuestas que arroja el análisis determina o no a una persona a trasladarse de su territorio a otro y expresa el porqué de la potencialidad migratoria en ciertos territorios.

Ahora bien, al obtenerse la categoría de migrante, serán las razones concretas que motivaron la migración y la forma en que esta se lleva a cabo, las que permitan clasificar y caracterizar al migrante. Este ejercicio realizado por las naciones, permite individualizar a quienes arriban a su territorio, un ejemplo de ello es el sistema que opera en la ley pública de inmigración de Estados Unidos de 1990.

En su capítulo de definiciones, además de mencionar el criterio clasificador “Foreign born”, que permite confirmar el criterio descriptivo, también refiere como “alien”, en español, extranjero, a todo aquel que no sea ciudadano o nacional estadounidense. De igual forma, la ley menciona el término “immigrant”, en español, inmigrante, en el cual se sitúan todos los “alien” que no se encuentren dentro de alguna de las clases de “non

immigrant aliens”, es decir, extranjeros no inmigrantes. Ya que estos se contemplan en alguna de las 21 clases establecidas en el literal 13 del título 8 del capítulo 12 de la ley, las cuales, expresan cómo llevar a cabo legalmente los trámites de llegada y estadía de la persona, sin embargo, no insta en realizar un análisis profundo de lo que motivó la llegada de esa persona al territorio, pues solo se centra en los trámites de llegada y estadía.

4.5 Caracterización hacia la categoría de migrante irregular

La categoría de migrante irregular, como se vio, se puede definir de forma general cuando la persona ingresa o se establece en un país por fuera de las normas de migración o residencia que fija el país al que se arriba, es decir, la connotación otorgada por las normas analizadas hasta ahora siempre hace referencia a un criterio único, la proveniencia de la persona, dejando de lado otras características que, desde una perspectiva de derechos deberían poder ser observadas por las normas. De hecho, son las características del sujeto o grupo, así como las razones que motivan su desplazamiento y estancia fija, las que permitirían una correcta complementación de la categoría.

4.5.1 El fenómeno migratorio: dicotomía entre migración voluntaria e involuntaria

La decisión de emigrar se da en razón de una sumatoria de razones y situaciones voluntarias o involuntarias que por resultado potencian y determinan a una persona a desplazarse de un territorio a otro. Actualmente no se ha llegado a un consenso acerca de cuándo una migración es voluntaria o involuntaria. En gran parte de los casos la migración casi nunca es totalmente “voluntaria” o “libre”. Por tanto, no es posible ceñirse a una interpretación restringida frente al concepto de “migración forzosa” (Mezzadra, 2016). Un primer problema que salta a la vista es precisamente la diferenciación entre una movilización de índole voluntaria y una involuntaria que, en el marco del mundo actual, pareciera que en gran parte de los casos la migración involuntaria es la única opción disponible para vivir.

4.5.1.1 Migración voluntaria

De acuerdo a la OIM (s.f.), este tipo de migración tiene lugar cuando la persona decide migrar por razones laborales, académicas o turísticas. Generalmente, estos 3 escenarios se encuentran regulados en la gran mayoría de los países. Algunos conciben regulaciones o tratados más

precisos y extensos de acuerdo al flujo de migrantes que reciben por esos 3 conceptos, y se acude al apoyo entre naciones para la intervención en esta área. Un ejemplo que ilustra la colaboración entre Estados para la creación de tratados y normas en el ámbito de la migración voluntaria, son los acuerdos internacionales firmados en el año 2006 con Guinea y Gambia, en 2007 con Cabo Verde y Mali' y en 2008 con Guinea Bissau. En ellos se le otorga la distinción de "trabajador migratorio" a aquellos que se encuentran debidamente autorizados para ejercer actividades laborales en el territorio del otro Estado firmante (Aleinikoff, 2007).

En este caso, se evidencia la relación creada entre naciones para regular la condición de los migrantes voluntarios por concepto de trabajo. Se les otorga una diferenciación entre los ciudadanos y las demás categorías de migrantes permitiéndoles estar en otro territorio de manera legal.

4.5.1.2 Migración involuntaria

La migración involuntaria o forzosa, es definida por la OIM (2011) como "*término genérico que se utiliza para describir un movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y su subsistencia, bien sea por causas naturales o humanas*". De tal forma, que este tipo de migraciones es generalmente impulsada por factores que no son estrictamente provenientes del individuo, quien en uso de su libertad decide migrar, sino también de su entorno.

Resulta relevante entonces distinguir dos categorías que sobresalen cuando se analiza la migración forzada. El primero de ellos refiere a los *refugiados*, quiénes de acuerdo a la Convención Sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, son aquellas personas que huyen de su territorio por temores fundados de violencia generalizada, conflicto o persecución, así como por todas aquellas circunstancias que determinen una perturbación al orden público. Sin embargo, es importante aclarar que la condición de refugiado se obtiene mediante un procedimiento legal o administrativo. De esta manera, el ACNUR actúa con la participación de los estados pertenecientes a la Convención sobre el Estatuto de los refugiados de 1951 en la determinación de la condición de refugiado tras la recopilación de información del país de origen (COI) y con el fin de valorar la solicitud de protección internacional. Igualmente, actúa individualmente cuando el solicitante se encuentra en un estado que no hace parte de la Convención.

Por otra parte, la categoría más problemática, sería la de *migrante*, la cual, en principio, connota un carácter neutro en su definición, se refiere más a la acción de migrar que a la voluntad o no de hacerlo, sería entonces aquel sujeto que se encuentra en migración o tránsito hacia un territorio distinto al suyo. De acuerdo al Glosario de Derecho Internacional sobre Migración, (CIDH, 2006), tal vez, producto de esta connotación neutra, no se contempla una definición universalmente aceptada para el término “*migrante*”. De un lado este abarcaría los casos en que la persona toma de manera libre la decisión de migrar bajo razones de conveniencia personal, lo que llevaría a pensar en una migración voluntaria explicada en el título anterior. Del otro, también podría determinar a todos aquellos sujetos que, obligados a migrar forzosamente, pero no empujados por una amenaza concreta a la vida, ni una amenaza a su subsistencia en el corto plazo se ven de todas formas obligados a dejar su lugar de residencia buscando oportunidades de subsistencia de largo plazo en otros territorios. Por tanto, son las condiciones en las que se toma esta decisión de migrar las que marcan la diferencia y que hacen necesaria la creación de diferentes categorías de migración. Además, debe expresarse que esta es una categoría que puede contemplarse como transitoria, ya que en caso de ser solicitante de protección internacional, someterse al procedimiento legal y asignarse la condición de refugiado decaería el estatus de migrante.

4.6 El conflicto social detrás de la categoría de “migrante” en sentido neutro

Un caso que podría adecuarse dentro de la categoría “migrante” pero que, como se vio, sería más abordable si se le definiera mediante la categoría *de migración forzada o involuntaria* sería la migración de los ciudadanos haitianos. La migración haitiana actual se ha visto influenciada por una gran pluralidad de factores, desde el económico, en el año 1986 con el derrocamiento de Jean-Claude Duvalier y del movimiento de *dechoukaj* que provocó una fuerte caída en la economía, así como el bloqueo comercial extendido al Estado haitiano por parte de la ONU y la Organización de los Estados Americanos (OEA). Asimismo, desde la perspectiva social y política, con el golpe de estado Jean Bertrand Aristide entre 1991 y 1994, al igual que, los factores de orden ecológico y de salud pública con el terremoto del año 2010; aunados a la gran variedad de huracanes que sobrelleva el territorio, entre otras situaciones de salud pública que han obligado la migración hacia la República Dominicana y Cuba (Coulange, 2019). Todo un Estado fallido.

Ahora bien, como se indicó antes, la categoría de “migrante” vista desde esta perspectiva sería más adecuada si se le denota con la categoría de “migración forzada”, como su nombre lo expresa, la decisión proviene de situaciones que amenazan la calidad y prosperidad de vida de la persona en largo plazo de manera tal que lo obliga a tomar la decisión de migrar; evidentemente, no se debe dejar de lado la repercusión social, económica y jurídica que esta decisión puede causar cuando es tomada de forma masiva tanto para el Estado de partida como para el o los Estados de arribo. Usualmente, dicha repercusión se interpreta, por parte de los Estados de arribo como una amenaza a la soberanía del país que sea usado por el migrante para su tránsito o de ser el caso, para su asentamiento. Más aún, si la migración se realiza en masa y en condiciones que ponen en riesgo la seguridad del individuo, haciendo necesario la participación de los Estados intervinientes en el proceso migratorio, así como de los entes internacionales reguladores.

Volviendo al caso haitiano de migración forzada hacía la República Dominicana, donde, tras la crisis económica cubana de los años 30 donde el flujo de migrantes cubanos y mayormente haitianos hacía la República Dominicana se incrementó fuertemente, se suscitó una disputa entre ambos Estados. Lo anterior, debido a que la región fronteriza entre Haití y la República Dominicana se instauró como una franja “culturalmente haitiana”. Lo anterior, se percibió como una amenaza a la soberanía dominicana, provocando entonces en el año 1937 la muerte de miles de haitianos. La República Dominicana, tras ver la necesidad de preservar la vida humana y de regular el fenómeno migratorio, llevó a cabo un acuerdo con el Estado haitiano reconociendo la mano de obra del vecino país en el sector agrícola de su territorio, en especial el sector azucarero. En consecuencia, se creó el acuerdo sobre la contratación en Haití y la entrada en la República Dominicana de jornaleros temporeros haitianos, del 20 de diciembre de 1996, en este se dio la posibilidad de contratar trabajadores haitianos de manera temporal en ese sector de la economía. Dicho acuerdo se sostuvo hasta 1986 cuando la industria azucarera perdió fuerza y la mano de obra haitiana migró hacía otros sectores de la economía agrícola ya hacia otros destinos.

Frente a los territorios de tránsito, otro caso que conviene destacar es el del Mediterráneo, pues los migrantes en condición de irregularidad de esta zona, se enfrentan a graves barbaridades al emprender su viaje a través de Libia. Mediante el informe, *un*

llamamiento a proteger a los migrantes en la parte central del mar mediterráneo (2021), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), afirma que entre enero de 2019 y diciembre del 2020 aproximadamente 2.239 migrantes habrían muerto ahogados y que para el 2021 más de 500 personas habrían fallecido en las mismas condiciones al intentar pasar la zona central del mar Mediterráneo. Asimismo, durante su viaje el migrante debe soportar precarias condiciones de tránsito, deshidratación, hambre, abusos sexuales y malos tratos, así como retenciones arbitrarias. Además, una vez llegan a territorio europeo se encuentran expuestos a detenciones, deportaciones y condiciones de vida inadecuadas ante la ausencia de atención médica, vivienda y alimentos (ONU, 2021).

Lo anterior, ha creado una gran alerta para las organizaciones internacionales de protección de los derechos humanos. Debido a la complejidad de factores que impulsan a una persona a migrar, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en adelante ACNUDH, por ejemplo, intervienen llevando a cabo labores en materia de migración y derechos humanos, con el propósito de proteger y hacer cumplir los derechos fundamentales mínimos de los migrantes, y en especial de aquellos que se encuentren en situación de riesgo y vulnerabilidad ante las violaciones a sus Derechos Humanos.

Igualmente, para el año 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) publicó, mediante segundo informe, la exposición de abusos de los derechos humanos civiles sufridos por migrantes de origen mexicano como consecuencia de las transgresiones al debido proceso por parte de los Estados Unidos. Algunas de las prácticas descritas más graves se pueden resumir como sigue: Suministro de comida insuficiente o inadecuada; falta de acceso a la representación consular, ausencia de procedimiento para quejas; omisión en el otorgamiento de información frente al lugar donde estaban siendo deportados, deportaciones a áreas geográficas desconocidas para el migrante irregular; ausencia de información frente a las consecuencias judiciales o migratorias relativas a la expulsión negativa frente al reintegro de pertenencias personales como su identificación, celulares, dinero en efectivo y tarjetas de débito; y ausencia de recursos para reunirse o recuperar la custodia de sus hijos con ciudadanía norteamericana⁴ (Ángel, et al, 2012).

⁴ Otras vulneraciones descritas fueron: negativa frente a comunicaciones con familiares para informar el lugar donde se encontraban, ausencia de copias de los documentos legales que les hacían firmar en el proceso de

El informe concluye con el establecimiento de recomendaciones para la superación y anulación de las principales violaciones llevadas a cabo por los entes reguladores de los Estados Unidos, con el propósito no solo de hacer un llamado al mismo gobierno sino a las organizaciones que velan por la seguridad y defensa de los migrantes.

Situaciones como las descritas anteriormente, llevan a los Estados a la búsqueda de una preservación de la seguridad humana, intentando entonces establecer un marco legislativo, que tienden a considerar que los migrantes vulneran el sistema migratorio ingresando a sus territorios sin la debida autorización. Asimismo, las naciones han buscado la cooperación con los Estados de origen para una adecuada intervención, además de la necesaria participación de organismos internacionales para proteger no sólo a los “migrantes” que se encuentren en debilidad manifiesta, sino también del control y preservación de la soberanía del Estado que se ve afectado negativamente en el proceso “migratorio” formalmente entendido como “voluntario” pero materialmente “forzado” o “involuntario”.

Principalmente, son los motivos forzosos lo que llevan a una persona a migrar de forma irregular y además convertirse en un migrante irregular. Además de las restricciones que los mismos Estados estipulan para el ingreso en su territorio. Por tanto, la búsqueda de mejores oportunidades, de un espacio más seguro, en suma a las dificultades propias de un proceso migratorio y las grandes carencias a nivel social, educativo y económico, así como las políticas migratorias de cada país, encaminan a las personas a acudir a métodos riesgosos y en algunos escenarios ilegales, que ponen en peligro su seguridad así como la del país destinatario. No obstante, si bien son principalmente los motivos previamente descritos los que incitan a migrar a un sujeto, hay diversas situaciones que pueden producir el fenómeno.

En consecuencia, la categoría de migrante “irregular” existe bajo confluencia de gran variedad de escenarios. Por ejemplo, Castles (2010) menciona acerca de la migración irregular que, en esencia esta se presenta cuando una persona ingresa o vive en un país diferente a su nacionalidad y del cual no es ciudadano, vulnerando las leyes y regulaciones de inmigración dispuestas por esa nación. Asimismo, que a pesar de que

expulsión, privación del sueño, ausencia de intérpretes adecuados para la comunicación y suministro de comunicación y retención en celdas frías.

muchos migrantes llegan al país receptor como trabajadores, no todos hacen parte del mercado laboral dado su estatus de irregularidad con la ausencia de un permiso de trabajo. Igualmente, cuando una persona ingresa al país de manera legal, pero se establece en este más del tiempo permitido incumpliendo las normativas, o en caso de ser un solicitante de asilo y su solicitud sea rechazada, incurriría, en ambos casos en la “irregularidad”.

Por tanto, establecer un concepto para el migrante irregular se estaría incidiendo en un ámbito restrictivo, pues las causas y motivaciones de dicho estatus no versan sobre uno solo, es una cadena de eslabones que concluyen en la decisión de migrar o de establecerse en un territorio por fuera de los cánones legales del mismo y que necesariamente concibe una correlación con otros fenómenos que caracterizan individualmente a cada migrante.

5. Capítulo II: Los sentidos normativos otorgados por los Sistemas Regionales de Derechos Humanos y otros sistemas de producción de significados del concepto de “Migrante Irregular”

Los Sistemas Regionales de Derechos Humanos son organismos de protección.⁵ Dentro de los mismos, se encuentran reglas de hard y soft law.⁶ Por ello, a lo largo del presente capítulo serán analizados dos sistemas regionales correspondientes al Sistema Regional Europeo y americano, con el propósito de revisar su contenido normativo y las funciones provenientes de sus actores internacionales en materia de migración irregular. Todo lo anterior, contrastado con el comportamiento de cada Sistema Regional ante el Sistema Universal.

5.1 El Sistema Universal de Derechos Humanos

En un estudio universal, es necesario esclarecer que desde el punto de vista del hard law, el sistema calla frente a la categoría del migrante irregular, por lo que serán revisadas las

⁵ Los mencionados Sistemas Regionales de Derechos Humanos son organismos compuestos por mecanismos e instrumentos de carácter regional. En el que su marco se acerca más a las realidades locales de cada Estado (CEPAL, 2006) Su objetivo es la promoción y protección de los Derechos Humanos a nivel mundial. A su vez, dichos instrumentos permiten a través de convenciones, declaraciones y tratados, establecer lineamientos para que sean creadas normas que busquen proteger a su población (Universal Rights Group, s.f) A su vez, cada Sistema es considerado un ente de protección que complementa el Sistema Universal de Derechos Humanos.

⁶ Las reglas de “hard law” y “soft law” son aquellas que permiten establecer las relaciones y el comportamiento de los Estados entre sí. Según Obreque (2021) son “normas de conducta que, en principio, no tienen fuerza legalmente vinculante, pero que, sin embargo, pueden tener efectos prácticos” mientras que hard law son instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías institucionales de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado.

disposiciones solo desde el soft law. Sin embargo, solo es a partir del principio de no devolución, que se encuentra la única cercanía al hard law.

5.1.1 El principio Non Refoulement como garantía jurídica del migrante irregular

Este principio del derecho internacional consuetudinario, es el único que realmente connota al migrante irregular en el sistema universal, puesto que, es desde las normas de hard law. En este, se establece la prohibición de los Estados en transferir o retirar a personas de su jurisdicción, sometiéndolas a un control que desmerite las posibles causas por las que una persona decide entrar a un Estado y muchas veces, entre a este de manera irregular (ACNUDH, 2022). La prohibición de devolución se encuentra en la Convención de Ginebra de 1951, en la que consta que ningún Estado, puede expulsar o devolver a una persona a su nación, cuando se vea involucrada su vida o libertad. A su vez, se considera que, con base en dicho principio, deviene la situación de tratos inhumanos, que versen sobre la dignidad humana .

En virtud de lo anterior, así se tratara de un migrante irregular, debe primar el respeto y la garantía de la vida de este, pese a no tener protección desde que se encuentra en tránsito en un territorio ajeno. Por lo tanto, si bien no cumple con las condiciones legales de entrada a un país, debe siempre obtener garantías bajo el principio non-refoulement.

Por lo tanto, tal como afirma el Portal de Datos sobre Migración (2022): el principio debe ser aplicado en todo momento, cuando se cumplen los criterios de aplicación (de pretender regresar a un migrante a su país natal), lo que no puede ser suspendido o limitado, ni siquiera en estado de emergencia o tiempos de crisis, dado que representa esa garantía mínima a quienes se encuentran de alguna manera sin documentos legales para permanecer en dicho territorio.

5.1.2 El trabajador migrante irregular por la Convención (CMW).

Por lo anterior, es necesario hacer referencia a los tratados principales en materia de Derechos Humanos. Partiendo del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (CMW), que observa la aplicación de la Convención Internacional sobre la protección de sus derechos. En el desarrollo de la convención se establecen los parámetros de protección al migrante en sus ámbitos laborales y se acotan definiciones. Por ello, dicha convención, impone medidas preventivas a los empleadores que se aprovechan de la condición irregular del estatus de

sus trabajadores, para abusar y aprovecharse de los beneficios que conlleva la competencia desleal (Resolución 45/18, CMW, Asamblea General, 1990).

En la convención se define qué es un trabajador migrante, en el artículo 11⁷. A su vez, los países que la ratifican, han demostrado ser países con flujos migratorios de salida y entrada constantes, como lo es en el caso de Colombia, México, Chile, Venezuela, Siria, entre otros. De igual manera, en la CMW, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990, en el artículo 5 se establece que: “serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo”. En este orden de ideas, la Convención CMW también se centra en aquellos trabajadores migrantes que no cuentan con documentos legales, es decir, su estatus de irregularidad se adquiere cuando el migrante deja de trabajar por un periodo prolongado de tiempo. Esta connotación es equiparable a las estudiadas anteriormente, puesto que se refiere al carácter de informalidad (inadecuación de requisitos para estar).

A su vez, en el artículo 25 de la referenciada Convención, establece qué medidas serán tomadas por los Estados Parte con el propósito de asegurar que los trabajadores migrantes no sean privados de sus derechos, sin perjuicio de su irregularidad respecto a su estancia o empleo. Por ello, de este artículo se destaca la obligación legal de cualquier empleador que contraiga una relación laboral con cualquier migrante, puesto que, sin importar el estatus migratorio, deben ser garantizados sus mínimos laborales y el amparo a sus derechos fundamentales.

La Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, publicada en Nueva York, el 18 de diciembre de 1990. Que fue aprobada por medio de la Ley 146 de 1994. En dicha ley, se hace alusión a aquellos trabajadores no documentados o que se hallan en una situación irregular, describiendo que estos son los que carecen de oportunidades laborales o si cuentan con las mismas, son los primeros en recibir condiciones desfavorables, en las que

⁷ Artículo 11 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, establece que: “la expresión *trabajador migrante* significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante.”

priman las vulneraciones a sus derechos. De la misma forma, el artículo 35 hace alusión a la actividad irregular migratoria.

Así que, es preciso afirmar que Colombia pese a sus flujos migratorios, se ha visto a lo largo de los años necesitado a precisar sus contenidos normativos para adoptar la recepción del concepto de migración en los casos de irregularidad, reconociendo dicho estatus como una problemática real. Por lo tanto, resulta obligatorio para los Estados Partes, actuar en consideración a las disposiciones internacionales, en las que se vele por el respeto de los Derechos Humanos, de toda persona, sin perjuicio de su estatus irregular.

En definitiva, era necesaria la proyección de los comités de Derechos Humanos en Colombia, puesto que estos han permitido esclarecer políticas efectivas para el trato adecuado a dichos migrantes. Una de las pioneras fue establecida el 25 de enero de 2008, titulado “Primer Informe sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias”, siendo este, el informe inicial que los Estados Partes debían presentar en el 2004. En ella, se agrega la Ley N. 146 de 13 de julio 1994, citada anteriormente. De igual forma, en dicho informe se añadió un acápite relevante, en el que se establecieron las medidas en contra de la migración irregular y la trata de personas. Mencionando en su punto 100 que:

100. Respecto a las medidas destinadas a impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegal o clandestino de los trabajadores migratorios en situación irregular: Colombia no es ajena a la lucha contra la trata de personas, problema que afecta en todo el mundo a las capas más pobres de los países en vías de desarrollo. La decisión 116 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, y su adopción como norma interna por el Decreto N° 309 de 1978, es una clara prueba de este interés.

Posteriormente, se encontró una confusión en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que, en diversas normas fue equiparada la situación irregular de un no nacional en territorio colombiano, como si se tratara de la comisión de un delito.

No obstante, para el 27 de febrero de 2009 se publica las “respuestas escritas del gobierno de la república de Colombia, en relación con la lista de cuestiones CMW-COL)” entre las cuales se siguió en paralelo con la ley 1142 que establecía en su artículo 54 señalaba

que, el artículo 291 de la ley 599 de 2000 Código Penal de ese momento, hacía alusión al uso de documento falso, en el que se incurriría en el uso de documento público falso. En lo que se terminó por establecer que la entrada a Colombia de una persona indocumentada o en situación irregular “no constituye un delito, sino una sanción administrativa” dejando claro que no se aplicaría como delito, sino como sanción.

Seguido de lo anterior, el examen de los informes presentados por los Estados partes con el artículo 73 de la Convención, estableció la obligación de presentar dicho examen sobre las medidas judiciales, administrativas, legislativas y de otra índole. Esté específicamente se presentó el 13 de enero de 2012 por parte del gobierno Colombiano, el cual permitió ver avances en materia migratoria irregular, en el que se optó por considerar que; en las medidas para evitar la circulación clandestina y el empleo de migrantes en situación irregular, en su punto 230 se añadió que: En consecuencia, la irregularidad del trabajador migratorio implica inicialmente una sanción pecuniaria o económica, que se gradúa teniendo en cuenta la gravedad de la falta, la reincidencia y la renuencia del infractor (CMW, COL, 2012). Sin embargo, el Estado Colombiano a través de la respuesta al CMW (2012) dispuso que:

Es igualmente importante resaltar (...) el interés del Estado colombiano, al decretar en el artículo 11, la condonación que realizó a las personas jurídicas y/o naturales al no someterlas a sanciones económicas con ocasión de la constitución de relaciones laborales irregulares con trabajadores migratorios que se presentarán dentro del proceso de regularización mientras este estuviera vigente. (p.49)

Es por ello, que se logró de alguna manera, que dicho migrante irregular no se encontrará sometido a dicha penalización pecuniaria. Puesto que, es claro que dichas personas en estatus irregular, en la mayoría de ocasiones son quienes más carecen de oportunidades económicas o siquiera, de adquirir condiciones dignas que garanticen el mínimo de sus derechos vitales. Lo anterior parece confirmar, que el Estado Colombiano ha forjado constantemente por el hecho de ser un Estado parte, en la fijación de disposiciones que amparen y prevengan las consecuencias de la irregularidad del migrante.

5.1.2.1 Obligaciones del Sistema Universal de Derechos Humanos en beneficio de los trabajadores migrantes irregulares.

El Estado como garante de los Derechos Humanos cuenta con obligaciones aplicables a casos en concreto, por ello, respecto a la protección de un migrante irregular, se han encontrado algunas obligaciones desde la óptica del sistema universal.

En principio, se encuentra el artículo 28 de la Convención CMW, enmarca la obligatoriedad de brindar atención médica a los migrantes irregulares, en aras de equiparar condiciones iguales entre los nacionales y los migrantes. Por ende, el servicio médico no puede ser denegado, ni rechazado por tratarse de un trabajador irregular (respecto a su estatus migratorio).

De igual manera, el artículo 68, establece la prevención y eliminación de los movimientos considerados “clandestino o ilegales” de trabajadores en situación irregular, en el que los Estados Partes y Estados de tránsito se ven en la obligación de colaborar para la disminución de dichos casos, así como la implementación de medidas, como:

- a) medidas apropiadas contra la difusión de información engañosa en relación con la emigración y la inmigración;
- b) medidas para detectar y erradicar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios y sus familiares para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen, operen o ayuden a organizar y operar dichos documentos;
- c) medidas para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que utilicen la violencia, amenazas o intimidación contra los trabajadores migratorios o sus familiares en situación irregular.

5.1.2.2 Derechos asignados desde el Sistema Universal de Derechos Humanos al trabajador migrante irregular

El migrante irregular, por su condición, cuenta con derechos inherentes, que sin perjuicio de su estatus, deben ser garantizados. Entre estos se encuentra, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), conforme al Sistema Universal, establece las debidas garantías procesales relativas a la expulsión (Artículo 13). Esto de acuerdo a los migrantes que son expulsados de un país por no cumplir con los requerimientos legales, en los que muchas veces reciben actos arbitrarios al ser expulsados de un país. Por ello, se ha encontrado que todo trabajador migrante, sin perjuicio de ser irregular, tiene derecho a ser sometido a un debido proceso, en el que se

respeten sus garantías y el contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

De igual manera, se encuentran otros tratados con contenido consuetudinario que establecen derechos a los migrantes y pacta deberes de los Estados. Entre ellos el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (1949), en el que se obliga a los Estados a aplicar sanciones sobre aquellas personas que fomentan la inmigración clandestina o ilegal (dispuesto en el artículo 8 de la presente convención). Sin embargo, son normas de carácter general, que están siendo utilizadas para colmar el vacío sobre la categoría de migrante irregular, puesto que, en los tratados citados no hay una norma específica que delimite la categoría.

5.2 Caso de ciudadanos venezolanos como migrantes irregulares en territorio colombiano en contraste con el Sistema Universal de Derechos Humanos

Uno de los temas más polémicos que ha tenido el comité de la ONU, junto al sistema Colombiano, ha sido la atención y garantía de los derechos humanos de los ciudadanos venezolanos migrantes. Tal como lo dispuso el Comité de las Naciones Unidas, en el CMW, emitiendo para el 16 de septiembre de 2019, las recomendaciones para mejorar documentación, el acceso a sus servicios y las garantías de los derechos humanos tanto de ciudadanos venezolanos migrantes, como de los nacionales colombianos en retorno.

De lo anterior, se reiteró la preocupación del CMW respecto a la migración venezolana, refiriendo que, “observa con preocupación, las denuncias de que los trabajadores migratorios, en particular los que trabajan en situación irregular como trabajadores domésticos en el Estado de Colombia, suelen ser objeto de explotación laboral y trata de personas” (CMW, Recomendaciones, 2019).

A su vez, esclarece una recomendación que podría atenuar dichos acontecimientos, siendo su ítem número trece el correspondiente:

Mantener los mecanismos que facilitan permisos de estancia y trabajo, dotan de documentos de identidad y evitan la irregularidad migratoria, con el fin de que los trabajadores migratorios y sus familias no sean víctimas de explotación o extorsión durante su ruta migratoria (CMW, 2019).

Finalmente, las obligaciones y derechos asignados a los Estados y a los trabajadores migrantes irregulares propuestos por el sistema universal, permiten establecer los límites necesarios con el fin de promover y proteger al migrante. Para el caso específico de ciudadanos venezolanos, se encuentran la proposición de medidas para poder salvaguardar a los nuevos “migrantes”. Entre estos se encuentran los cierres de fronteras temporales, la protección de los Derechos Humanos, la promoción de procesos de integración entre población refugiada y migrante, y la adopción del Estatuto Temporal de Protección para ciudadanos venezolanos (Decreto que tiene como objetivo permitir el tránsito de los migrantes provenientes de Venezuela que busquen ser refugiados en Colombia, en aras de permanecer en dicho territorio, de manera legal) en pro de regularizar su situación migratoria.

Asimismo, el Estado Colombiano por medio de asistencia consular, lleva a cabo asistencias en desarrollo de los parámetros establecidos por la Convención de Viena sobre relaciones consulares. A su vez, el Ministerio de Relaciones Exteriores (s.f), indica que toda persona que se encuentre en un Estado, debe ser garante de sus derechos y libertades fundamentales, pese a ser inalienables y universalmente reconocidos en la DUDH.

Así que, es necesario resaltar que la existencia de los contenidos normativos que amparan, previenen y sancionan toda actuación que vaya en oposición a los derechos humanos inherentes a un migrante, permiten que como normas, establezcan una categoría cercana semánticamente a la de un migrante irregular.

5.3 Estudio del Sistema Regional Europeo referente al migrante irregular

El Sistema Europeo Regional, ha fijado una serie de instrumentos, convenios, recomendaciones y observaciones, cuyo propósito es enmarcar la trata de la problemática que deviene de la migración irregular. Esto, en virtud de los contenidos internacionales regulados por el Sistema Internacional de Derechos Humanos y los propios nacionales europeos. Dentro del Sistema Europeo Regional se encuentran dos tipos de sistemas diferentes, en el primero, está la Unión Europea, compuesta por los Tratados de la misma, seguido del Tribunal Europeo, conocido como el Tribunal de Luxemburgo. Mientras que, dentro del otro sistema se encuentra el Consejo de Europa, al interior del cual funciona el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, conocido como el Tribunal de Estrasburgo.

5.3.1 El Tribunal de Estrasburgo como tribunal de Derechos Humanos y las obligaciones de los Estados hacia los migrantes

A través del Tribunal, cuyas siglas corresponden a: TEDH, es en el que se enjuician las violaciones a los derechos descritos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y de sus protocolos de los Estados Parte del referenciado convenio. Por eso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en reiteradas ocasiones por medio de su jurisprudencia sobre casos de Derecho de Extranjería. De esta manera, ha creado diversas obligaciones, prohibiciones y derechos para los Estados que se encuentran consignadas en las sentencias resolutorias de diversos casos.

Uno de los casos más polémicos, cuya decisión fue tomada por el TEDH correspondió al caso de un migrante camerunés contra España, al presentarse una “devolución en caliente.”⁸ El señor Nnabuchi el 15 de octubre de 2014, intentó pasar clandestinamente la Valla de Melilla, pero fue bajado por los agentes de manera forzosa, causándole daños. Posteriormente, fue esposado y trasladado a Marruecos, sin ser atendido por sus afecciones de salud por la Cruz Roja. La Corte de Estrasburgo desestimó la demanda por no haber presentado las pertinentes pruebas. No obstante, la defensa del Tribunal ha sido que, por tratarse de una zona con alta presión migratoria, debe vigilarse la misma para evitar entradas ilegales, siempre y cuando no se trate de vulnerar la vida de quienes deciden entrar. Sin embargo, la decisión aún se encuentra en periodo de análisis. Lo que ha causado ciertas posiciones, como lo es la de Sosa (2020), estableciendo que:

(...) a este Tribunal se le brinda una nueva oportunidad de aclarar cuál será su legado en este ámbito, recordando que, en última instancia, sus pronunciamientos tienen como objetivo salvaguardar y desarrollar las reglas recogidas en la Convención.

Por otro lado, se encuentra la “Prohibición de torturas y de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) y extradición y devolución de extranjeros hacia terceros

⁸ En el contexto Europeo, la devolución en caliente, hace referencia a aquella expulsión de un migrante, sin poder acceder a un procedimiento legal, de acuerdo al debido proceso, sin permitirse que pueda impugnarse dicho acto a través de cualquier recurso en beneficio del migrante para su defensa.

países” (García y Díaz, 2007), prohibición que se reitera en los casos *Garabayev c. Rusia* (2007), *Salah Sheekh c. Países Bajos*⁹ (2007), y *Sultani c. Francia*¹⁰ (2007), entre otros.

En estos casos se reitera que la extradición de un migrante puede generar que el artículo 3 Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) sea vulnerado, pues en caso de que existan razones o indicios que permitan creer que en caso de que el migrante sea devuelto vaya a afrontar un riesgo real, no debe ser extraditado.

Por otra parte, el TEDH también se pronuncia sobre el derecho a la libertad y a la seguridad de los extranjeros. De esta manera, menciona que, incluso en procesos de extradición, los Estados tienen la obligación de proteger estos derechos. En este sentido, la TEDH menciona que:

La detención o privación de libertad de una persona para impedir que entre ilegalmente en el país, o cuando esté incurso en un procedimiento de extradición o expulsión, no ha de superar obligatoriamente el test de necesidad que el TEDH exige en otros supuestos de detención o privación de libertad. (García y Díaz, 2007)

En este orden de ideas, se encuentra que en los casos de *Garabayev c. Rusia*, de 7 de junio de 2007, *Gebremedhin c. Francia*, de 16 de abril de 2007, *Liu y Liu c. Rusia*, de 6 de diciembre de 2007, entre otros, se forma un permiso para los Estados, en el que se permite que cuando exista una privación de la libertad a una persona para impedir su entrada ilegal al país o cuando esté se encuentra en un procedimiento de extradición o expulsión, no ha de superar obligatoriamente el test de necesidad¹¹ que el TEDH exige en otros supuestos

⁹ En este caso, el recurrente es un solicitante de asilo de origen somalí y perteneciente a una de las etnias minoritarias del país. Al denegársele su solicitud de asilo, dijo que una eventual devolución a Somalia supondría una violación del artículo 3 CEDH, pues se le pondría en riesgo.

¹⁰ Un recurrente afgano solicitó asilo en Francia, el cual fue negado. Por tanto, afirmó que la devolución a su país de origen vulneraría el artículo 3 CEDH. No obstante, después de que las autoridades francesas analizaran detalladamente los hechos que rodeaban la situación del recurrente, decidieron que no había un motivo de peligro que amenazara particularmente al señor, sino que había una situación de inestabilidad general que vivía el país.

¹¹ “Criterio o parámetro utilizado por la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea y por las jurisdicciones internas para enjuiciar la proporcionalidad de una decisión, consistente en determinar si el medio empleado es excesivo comparado con otras alternativas de las que disponía el órgano o institución autor del acto.” (Real Academia Española, s.f.).

de detención o privación de libertad. De esta manera, solo es necesario que la misma se encuentre en una de las 3 situaciones mencionadas por el artículo 5.1 CEDH.

La jurisprudencia de la TEDH permite establecer una serie de prohibiciones y de permisos para los Estados. Así, es claro que la jurisprudencia crea un avance al imponer nuevas obligaciones y conceder permisos en temas migratorios, no solo para el Estado que se encuentra en litigio, sino para los demás que deben acatar lo dictado.

A su vez, con ocasión a diversos hechos, puede presentarse contra los migrantes, tratos discriminatorios por parte de nacionales o de abusos estatales del nuevo país. Sin embargo, resultan siendo actos que van en contra de las disposiciones universales y hasta de su misma jurisdicción. El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa (2010), estableció que resulta todo acto de discriminación contrario a la CEDH, por lo que, si bien puede encontrarse un migrante en situación administrativa irregular, esto no excluye el trato humano, en favor a sus derechos inherentes, a las normas de Derechos Humanos y a la Carta Social Europea. Por ende, así no se esté tratando de nacionales, se reconoce a los migrantes irregulares como garantes de derechos, bajo el principio de igualdad de trato, sin discriminación alguna.

5.3.1.1 Sentido conceptual de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo como tribunal de Derechos Humanos

Uno de los sentidos conceptuales que establece la jurisprudencia del TEDH, ha sido los criterios interpretativos respecto a la expulsión colectiva de extranjeros, que se ven en la obligación de abandonar un país. No obstante, el TEDH ha enmarcado una definición sobre cómo deben los Estados Parte usar la terminología respecto a definir qué es un extranjero, manifestando que este se considera como cualquier nacional de un Estado externo, que se haya encontrado o no en situación administrativa regular en algún Estado parte no se considera nacional.

De igual forma, el TEDH hace énfasis en que, debe salvaguardarse a todo extranjero que se encuentre afectado por alguna expulsión que transgrede sus derechos. Encontrándose al “extranjero”, bajo un concepto cercano y similar a la del “migrante irregular” o “migrante indocumentado” pese a su situación administrativa ante los ojos del Estado receptor.

5.3.2 El tribunal de Luxemburgo y la Unión Europea y los derechos y obligaciones hacia los migrantes

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), permite llevar a cabo interpretaciones sobre el derecho regulado de la UE, en aras de garantizar una interpretación uniforme en todos sus países miembros. A su vez, se encarga de dirimir los conflictos, no desde el punto de vista de la protección de derechos humanos (para ello está la TEDH, pero si interviene respecto a las vulneraciones de dichos derechos, como consecuencia de alguna aprobación de algún derecho de la UE. Por ello, se termina expidiendo directivas que regulen la protección de ciertos derechos humanos, sin entrar a su valoración normativa.

En principio, una de las regulaciones de la UE, se encuentra como regla de hard law, el Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el que a través de su capítulo 2, artículo 77 se encuentran las “políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración” en el que se establecen los objetivos de la UE respecto a las garantías de los migrantes y la necesidad de implementar vigilancia en los cruces fronterizos.

De lo anterior, se aduce la prevalencia de llevar a cabo controles migratorios que, de alguna manera, representen un establecimiento progresivo de la materia, respecto a la entrada y salida de los no nacionales europeos. Así como las prevenciones que del mismo artículo refiere para prevenir la inmigración “ilegal” y de la trata de personas que devienen de ella. Asimismo, las del artículo 79 respecto a las consecuencias del encuentro de residentes ilegales, dado que, estas mismas facultan al Estado para expulsar y emplear procesos de repatriación a dichos individuos.

Ahora bien, como resultado del avance legislativo, la jurisprudencia ha permitido enmarcar precedentes en materia migratoria. Por una parte, se encuentra el Tribunal de Justicia Europeo¹², el cual goza de competencias jurisdiccionales en temas de asilo y migración.

¹² El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) interpreta la legislación de la UE para garantizar que se aplique de la misma manera en todos los países miembros, y resuelve los litigios entre los gobiernos nacionales y las instituciones europeas (Web Oficial de la Unión Europea, 2022).

Ejemplo de uno de los casos, es el del Sr. El Dridi y el Gobierno Italiano, en el que según la sentencia “se presentó en el marco de un procedimiento tramitado contra el Sr. El Dridi, condenado a una pena de un año de prisión por el delito consistente en permanecer ilegalmente en el territorio italiano sin causa justificada, con infracción de una orden de expulsión dictada contra él por el questore di Udine (jefe de policía de Udine).” La decisión termina por establecer que, “La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 15 y 16, debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado.”

Por ende, para el caso alusivo, el Tribunal hizo referencia a una de sus directivas, en específico la 2008/115 en la que se establece una obligación estatal respecto al debido proceso de los migrantes.

Procede que los Estados miembros se aseguren de que la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo mediante un procedimiento justo y transparente. [...]

En virtud de lo anterior, es necesario esclarecer que la Directiva mencionada, aplica a los nacionales de terceros países, cuyo estatus sea irregular y se encuentren en uno de los territorios de Estados Miembros. Es por esto que, el Tribunal deja claro que cada Estado cuenta con la facultad de adoptar las disposiciones más favorables para los nacionales de países terceros en situación irregular. No obstante, en favor de la Directiva, se afirma que, los Estados no pueden aplicar normas más severas que “las del ámbito que regula.”. Por esto, cada Estado miembro, tiene la facultad de aplicar su decisión respecto al retorno de un migrante irregular (que, para el caso en concreto, versa sobre un nacional de un tercer país), pero todo, en conformidad a sus derechos fundamentales y en virtud a las obligaciones que tiene el Estado sobre la imposición de medidas nacionales, respetando el debido proceso y sobretodo, la dignidad del migrante.

5.3.3 Avances en materia migratoria, aplicadas dentro del Sistema Europeo

De igual manera, Europa como sistema cuenta a su vez con normas de soft law, que buscan establecer enfoques de seguridad y planeación para la migración. Entre los que se encuentran convenciones, acuerdos interestatales y programas de acción que serán referenciados.

Lo anterior permite esclarecer que Europa ha buscado la imposición de disposiciones con el fin de prevenir la aparición de casos irregulares de extranjeros en la UE. De esta necesidad surgen más contenidos, como el del Enfoque Global de la Migración y la Movilidad (GAMM) del 2011 del Consejo Europeo, como norma de soft law para los Estados Parte, encuentra dentro de su contenido, la importancia del compromiso que debía asumir la UE sobre la gestión de migración irregular, la protección internacional y la movilidad de los migrantes, siendo estos, los pilares del GAMM. Por lo que, la agenda migratoria de la UE buscó desde sus inicios establecer principios de solidaridad y responsabilidad y a su vez, esclarecer los derechos de todo migrante irregular y regular. A su vez, el mencionado enfoque, hizo hincapié en sus recomendaciones, estableciendo que el GAMM debería ser mundial y no solo de la UE. Puesto que, permitiría llevar a cabo procesos de diálogos¹³ transregionales en materia de movilidad migratoria.

Otra Directiva sobre la migración es la del 2002/90/CE que establece la estancia de migrantes irregulares. Una de sus menciones refería que:

Es preciso, por consiguiente, combatir la ayuda a la inmigración clandestina, tanto la que se refiere al cruce irregular de la frontera en sentido estricto como la que se presta para alimentar las redes de explotación de seres humanos. (Consejo Europeo, Directiva, 2002)

A su vez se especifica que “la Directiva tiene por objeto definir la ayuda a la inmigración clandestina y hacer por consiguiente más eficaz la aplicación de la Decisión marco 2002/946/JAI¹⁴ con el fin de evitar infracciones.” (Consejo Europeo, Directiva, 2002).

¹³ Ejemplo; los Foros Mundiales sobre Migración y Desarrollo (FMMD)

¹⁴ Decisión marco del Consejo de La Unión Europea del 28 de noviembre de 2002. En ella se reguló el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, circulación y estancia de irregulares en el territorio.

Por lo anterior, es pertinente añadir que la referida “migración clandestina” podría ser entendida como “migración irregular”, dado que el término “clandestino” encaja -es semánticamente cercana- con la esencia del término “irregular.” Tal como se dispone en la directiva anteriormente citada. Puesto que se considera la “clandestinidad” como un cruce irregular fronterizo. Afirmación cercana, dado que, ambos términos coinciden en los componentes de; alteración, desviación, irregularidad o anomalía de estatus legales en territorios ajenos, en los que se actúa no conforme a las regulaciones internas de cualquier Estado. Por ello, se deja en claro como el ordenamiento italiano ofrece una nueva connotación, al verse al migrante irregular, como un migrante ilegal, delincuente y/o clandestino, a diferencia de los otros sistemas analizados.

Ahora bien, otro de los avances más recientes es el Pacto Migratorio de la Comisión Europea (2020). En el cual se regula la gestión general de la migración, el análisis de los movimientos fronterizos e inclusive, menciona la posible necesidad de suscribir una consulta pública sobre la situación migratoria irregular. Entre lo dispuesto, se encuentran recomendaciones por parte de la Comisión, entre las que destaca su numeral 4, respecto al reasentamiento como herramienta para proteger a quienes requieren de protección internacional, por lo que, un Estado puede ofrecer medidas seguras y legales, demostrando su solidaridad y reduciendo la necesidad de acudir a la migración irregular.

A su vez, en su recomendación del numeral 13, establece la necesidad de que cada Estado Miembro ofrezca alternativas frente a los movimientos irregulares. Finalmente, en su disposición 27, se establece cómo el reasentamiento, puede considerarse como esa medida que permita integrar de manera legal a un extranjero, lo que permitiría prevenir desplazamientos irregulares hacia la UE.

Como consecuencia de la aplicación del Pacto Migratorio de la Comisión Europea, se ha resaltado la gestión que ha implementado la Unión Europea sobre los flujos migratorios determinando que desde el 2022:

La UE negocia y celebra acuerdos de readmisión con terceros países. El Consejo otorga a la Comisión el mandato para negociar esos acuerdos con terceros países concretos y hasta ahora la UE ha celebrado dieciocho acuerdos de readmisión. (Consejo de la Unión Europea, 2022)

Conviene precisar que gracias a los acuerdos entre Estados surgen Convenios Marco de Cooperación en Materia Migratoria, de los que resultan los mencionados convenios de readmisión. Dichos acuerdos de readmisión¹⁵ Surgen desde 1992 en la UE, con el propósito de tomar medidas restrictivas para los extranjeros en territorio ajeno. Entre estos, se encuentra el acuerdo más reciente, correspondiente a la Decisión de la Unión Europea 2020/51 del 27 de mayo de 2020, que establece la relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Bielorrusia sobre la readmisión de residentes en situación ilegal en el que abordaron la movilidad migratoria, que permita el regreso seguro de las personas que no logran cumplir con los requisitos de entrada a un Estado Miembro de la Unión proveniente de Bielorrusia.

Teniendo en cuenta los Tratados de la UE y el Tratado de Funcionamiento de la misma y las regulaciones normativas propias, se permitió establecer el acuerdo entre la UE y la República de Bielorrusia la cooperación para combatir la inmigración “clandestina”, la fijación de procedimientos de identificación y de retornos seguros, todo respecto a la readmisión de residentes en situación “ilegal.”

Existen otras normas internacionales que se ajustan al marco de cooperación entre los Estados Partes de la UE. Uno de ellos es “El Acuerdo de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau, hecho -ad referendum- en Bissau.”¹⁶ En el que se buscó desde un principio establecer lazos de cooperación, tal como lo refiere el acuerdo en su capítulo VI, en el que se pactó la lucha contra la inmigración irregular por medio de apoyos técnicos y la realización de campañas de sensibilización sobre los riesgos que conlleva la irregularidad migratoria.

Consiguiente a lo anterior, una de las más recientes actuaciones dirigidas por el Consejo Europeo se encuentra como norma de soft law, el Plan de Acción renovado de la UE contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (2021-2025), en el que se crea el Centro Europeo de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Migrantes con el objetivo de abordar las redes delictivas que devengan de la irregularidad de los migrantes y que “facilitan“ el ingreso

¹⁵ Para Mendi Rais (2016), Los acuerdos de readmisión de la Unión Europea (UE) permiten que los Estados readmitan en su territorio tanto a sus propios ciudadanos como a los de otros países –“extranjeros”– en tránsito que se hallen en situación ilegal en el territorio de otro Estado.

¹⁶ Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau, con el propósito de profundizar las relaciones respecto a los altos flujos migratorios de sus Estados. Dicha convención dió lugar el miércoles 3 de junio de 2009.

al territorio-de manera no legal “irregular”, mediante la comisión de actos ilícitos; Aquí los migrantes se convierten en víctimas de bandas criminales.

Entre otros desarrollos, la Unión Europea ha creado una plataforma de Cooperación Internacional para Inmigrantes Indocumentados (PICUM), concerniente a una red que permite brindar asistencia a quienes son migrantes en territorio europeo. Dentro de la misma, se encuentran recomendaciones de la importancia de regular la situación jurídica, las líneas de ayuda y la proporción de información referente a la importancia de prevenir la mitigación de abusos contra los derechos de los migrantes.

En suma, resulta necesario mencionar las otras entidades que actúan dentro del Sistema Europeo, dado que, son actores que permiten establecer políticas, investigaciones y planes sociales para la lucha migratoria. Entre estos se encuentra FRONTEX¹⁷. Sin embargo, el Tribunal de Cuentas Europeo a través de su informe especial 08/21 confirma que, “el apoyo de FRONTEX a la gestión de las fronteras exteriores ha sido insuficientemente eficaz hasta la fecha.” De esto, se extrae que sí bien la UE atraviesa una lucha contra la migración ilegal, se considera que FRONTEX al no tener un sistema adecuado en materia de información entre fronteras.

Por lo anterior, FRONTEX debe mejorar en su sistema informativo y llevar a cabo un análisis de riesgos para poder desarrollar su plan de endurecimiento de control migratorio como se tenía esperado. Por otro lado, se encuentra la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (en adelante EASO¹⁸), para el 2011 emitió nuevas normas para hacer frente a la crisis migratoria del momento: estas normas establecieron medidas de tratamiento de datos que permiten el cruce de información entre agencias de la Unión la EASO, verificar los solicitantes o personas que en estado de situación irregular, que han sido registrados en los Estados miembros de la UE a través de la base de datos EURODAC (que contiene la carta dactilar del solicitante de asilo) y que, posiblemente haya solicitado asilo en otro Estado Miembro o si haya sido detenido por su estancia irregular. A su vez, la propuesta de reforma al reglamento EURODAC a través del EASO, buscó ampliar todos los ámbitos

¹⁷ Frontex (2020) es una Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, se creó en 2004 para ayudar a los Estados miembros de la UE y a los países asociados, para proteger las fronteras exteriores del espacio de libre circulación de la UE.

¹⁸ La EASO se creó con el objetivo de reforzar la cooperación práctica en materia de asilo y asistir a los Estados miembros en el cumplimiento de la obligación a nivel europeo e internacional de otorgar protección a la población afectada. (European Asylum Support Office, 2013).

de aplicación sobre los datos de los no nacionales irregulares, el riesgo de su llegada y la protección internacional que, por derecho, deben gozar. (Consilium, 2022)

Dicho todo esto, es claro como Europa resulta ser un Sistema Regional complejo, que trabaja cada día por alinear los asuntos migratorios y mitigar las consecuencias que del fenómeno irregular resultan. A su vez, queda claro que el sistema ha generado una política común, todo con el fin de instaurar un sistema integrado en materia migratoria frente al alto y constante flujo migratorio irregular.

No obstante, la nueva realidad migratoria no se detiene, por lo que, resulta conveniente reformular las políticas migratorias de la UE, en el que se establezca un modelo unitario, que sea eficiente, lógico y posible. Esto, con el fin de posicionar a la UE como un actor internacional que busque unificar las disposiciones migratorias, dado que, la misma autonomía de los Estados Partes dejan un Sistema muy amplio y generalizado, que, si bien buscan atenuar los problemas migratorios, no terminan por obtener resultados muy prósperos.

5.4 Estudio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Este Sistema hace parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Por ello, se analizará este Sistema Regional desde sus actores y las normas implementadas en materia de migración irregular. Entendido como órganos del sistema la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Empezando por los Tratados que incluyen la protección a los migrantes. Entre estos se encuentra inicialmente la Carta Social de las Américas (2012), en el que su artículo 15 establece el deber de los Estados Miembros en promover la valoración de las comunidades migrantes, así como la necesidad de preservar la inclusión, prevención y eliminación de todo acto que discrimine o deje en un estado de desigualdad en derechos y oportunidades a quienes son migrantes. A su vez, deben ser respetadas las disposiciones del Derecho Internacional, como lo es la Carta de las Naciones Unidas y los tratados que promocionan y protegen los Derechos Humanos, entre los que se encuentra la Convención Americana sobre DH (Pacto de San José), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Protocolo Adicional a la Convención Americana

sobre DH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

A propósito de los tratados multilaterales interamericanos, se encuentra la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia. En el que reconocen todos los Estados Miembros que deben adoptar medidas nacionales y regionales en aras de respetar los Derechos Humanos y las libertades de grupos que se encuentran bajo su jurisdicción, como lo es para el caso del migrante. Por lo que, los migrantes al ser considerados como víctimas de intolerancia e indiscriminación, buscan garantías para su protección, respecto a dichos tratos injustificados.

Del tema de la migración se han creado resoluciones que sustentan los estándares internacionales y nacionales, entre estas, se encuentra la Resolución 03/18, en el que se hace mención a la Comisión Interamericana y a la Corte Interamericana de DH, en los que se llevan a cabo recomendaciones para asegurar las garantías procesales de los migrantes. A través de la presente resolución, surge la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados, en la que se establece que sin importar el estatus migratorio, debe haber un alcance por *ratione personae*, sin discriminación alguna. Esto, pese a considerar un “blanco fácil de violaciones” a los derechos humanos de los migrantes, puesto que, se ha vuelto constante los criterios discriminación contra los mismos, posicionándolos en un estado de desigualdad tanto en el trato social, como ante la ley. No obstante, no debe alejarse de la realidad jurídica internacional, que prevé el goce y ejercicio efectivo de los derechos de los migrantes indocumentados.

4.4.1 Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La perspectiva de la Corte Interamericana ¹⁹para tratar los aspectos generales de la migración irregular ha sido desde la igualdad y la no discriminación. Siendo la migración irregular un fenómeno que afecta a los Estados, ya sea porque son los países de origen,

¹⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como institución judicial busca aplicar e interpretar la Convención Americana (Corte IDH, 2022). Por ello, se hará referencia a casos en los que se tomaron medidas contenciosas, aplicando la Convención y los otros Tratados de Derechos Humanos. De esta manera, pretende mediante su función contenciosa, aplicar e interpretar la Convención Americana para la resolución de casos. Además, cuenta con una función consultiva y una función para dictar medidas provisionales# (Corte IDH, s.f.).

tránsito y/o destino de las migraciones, los mismos deben contar con un marco normativo sobre el tema.

De esta manera, la Corte IDH en el “Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.” (2010). determinó que los Estados tienen la facultad de fijar políticas migratorias sobre el control de ingreso y de salida de su territorio. No obstante, las mismas deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana.

En el mismo sentido, en el “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”²⁰ (2014), la Corte afirmó que, el derecho al debido proceso (derecho que aparece siempre como contenido esencial de los derechos del migrante irregular) debe garantizarse a toda persona independientemente de si es o no ciudadano y de su estatus migratorio. Ahora bien, es importante mencionar que la Corte, en el mismo caso, se pronunció sobre el trato a los migrantes documentados y a los indocumentados; así, afirmó que es permisible que los Estados otorguen un trato distinto a los migrantes documentados y a los indocumentados, o a los migrantes en relación con los nacionales, causando que la “irregularidad” sea un espacio de “indeterminación”. Sin embargo, deben tener en cuenta que “el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado” (Corte IHD, 2014).

Es así como se encuentra que, si bien no existe un marco normativo internacional para los migrantes irregulares, y para la creación de normas locales, es decir que, los Estados tienen un ámbito de discrecionalidad, estos deben cumplir con el sistema de Derechos Humanos en la construcción de normas que protejan a los migrantes irregulares. Puede afirmarse entonces que, los Estados tienen la obligación de cumplir con los instrumentos internacionales de derechos humanos en la determinación de sus políticas migratorias (Corte IDH, 2020).

²⁰ La controversia del presente caso se centra sobre la identidad de algunas presuntas víctimas, su nacionalidad y si han sido objeto o no de expulsión. Así, las familias que se vieron afectadas fueron: la familia Medina, la familia Fils-Aimé, el señor Bersson Gelin, Familia Sensión, el señor Rafaelito Pérez y la familia Jean

Por otra parte, respecto a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes, la Corte IDH (2010) en el “Caso Vélez Loor vs. Panamá”²¹, manifestó que, es cierto que los Estados tienen una facultad discrecional para fijar políticas migratorias. En este sentido, la Corte afirmó que, si bien los Estados deben cumplir con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, de estos se derivan deberes especiales para los Estados, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.

Por tanto, los Estados no solo deben, como deber general, asegurar la protección de los derechos humanos, sino que también deben crear mecanismos de acceso a la justicia que proteja las necesidades particulares de cada sujeto migrante. En el mismo sentido, se encuentra el “Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana.”²² (Corte IDH, 2012). Los hechos del caso permiten observar que debido a la falta de normas jurídicas y procedimientos determinados para casos en los que un migrante irregular necesite atención médica, los sobrevivientes del accidente no pudieron acceder a una atención médica integral. Además, debido a su situación de vulnerabilidad se fueron sujetos de tratos crueles por parte de los militares dominicanos. Por esto, hay una obligación en cabeza de cada estado de crear mecanismos idóneos para que los migrantes, regulares o no, puedan acceder no solo a la justicia sino a la salud.

Así, en el “Caso Vélez Loor vs. Panamá.” (Sentencia de 23 de noviembre de 2010) y el “Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana.” (Sentencia Serie C No. 251.

²¹ El 11 de noviembre de 2002, el señor Jesús Tranquilino Vélez Loor, ecuatoriano, fue retenido en el Puesto de Policía de Tupiza en la Provincia del Darién, República de Panamá. La razón fue el no porte de documentos necesarios para permanecer en Panamá.

El 6 de diciembre de 2002 la Directora Nacional de Migración, después de confirmar que el señor Vélez Loor había sido deportado de Panamá el 18 de septiembre de 1996, por estar de manera ilegal en el territorio, de esta manera, se le condenó a 2 años de prisión por no haber tomado en cuenta las advertencias previas que existían. El 8 de septiembre de 2003 la Directora Nacional de Migración, dejó sin efecto la pena impuesta a Loor, pues demostró que tenía un pasaje para abandonar el país. Así, el 10 de septiembre de 2003 el señor Vélez fue deportado a Ecuador.

²² Los hechos del caso inicial ocurren el 16 de junio de 2000, cuando 30 nacionales haitianos ingresan a República Dominicana. Debido a que el camión que los transportaba no se detuvo en el segundo puesto de control, los militares iniciaron la persecución al vehículo. Durante la persecución dispararon al camión causando que el acompañante del conductor, cayera del vehículo y muriera. Posteriormente, el camión se volcó, generando que varias personas murieran por el accidente y por los disparos de los militares luego de que el camión se volcara. Los sobrevivientes fueron trasladados a un hospital, no obstante, el tratamiento fue precario. Posteriormente, los sobrevivientes fueron enviados al cuartel militar de Dejabón, donde fueron amenazados. Los militares afirmaron que, si no recibían dinero, los haitianos serían obligados a trabajar en el campo. La alternativa era realizar la entrega del dinero para que los militares los llevaran a la frontera con Haití.

de 24 de octubre de 2012, como se citó en Corte IDH, 2020), puede verse como la Corte avanza jurisprudencialmente al referirse a la obligación de respeto y garantía de todos los derechos humanos, pues la Corte considera que los Estados, al ser parte de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna (principio de no discriminación), lo que se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho de la protección igualitaria ante la ley, y lo que da a entender que hay principios imperativos que deben ser aplicados por los Estados, independientemente de que hagan o no parte de un tratado.

Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, (...) no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas (Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie C No. 18.)

Respecto al “Caso Vélez Loor vs. Panamá” la Corte consideró que:

Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. (Corte IDH, 2020, p.16)

Puede afirmarse que la Corte IDH ha abordado por medio de la resolución de casos, la vulnerabilidad a la que se ven expuestas las personas migrantes, Además de las consideraciones acerca del principio de igualdad y no discriminación. Principios que son el punto de partida para el estudio de casos relacionados con migrantes. Es así como, la Corte ha declarado que diversos derechos de la Convención Americana han sido violados, por lo que ha realizado avances jurisprudenciales en el tema para la reparación y para la no repetición.

5.4.2 Obligaciones del Estado hacia los migrantes irregulares

Definitivamente, la Corte IDH ha establecido diversas obligaciones y prohibiciones para los Estados por medio de la jurisprudencia. Por ello, se encuentra la obligación de adecuar cada Estado Parte, su propia normativa interna a los estándares de Derechos Humanos del Sistema Interamericano.

Por otra parte, los Estados tienen la facultad de fijar políticas migratorias sobre el control de ingreso y de salida de su territorio. No obstante, las mismas deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. Además, es permisible que en la fijación de las políticas, los Estados otorguen un trato distinto a los migrantes documentados y a los indocumentados, sin embargo, deben tener en cuenta el principio de igualdad y no discriminación. También, es claro que los Estados tienen un ámbito de discrecionalidad para fijar políticas migratorias, pero tienen la prohibición de ir en contra del sistema de derechos humanos en la construcción de normas.

Finalmente, los Estados tienen la obligación de cumplir con los instrumentos internacionales de derechos humanos y los principios que pertenecen al jus cogens en la determinación de sus políticas migratorias. Además, puede concluirse que los Estados no solo deben, como deber general, asegurar la protección de los derechos humanos, sino que también deben crear mecanismos de acceso a la justicia que proteja las necesidades particulares de cada sujeto migrante.

En conclusión, las obligaciones, permisos y prohibiciones derivadas de la jurisprudencia, son una herramienta para la creación de un sistema normativo de coerción, monitoreo y control del comportamiento Estatal para proveer los límites externos, es decir, para crear un límite a las actuaciones de los Estados por fuera de su propio ordenamiento jurídico. Logrando así, proteger los derechos fundamentales de todos los seres humanos. Y resulta que la Región Interamericana de Derechos Humanos y sus Estados Partes, están en una constante búsqueda por entablar límites que atenúen todo lo concerniente a la migración irregular. Y es así, como la migración irregular, no puede ser un fenómeno social que pueda ser independiente, sino que coexiste tanto con la realidad social interna de cada Estado, así como con las leyes, las políticas migratorias y las disposiciones universales de la materia (Velázquez, 2014).

5.4.3 La Comunidad Andina

Es necesario aclarar que, si bien la Comunidad Andina no hace parte del Sistema Interamericano, se tratarán definiciones provenientes de este sistema en tanto ha producido normas referentes al fenómeno migratorio. De esta se obtiene que, para el 17 de enero de 2013, a través del decreto 46 de 2013 se adopta la Guía para la Implementación de la Decisión 545 de la Comunidad Andina, Instrumento Andino de Migración Laboral. Decisión sumamente relevante para el tema de los migrantes irregulares, puesto que, establece normas que avalaron la situación de circulación y permanencia de los nacionales andinos. Específicamente detalló que:

Los países Miembros adoptarán las previsiones tendientes a facilitar la regularización de la situación migratoria de los trabajadores nacionales andinos que hayan emigrado con anterioridad a la vigencia de dicha Decisión y se encuentren en situación irregular dentro de su territorio (Decreto 46, 2013).

Lo dicho hasta aquí supone múltiples avances, como lo fue el Decreto 1692 de 2016, publicado el 24 de octubre de 2016, en el que se crea la Comisión Intersectorial de Lucha contra el Tráfico de Migrantes, en aras de primar los fines del Estado para garantizar los derechos y deberes de todos. Decreto que indica que la migración irregular en Colombia presenta un incremento importante en la última década, permitiendo la utilización del territorio nacional como plataforma de tránsito hacia Centro y Norteamérica, impactando en la seguridad fronteriza y los derechos de los migrantes (Cancillería Colombiana, 2016).

Asimismo, con ocasión a los años más recientes, el flujo migratorio ha aumentado de tal forma, que la irregularidad se ha multiplicado. Ante lo cual el Estado Colombiano debe luchar por establecer principios y lineamientos para reglamentar toda la política migratoria y evitar consecuencias que alteren el sistema internacional de los derechos humanos.

Así que, tras llevar a cabo el análisis de las disposiciones normativas y casuísticas de cada Sistema Regional descrito, resulta necesario analizar a fondo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos enfocado en el caso colombiano, desde la óptica de las cortes nacionales. Por ende, será analizado a partir del siguiente capítulo.

6. Capítulo III: la recepción de los significados del concepto de “Migrante Irregular” en Colombia

Se abordará a Colombia como Estado Parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su interacción normativa respecto al tema migratorio, con posiciones doctrinarias y los avances en materia. Colombia es un país que, a lo largo de su historia, ha demostrado su alto flujo migratorio en relación con el aumento de la población extranjera de cada región. Además, tal como afirma la Cancillería Colombiana (2022), la migración se ha convertido en un fenómeno creciente y heterogéneo cuyas causas y consecuencias están ligadas a la situación local y global.

Todo esto, causado por una constante búsqueda de mejores oportunidades con fines económicos, académicos, sociales y laborales. Por lo tanto, se pretende a lo largo de las revisiones históricas. Encontrar menciones sobre la migración irregular. Todo lo anterior, desde la perspectiva nacional, con el fin de alinearlos a la construcción de significados del ámbito internacional entre Estados.

6.1 Normativa reciente en Colombia sobre migración

Una normativa reciente aplicada en Colombia, ha sido la expedición de la Ley 2136 del 4 de agosto del 2021. La cual tuvo como propósito añadir todas las definiciones pertenecientes a la política migratoria, en la que añadió en su acápite número catorce, los tipos de migración, entre los que se describe la migración irregular, definiéndose como: “el ingreso o permanencia en el territorio nacional de ciudadanos extranjeros no autorizados para ingresar o permanecer en el territorio”

Además, la misma ley en su artículo 61 establece: Situación o condición migratoria irregular. El extranjero incurre en situación migratoria irregular al ingresar al territorio nacional evadiendo el control migratorio, y/o cuando a pesar de haber ingresado de manera regular al país, excedió su tiempo de permanencia por vencimiento de su visa o permiso. En ambos casos los extranjeros serán objeto de las medidas sancionatorias que establezca la ley nacional.

A su vez, se encuentra la Resolución 5477 del 22 de julio de 2022, en el que se agregaron las nuevas disposiciones en materia de visas en Colombia. A partir de dicha resolución, fue analizada Colombia desde un punto de vista de país receptor. Estableciendo los ingresos de extranjeros a Colombia. En su capítulo 3 añade la “solicitud de visa, estudio

y delimitación”, estableciendo que la sola presentación de la solicitud de visado, no otorga una “regularidad” en el territorio nacional.

Por ello, es pertinente añadir que Colombia se ha equiparado a las exigencias similares de los otros países, esclareciendo que el hecho de cumplir con algunos de los documentos necesarios para su estancia en el país, no garantiza su entrada y así mismo, su permiso de permanencia. Por ende, si un extranjero sobrepasa el tiempo permitido en Colombia, puede afirmarse que se entendería como un “migrante irregular” al no encontrarse legalizado su estatus.

6.2 Análisis de sentencias por las Altas Cortes nacionales colombianas

Inicialmente, se trae a colación las Altas Cortes Colombianas y su trabajo por ajustar normas internas aplicadas a casos colombianos. Un ejemplo de esto es la Corte Constitucional y sus menciones sobre el tema, como lo refiere en la Sentencia T-452/19 sobre los derechos del migrante, en virtud a los derechos fundamentales de la Constitución Política y los tratados internacionales adheridos por el Estado Colombiano.

Para el caso de la mencionada sentencia, los hechos narran que fueron vulnerados el derecho a la vida y salud de un menor de edad. Se dice que, dicho menor acudió a un centro de salud para que se le llevara a cabo un tac urgente de senos paranasales, sin embargo, dicho procedimiento no fue autorizado. Tanto los padres como el menor se encontraban en un estatus migratorio irregular, lo que imposibilitaba una afiliación al sistema de seguridad social de salud. La Corte Constitucional se vio en la obligación de proteger las condiciones óptimas del menor, sin importar que se tratase de un migrante irregular, protegiendo los compromisos internacionales como la Convención Americana sobre DH (1980), la Declaración Universal de los DH (1948) y el PIDESC (1966), de esto hay que enmarcar como en su artículo 9 establece el derecho a la seguridad social, en la que la nacionalidad no puede ser objeto de discriminación. En añadidura, la sentencia estableció que para este tipo de situaciones en los que verse el acceso a la salud por parte de migrantes, debe:

Todo migrante que se encuentra en situación irregular, resulta necesario comunicarse con el Centro Facilitador de Servicios Migratorios, para iniciar el trámite administrativo migratorio con el fin de regularizar la permanencia en el

país. Con el fin de expedir un permiso para permanecer en territorio colombiano. (Corte Constitucional, sentencia T-452/19)

A propósito de otras menciones por parte de la Corte Constitucional, se encuentra la Sentencia SU 397/21, en el que se regula el derecho al debido proceso de ciudadanos extranjeros en los procedimientos administrativos, en el que debe resaltarse que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles de los nacionales, a excepción de los límites establecidos en la ley. Ahora bien, la Corte hace referencia al reconocimiento del migrante irregular, diciendo que:

El marco constitucional reconoce que, sin importar la condición legal o irregular del extranjero, el Estado debe garantizar en los procedimientos administrativos sancionatorios que se adelantan por infracciones al régimen migratorio, que eventualmente finalizan con medidas de deportación o expulsión, los componentes estructurales del derecho al debido proceso.

De lo anterior, queda clara la obligación del Estado al tomar sus decisiones, respetando los parámetros constitucionales y procesales. Por ello, las decisiones deben ser garantizadas bajo la potestad discrecional y en garantía de la soberanía nacional. De igual manera, la anterior mención sobre el debido proceso por parte de la Corte Constitucional ha marcado un hito para ser referida por otras cortes colombianas, como lo es para el Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo en su sección primera el 19 de abril del 2021 en el que cita a la Corte Constitucional en aras de evitar decisiones arbitrarias frente a la situación de migrantes irregulares.

La Corte Constitucional ha generado mucha jurisprudencia en materia de migrantes. En particular, debe resaltarse que fue a partir de la Constitución Política de 1991 que se reconoció en cabeza de los migrantes indocumentados la calidad de sujetos de especial protección constitucional.

La Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-106 de 1995 declaró ajustada a la Constitución de Colombia la Ley 146 de 1994, por medio de la cual se aprobó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares. Esto permitió un gran avance para el reconocimiento de derechos humanos de los Migrantes. No obstante, era necesario un mayor avance para que los sujetos protegidos no fuesen sólo aquellos migrantes documentados.

Así, la Corte por medio de la sentencia T-215 de 1996 resolvió el caso de un alemán. El señor tenía una compañera permanente e hijas menores de edad en común, todas colombianas. No obstante, fue deportado por tener una situación de irregularidad como trabajador migrante según las autoridades y se le sancionó con la prohibición de ingresar a Colombia por el término de un año. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte protegió los derechos fundamentales, no solo del señor sino de sus hijas y compañeras. Así, suspendió de manera transitoria la orden que le impedía permanecer en Colombia fundamentando su decisión en el derecho fundamental a la unidad familiar.

6.2.1 La Corte Constitucional frente al enfoque diferencial

De esta manera, es claro que existe un avance normativo sobre la igualdad ante la ley, la no discriminación de la ley y el debido proceso como derechos del migrante irregular. Sin embargo, se vuelve relevante analizar los enfoques diferenciales en los que se ha centrado la Corte Constitucional, como lo son los derechos de: (i) los niños “migrante irregulares”; (2) la mujer migrante irregular en condición de embarazo; (3) la protección con perspectiva de género. Lo anterior, para ver si existe un desarrollo y avances normativos y jurisprudenciales por parte de la Corte Constitucional, frente a las diferentes categorías o enfoques diferenciales que existen del migrante irregular.

Así, como primer enfoque diferencial se tiene el de los niños migrantes irregulares. En la sentencia SU-677 de 2017, la Sala Plena de esta Corte dio resolución al caso de una mujer embarazada de nacionalidad venezolana, a quien le negaron tanto los controles prenatales como la asistencia al parto. Lo anterior, bajo el argumento de que no se encontraba afiliada al sistema de seguridad social en salud. La corte concluyó que la accionante debía ser atendida.

Además, afirmó que frente a los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes que para la resolución de estos casos, debe tenerse en cuenta la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, como lo son: “(i) la igualdad y no discriminación; (ii) el interés superior de las y los niños; (iii) la efectividad y prioridad absoluta; y (iv) la participación solidaria”.

En este orden de ideas, es importante mencionar la sentencia T-025 de 2019 que demuestra un segundo enfoque diferencial y avances en la materia del derecho a la salud

de los migrantes irregulares. Los hechos del caso se dieron a partir de que un inmigrante venezolano requería el suministro de medicamentos para el tratamiento del virus de inmunodeficiencia humana (VIH). No obstante, la accionada no brindó la atención médica requerida, argumentando que el actor no había regularizado su situación migratoria y que por tanto no podían brindarle la atención de emergencia solicitada.

Siguiendo con lo anterior, la Corte afirmó que la situación migratoria de un individuo no es eximente para prestar el servicio de salud. De esta manera, la entidad estaba obligada a realizar los trámites pertinentes y atender diligentemente al paciente. Así, se reiteró jurisprudencialmente que “una persona extranjera no puede ser objeto de un trato diferenciado, que implique la vulneración de sus derechos fundamentales, como la salud y la vida digna, en razón a su estatus migratorio” (Corte Constitucional, 2020).

También, en la Sentencia T-178 de 2019 la Corte señaló que la falta de documentación y la situación de irregularidad de los padres no puede ser impedimento para el reconocimiento de los derechos fundamentales de sus hijos. De esta manera, todos los menores de edad que sean migrantes y habiten o transiten por el territorio nacional tienen derecho a la salud, a la atención de urgencias, a la afiliación de seguridad social y demás.

En relación al derecho al debido proceso y a los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio, la Corte ha dicho que es cierto que el Estado colombiano tiene facultad discrecional para establecer los procedimientos y definir la situación migratoria de un extranjero. Sin embargo, la potestad no es arbitraria, pues nunca pueden desconocerse los derechos fundamentales del individuo así sean migrantes irregulares.

En este orden de ideas, en la sentencia SU-677/17 se revisó el caso de una mujer embarazada de nacionalidad venezolana, a quien le fue negada la práctica de controles prenatales y la asistencia del parto de forma gratuita debido a su calidad de migrante irregular. No obstante, se afirmó que la seguridad social en salud es un servicio público obligatorio a cargo del Estado, y su prestación implica el acceso a todas las personas a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Además, la Corte se pronunció respecto al “derecho a la salud y afiliación a la seguridad social de extranjeros no regularizados” en sentencia T-298/19. No obstante, si bien se habla de nuevo sobre el derecho a la salud, como en la sentencia T-025 de 2019

previamente mencionada, en esta se encuentra un nuevo enfoque diferencial respecto a los derechos previamente mencionados, pero con un enfoque en mujeres embarazadas migrantes irregulares. La Corte reiteró que, como regla general, todos los migrantes así se encuentren en situación de irregularidad tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias. Esto por el contenido esencial del derecho a la salud que comprende no solo a los nacionales colombianos, sino a quienes se encuentran en el territorio.

Además, garantizar, como mínimo, la atención que requieren con urgencia los migrantes en situación de irregularidad tiene una finalidad objetiva y razonable y es entender que, en virtud del principio de solidaridad, el Sistema de Salud no le puede dar la espalda a quienes se encuentran en condiciones evidentes de debilidad manifiesta. (Sentencia T-197/19, Como se citó en la T-0125/19).

En este orden, la Corte concluyó que, en el caso particular, a pesar de que el embarazo de la accionante no era de urgencia, sí requería tanto la práctica de los controles prenatales como la atención del parto de forma gratuita. Esto “en consideración a todos los riesgos que sufren las mujeres gestantes por el hecho de estar embarazadas, que incluso las pueden llevar a su muerte, en especial, en situaciones de crisis humanitaria (...)”.

Además, la corte menciona que conforme al artículo 2.1.3.11 del Decreto 780 de 2016, corresponde al prestador del servicio de salud, de oficio, afiliar al recién nacido al Sistema General de Seguridad Social en Salud, aun, cuando sus padres no cumplan con los requisitos para vincularse al mismo. También, explicó que, conforme al artículo 50, todo niño, nacional o no, tiene derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del estado, cuando los niños no estén cubiertos por la seguridad social.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoce que los migrantes, documentados o indocumentados, son sujetos de especial protección constitucional. Por lo que, la condición y situación migratoria de los sujetos no es un argumento válido que se pueda utilizar para impedir el goce de los derechos humanos. Así, es cierto que el migrante irregular en Colombia tiene derechos fundamentales.

7. Conclusiones

- Tras la Investigación se puede evidenciar que no existe una única definición del concepto de migrante irregular, existe si una uniformidad en la definición del migrante irregular de manera parcial; todos los instrumentos consultados, coinciden en que el migrante irregular es aquel no formalizado, no visto por el ordenamiento. Inclusive, una de las obligaciones estatales más recurrentes es la de formalizar o regularizar al migrante. Ahora bien, teniendo en cuenta el fenómeno social descrito, la uniformidad en la definición no significa que esa suficiente. En la práctica, las Altas Cortes se han visto en la tarea de ampliar esa definición (ampliación connotativa) introduciendo derechos sobre la persona migrante y obligaciones puntuales para el Estado. Por ello, no se logró evidenciar que exista en los instrumentos nacionales e internacionales, una equivocidad. Lo que sí existe, es una tendencia Estatal que pretende ampliar el significado, más no pretende cambiarlo. Con excepción de las definiciones que tienden a criminalizar al migrante irregular, migrante-ilegal o migrante clandestino.
- La soberanía de los Estados es el principio general en materia de Derecho Internacional. Sin embargo, este no contempla que otros no nacionales puedan entrar a un país ajeno. Es por esto que los Estados cuentan con el derecho de admisión mediante su prerrogativa soberana. Por ello se concluye que, si bien cada Estado tiene la facultad de establecer los criterios propios de entrada, está claro que quienes no se encuentran en una situación “regular”, tienen igual derecho bajo la cooperación entre Estados, que sea amparada sus condiciones dignas, equitativas y legales conforme a derecho, sin perjuicio de la irregularidad de su caso.
- Los casos judiciales emblemáticos sobre los cuales se han pronunciado las altas Cortes, permiten evidenciar que en la medida en que se avanza jurisprudencialmente en la materia del migrante irregular, aparecen nuevas obligaciones, prohibiciones y permisos para los Estados. Así, es claro que los Estados no tienen plena discrecionalidad para establecer políticas migratorias. Además, es importante mencionar que las obligaciones que deben cumplir los Estados dependen, en gran medida, del sistema regional de Derechos Humanos en el que se encuentren.

- De esta manera, es claro que existe un avance normativo sobre la igualdad ante la ley, la no discriminación ante la ley y el debido proceso como derechos del migrante irregular. Sin embargo, frente a la igualdad material se ha avanzado solo frente al trabajador migratorio y sus familias, y en algunos derechos básicos esenciales en algunos territorios como el derecho de atención de salud de emergencia. Queda por fuera y sin mucho avance los diferentes enfoques diferenciales como lo son los derechos de: (i) los niños “migrante irregulares”; (2) la mujer migrante irregular en condición de embarazo; tampoco existe gran desarrollo sobre (3) la protección con perspectiva de género.
- Los Derechos Humanos, al ser normas con aplicación universal, colman el vacío sobre la categoría de migrante irregular ya que en los tratados no existe una norma específica que delimite su categoría. Aquí reside, tal vez, la razón de la ampliación de significado desordenada que experimenta la categoría estudiada.
- Termina por ser problemático que la migración irregular no encuentre una definición universalizada ante el Sistema Internacional de Derechos Humanos, puesto que, está podría considerarse como una de las causas que permiten la existencia de numerosos contenidos normativos internos por parte de cada Estado y de que no exista una legislación unificada, armonizada o uniforme.
- Finalmente, es claro como la constante necesidad con ocasión a los sucesos migratorios que ha atravesado Colombia en los últimos años, ha permitido que como Órgano Convencional, el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), ha dispuesto en concordancia a sus Estados partes, a forjar las regulaciones normativas y jurisprudenciales para lograr fijar una definición clara y una red de protección para aquellos migrantes en situación irregular. A su vez, esclarecer que estos, junto al resto de extranjeros, cuentan con el amparo de sus derechos inherentes establecidos a lo largo del Sistema Universal de Derechos Humanos.
- Teniendo en cuenta la gran discrecionalidad, no sólo de cada Estado, sino de cada sistema de Derechos Humanos, se le debe otorgar más atribuciones al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), por ser el órgano que supervisa la aplicación de la Convención Internacional. Lo anterior, para que el Comité no solo cumpla con

una función de control y monitoreo del tratado, sino que también pueda observar y ayudar a los Estados en la gestión que realizan al incluir políticas migratorias y en la implementación de la figura de migrante irregular en sus ordenamientos jurídicos.

- El migrante irregular de paso, no posee las mismas características que el migrante irregular permanente, mientras que al primero se le puede endilgar más claramente la condición de informal no regularizado. La segunda connotación es más problemática; si aquel migrante irregular logra un cierto periodo de permanencia ello quiere decir que ha encontrado los medios de subsistencia para estar en el territorio. Si ello es así, entonces es un irregular solo frente al reconocimiento jurídico más no lo es para el mercado en el que trabaja. En otras palabras, la definición actual no tiene en cuenta que existe una cierta “formalización” de hecho del migrante irregular derivada de la capacidad del mercado laboral de absorber aquella persona dentro del sistema productivo. No se entiende entonces por qué los Estados se empeñan en considerar la irregularidad sobre personas que, como en el caso de los migrantes colombianos en Norteamérica, han permanecido en el territorio durante décadas. Se podría afirmar que si alguien es irregular es porque su estancia es informal para el derecho más no para la economía. Al migrante irregular de larga permanencia, el mercado lo reconoce como agente pero el ordenamiento jurídico no. Es una incongruencia que se solucionaría fácilmente con una estipulación de tiempo prudencial que permitiera la regularización de quienes son agentes del mercado y no han podido ser sujetos del derecho.

8. TABLA DE ABREVIATURAS:

TÉRMINO	ABREVIACIÓN
OIM	Organización Internacional de los migrantes

AUD	Dólares australianos
AUSCO	Australian Cultural Orientation
ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
OEA	Organización de los Estados Americanos
MPSP	Ministerio de Salud y
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
DESA-DES	Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas - División de Población
A/RES/73/195	Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular

SIDH	Sistema Internacional de Derechos Humanos
DI	Derecho Internacional
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja

OECD/ODCE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
UE	Unión Europea
PICUM	Plataforma de Cooperación Internacional para Inmigrantes Indocumentados
OIT	Organización Internacional del Trabajo
JLMP	Joint Labor Migration Programme
PCR	Proceso Consultivo Regional
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CMW/ICRMW	Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
COL	Colombia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
GIFMM	Grupo Internacional sobre Flujos Migrantes Mixtos
VIH	Virus de Inmunodeficiencia Humana
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
R4V	La Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes

9. Referencias

Acuerdo de Cooperación en materia de migración entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau, 3 de diciembre de 1990,

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-9177

Aleinikoff, T. A. (2007). International Legal Norms on migration: substance without architecture. *International Migration Law: Developing paradigms and key challenges*, 479.

<https://publications.iom.int/books/international-migration-law-developingparadigms-and-key-challenges>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (s.f.). El plan de los 10 puntos de acción en la migración. Glosario. <https://www.acnur.org/5c59cfe44.pdf>

Argerey, P. (2005). El Impacto Económico de la Inmigración Europea: Estudio de un Caso Particular: España. (24-29) <https://eprints.ucm.es/id/eprint/7244/1/T28748.pdf>

Asís, R. (1995). *Ordenamiento, fenómeno normativo y poder judicial*. Marcial Pons. https://www.google.com/url?q=https://javerianacaliedumy.sharepoint.com/personal/ivan_martinez_javerianacali_edu_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id%3D%252Fpersonal%252Fivan%255Fmartinez%255Fjaverianacali%255Fedu%255Fco%252FDocuments%252Fblog%252Fcapitulo%2520primero%2520ORDENAMIENTO%252CFENOMENO%2520NORMATIVO%2520Y%2520PODER%2520JUDICIAL%252Epdf%26parent%3D%252Fpersonal%252Fivan%255Fmartinez%255Fjaverianacali%255Fedu%255Fco%252FDocuments%252Fblog%26ga%3D1&sa=D&source=docs&ust=1666405470290522&usg=AOvVaw0w1f7HNdN4H-mZfGQ15oqW

https://www.google.com/url?q=https://javerianacaliedumy.sharepoint.com/personal/ivan_martinez_javerianacali_edu_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id%3D%252Fpersonal%252Fivan%255Fmartinez%255Fjaverianacali%255Fedu%255Fco%252FDocuments%252Fblog%252Fcapitulo%2520primero%2520ORDENAMIENTO%252CFENOMENO%2520NORMATIVO%2520Y%2520PODER%2520JUDICIAL%252Epdf%26parent%3D%252Fpersonal%252Fivan%255Fmartinez%255Fjaverianacali%255Fedu%255Fco%252FDocuments%252Fblog%26ga%3D1&sa=D&source=docs&ust=1666405470290522&usg=AOvVaw0w1f7HNdN4H-mZfGQ15oqW

Baubö ck, R. (2006). Migración y ciudadanía. *Zona Abierta*, (116/117), 135-169. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2355092>

Barragán, C., Villarino, Á., y Pretel, E. A. (2020). Cómo los colombianos se convirtieron en la comunidad irregular más grande de España. *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-06-28/colombia-inmigracionirregular-espana_2658687/

Bigo, D. (1996). "Police en réseaux. L'expérience européenne", *Le Monde Diplomatique*, p. 10. https://www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_1997_num_47_2_395166

Bigo, D. (1994). The European Internal Security Field: Stakes and Rivalries in the Newly Developing Area of Police Intention, en M. Anderson y M. den Boer (eds) *Policing across national boundaries*, Londres: Pinter pp. 161-73.

Browlie, L. (1995). *Principles of international public law* (9 ed.). Clarendon press. [https://www.redcea.com/cealegal/Peacekeeping%20Operations%201st%20Generation%20Internation/International%20Law/\(ESP-Manual\)%20Fuentes%20del%20Derecho%20Internacional%20Publico.pdf](https://www.redcea.com/cealegal/Peacekeeping%20Operations%201st%20Generation%20Internation/International%20Law/(ESP-Manual)%20Fuentes%20del%20Derecho%20Internacional%20Publico.pdf)

Canales, Fuentes y Rosa. Desarrollo y migración: desafíos y oportunidades en los países del norte de Centroamérica. (LC/MEX/TS.2019/7), (2019), Ciudad de México, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44649/1/S1000454_es.pdf

Castles, S. (2010). Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales. <https://www.scielo.org.mx/pdf/myd/v8n15/v8n15a2.pdf>

CIDH .(2019). Declaración de Kampala. *Foro Internacional de Derechos Humanos*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/tres-cortes/kampala.html>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Resolución 03/08 sobre los Derechos Humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva europea sobre retorno. <https://www.cidh.oas.org/Resoluciones/Resolucion.03.08.ESP.pdf>

Congreso de la República. (1999, 18 de septiembre). Ley 146 de 1994. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37815#:~:text=Por%20medio%20de%20la%20cual,18%20de%20diciembre%20de%201990.>

Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2022). *Acuerdo de Cotonú*. Consilium Europa. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/cotonou-agreement/#cotonou>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 2 : Personas en situación de migración o refugio / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). -- San José (No. 2).*

<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo2.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). ¿Qué es la Corte IDH?.

https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm

Corte Constitucional. (2020). Derechos de las personas en situación de migración irregular. [migracion 2020 v3 24 de agosto.pdf](#) (corteconstitucional.gov.co)

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 18 de diciembre, 1990,

[https://www.ohchr.org/en/instruments-](https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers)

[mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers](https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers)

Convenio sobre los Trabajadores Migrantes, disposiciones complementarias, 1975,

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO

[CODE:C143](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO)

Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, 2013,

https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A69_discriminacion_intolerancia.asp

[on_intolerancia.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A69_discriminacion_intolerancia.asp)

CNN Español. (2022). Venezolanos en Colombia: cuántos hay, dónde están y otros datos.

CNN Español.

<https://cnnespanol.cnn.com/2022/09/23/venezolanos-colombia-datosorix/#:~:text=Hay%20cerca%20de%20334.000%20venezolanos,tienen%20entre%202030%20y%202039>

Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (1998, 30 de julio). La formación de la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario.

<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlp2.htm#:~:text=Las%20fuentes%20principales%20o%20fuentes,a%20sus%20or%20C3%ADgenes%20y%20contenidos.>

Decisión UE 2020/751 (2020, 27 de mayo). Diario Oficial de la Unión Europea, L-181/1.

[https://eur-lex.europa.eu/legal-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2020:181:FULL&from=ES)

[content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2020:181:FULL&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2020:181:FULL&from=ES)

Diccionario de Asilo [Comisión de Ayuda al Refugiado]. (s.f). *Principio de no devolución.*

<http://diccionario.cear-euskadi.org/principio-de-no-devolucion/>

EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2012, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0001.01.SPA

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta. <https://drive.google.com/file/d/1OUUP4mCyeHhUObHyG8e8Ygh2a9iTMIZy/view>

García, R. y Díaz, C. (2011). Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, pp. 372-406. [CIDOB - Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas](#)

Gómez Walteros, Jaime Alberto. (2010). La migración internacional: teorías y enfoques, una mirada actual. *Semestre Económico*, 13(26), 81-99. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012063462010000100005&lng=en&tlng=es.

Immigration act of 1990, 8 U.S.C §1101. Definitions (1990)

<https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title8section1101&num=0&edition=prelim>

International Covenant on Economic Social and cultural rights, 3 de enero, 1976, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covanteconomic-social-and-cultural-rights>

Iustel. (2021). El TEDH rechaza una demanda de un migrante por devolución en caliente al no quedar acreditado que saltara la valla. Iustel. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1212706

Khoudour, David. (2007). ¿Por qué emigran los colombianos? Un análisis departamental basado en el Censo de 2005. *Revista de Economía Institucional*, 9, 255-271. https://www.researchgate.net/publication/24047456_Por_que_emigran_los_colombianos_Un_analisis_departamental_basado_en_el_Censo_de_2005/citation/download

Mezzadra, S. (2016). Proliferación de fronteras y «derecho de fuga». *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, (132), 13-26.

Ministerio de Salud y Protección Social. (2021). *Fenómeno migratorio en la región del Urabá Colombiano: en busca del tránsito hacia el norte del continente americano*.

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/boletinonms-n02-2021.pdf>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (s.f.). *Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos*. [https://www.derechoshumanos.gob.cl/sistema-de-proteccioninternacionales-de-los-](https://www.derechoshumanos.gob.cl/sistema-de-proteccioninternacionales-de-los-derechoshumanos/#:~:text=El%20Sistema%20Universal%20de%20Protecci%C3%B3n,protecci%C3%B3n%20convencionales%20y%20no%20convencionales.)

[derechoshumanos/#:~:text=El%20Sistema%20Universal%20de%20Protecci%C3%B3n,protecci%C3%B3n%20convencionales%20y%20no%20convencionales.](https://www.derechoshumanos.gob.cl/sistema-de-proteccioninternacionales-de-los-derechoshumanos/#:~:text=El%20Sistema%20Universal%20de%20Protecci%C3%B3n,protecci%C3%B3n%20convencionales%20y%20no%20convencionales.)

Ministerio de justicia y del derecho. (s.f.). *Normas sobre protección de los derechos de los migrantes*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/legislacion/proteccionmigrantes.html>

Ministerio de Relaciones Exteriores. (2016, octubre 24). Decreto 1692/2016. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201692%20DEL%2024%20DE%20OCTUBRE%20DE%202016.pdf>

Ministerio de Relaciones Exteriores. (s.f). Derechos y deberes de los migrantes. https://www.colombianosune.com/servicios_migrantes/derechos

Monroy Cabra, Marco Gerardo. (2005). Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional. *Estudios Socio-Jurídicos*, 7(2), 77-91.

[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012405792005000200003&lng=en&tlng=es.](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012405792005000200003&lng=en&tlng=es)

Naciones Unidas de Derechos Humanos. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Notiulti. (2022) Operación Dudula, acusada de xenofobia, regresa a Hillbrow. <https://www.notiulti.com/operacion-dudula-acusada-de-xenofobia-regresa-a-hillbrow/>

Ocampo y Arboleda (2016). Colombia y los flujos mixtos de migrantes en el derecho internacional de los refugiados. *Revista Opinión Jurídica*.

<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v15n30/1692-2530-ojum-15-30-00093.pdf>

OECD. (2013). *La migración mundial en cifras*.
/https://www.oecd.org/els/mig/SPANISH.pdf

Oficina Europea de Apoyo al Asilo. (2011).
<https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/BZ0213822ESC.pdf>

OIM (2006) Glosario sobre Migración 38.
https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf

Olea Rodríguez Helena, (2007, enero 01) Derechos Humanos y Migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21399.pdf>

OIM, *La OIM prepara a migrantes para la vida en Australia*, 2014 [comunicado]
<https://www.iom.int/es/news/la-oim-prepara-migrantes-para-la-vida-en-australia>

Organización Internacional para las Migraciones. (2021). *Mecanismos de consulta interestatales sobre migración*. <https://www.iom.int/es/mecanismos-de-consultainterestatales-sobre-migracion>

Olea, H. (2007). *Derechos Humanos y Migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno*.<https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21399.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (2021), *Lethal Disregard: Search and rescue and the protection of migrants in the central Mediterranean Sea*
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/OHCHRthematic-report-SAR-protection-at-sea.pdf>

Organización de los Estados Americanos. (s.f.). *Decisiones de la Corte Interamericana*.
<https://www.oas.org/es/cidh/migrantes/decisiones/corteidh.asp>

Organización Panamericana de la Salud. (2019). *Situación de salud de migrantes irregulares en Panamá*. Panamá. <https://www.paho.org/es/panama>

Ortiz, L. (2018). *Epistemología y teoría del derecho* (ed.23). Sello editorial Javeriano. [Epistemologia-y-teoria-del-derecho.pdf \(derechopenalenlared.com\)](https://www.derechopenalenlared.com/Epistemologia-y-teoria-del-derecho.pdf)

Organización de las Naciones Unidas.(2020). The Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families.

Pacto Mundial para una Migración segura, ordenada y regular (GCM), 10 de diciembre, 2018, <https://www.ohchr.org/es/migration/global-compact-safe-orderly-and-regularmigration-gcm>

Pellacani, G. (2022). Primer año del estatuto temporal de protección para migrantes: ¿Cuáles son los principales avances y los retos pendientes en Colombia? *Agenda de Estado y de Derecho*. <https://agendaestadodederecho.com/estatuto-temporal-deproteccion-para-migrantes-venezolanos-en-colombia>

Pérez, C. (2012) *MIGRACIONES IRREGULARES Y DERECHO INTERNACIONAL. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31009.pdf>

Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela.

(s.f.). Refugiados y Migrantes de Venezuela. R4V.

<https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>

Posada, P. (2009). *Refugiados y desplazados forzados. Categorías de la migración forzada creadas como medidas de contención a las migraciones no deseadas*. *Estudios Políticos*, (35), 131-152.

<https://revistas.udea.edu.co/index.php/estudiospoliticos/article/view/5159>

Portal de datos mundiales sobre la migración. (2022). *Derechos de los migrantes*.

<https://www.migrationdataportal.org/es/themes/derechos-de-los-migrantes#tendenciasrecientes>

Presidente de la República de Colombia. (2013, enero 17). Decreto 46/2013. Diario oficial No. 48.676

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77335>

Real Academia Española. (s.f.). Test de la necesidad. <https://dpej.rae.es/lema/test-de-lanecesidad#:~:text=Criterio%20o%20par%C3%A1metro%20utilizado%20por,%C3%B3rgano%20o%20instituci%C3%B3n%20autor%20del>

Refworld (2009). Respuestas escritas del Gobierno de la República de Colombia en relación con la lista de cuestiones. <https://www.refworld.org/es/docid/49f0625d2.html>
Resolución número 5477 de 2022. (2022, 22 de julio). Ministerio de Relaciones

Exteriores. <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/5477%20del%2022%20de%20julio%20de%202022%20%281%29.pdf>

Resolución 04/19: Principios Interamericanos sobre los Derechos humanos de Todas las Personas Migrantes, refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas, 7 de diciembre, 2019, <https://reliefweb.int/report/world/resoluci-n-0419-principiosinteramericanos-sobre-los-derechos-humanos-de-todas-las>

Semana. (2018). En cinco olas, así ha sido la histórica migración de venezolanos. *Semana*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/crisis-en-venezuela-migracionhistorica-de-venezolanos-a-colombia/556758/>

Sentencia del Consejo de Estado. (2021, 19 de abril). Consejo de Estado (Hernando Sánchez, C.P).

<https://www.consejodeestado.gov.co/wpcontent/uploads/2021/08/SICHolcim.pdf>

Sentencia T-452/19. (2019, 3 de octubre). Corte Constitucional (José Fernando Reyes Cuartas, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-452-19.htm>

Sentencia T-298-19. (2019, 28 de junio). Corte Constitucional (Alberto Rojas Rios, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-298-19.htm>

Solanes C. (2020). Protección y principio de non-refoulement en la Unión Europea.

SCIO, Revista de filosofía, n. 19. 27-62.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7724186.pdf>

Sosa Navarro, M. (2020). Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto N.D. y N.T. contra España ante el TEDH. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 67, 1039-1061. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.67.08>

Red Europea de Migraciones - EMN. (2012). *Glosario sobre migración y asilo 2.0*. https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/redeuropeamigracion/glosario/EMN_Glossary_ES_Version.pdf

Triandafyllidou, A. (2005). Nuevos retos para Europa: migración, seguridad y derechos de ciudadanía. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 69, 39–59. https://www.cidob.org/ca/articulos/revista_cidob_d_afers_internacionals/nuevos_retos_para_europa_migracion_seguridad_y_derechos_de_ciudadania

Tribunal de Cuentas Europeo. (2021). *Informe especial. El apoyo de Frontex a la gestión de las fronteras exteriores ha sido insuficientemente eficaz hasta la fecha*. OP Europa - EU. <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/frontex-8-2021/es/>

UN Library. (2013). *International migration policies: Government views and priorities*. <https://doi.org/10.18356/4eb7dd8a-en>

Unión Europea. Recomendación UE 2020/1364 (2020, 23 de septiembre). Diario Oficial de la Unión Europea, L-31713. <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=CELEX:32020H1364>

Unión Europea. (2022). *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, institución de la UE*. https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-andbodies/institutions-and-bodies-profiles/court-justice-european-union-cjeu_es#:~:text=El%20Tribunal%20de%20Justicia%20de,nacionales%20y%20las%20instituciones%20europeas

Universal Rights Group, Latinoamérica. (s.f). *Una guía básica a los sistemas regionales de derechos humanos*. <https://www.universal-rights.org/lac/guias-basicas-de-derechoshumanos/una-guia-basica-a-los-sistema-regionales-de-derechos-humanos/>

U.S Customs and Border Protection. (s.f). Encuentros Nacionales. <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/nationwide-encounters>

Vespe, M., F. Natale and L. Pappalardo. (2017). Data sets on irregular migration and irregular migrants in the European Union.

[https://www.researchgate.net/publication/320404326 Data sets on irregular migration and irregular migrants in the European Union](https://www.researchgate.net/publication/320404326)

Wabgou, M., Vargas, D., Carabalí, J. A. (2012). LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES EN COLOMBIA. *Investig. desarro.* 20 (1), 142-167.

[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012132612012000100005&lng=en.](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012132612012000100005&lng=en)