

El derecho a migrar, su criminalización: análisis jurídico y jurisprudencial

Luisa Alejandra Franco Arrieta¹

Ana Gabriela Salcedo Suárez²

Johny Nicolas Peña Peña³

Resumen

El fenómeno migratorio ha sido ampliamente desarrollado y debatido en el ámbito jurídico, sobre todo en lo que respecta a la criminalización de la migración irregular. Aunque el derecho internacional reconoce la movilidad humana, diversidad de Estados han establecido normativas que sancionan penalmente a quienes ingresan o permanecen en su territorio sin autorización. Este estudio examina si la migración puede configurarse como un delito y cuáles son sus implicaciones jurídicas, teniendo como base tratados internacionales, jurisprudencia y pronunciamientos de organismos de derechos humanos. A partir de un análisis comparativo, se concluye que la migración irregular no debe considerarse como un delito, sino una infracción administrativa, cuya regulación debe respetar los principios fundamentales del derecho internacional.

Palabras clave: Inmigración ilegal, derecho penal, criminalización, derechos humanos, derecho internacional, política migratoria.

¹ Documento de trabajo resultado de la práctica investigativa dentro de la Especialización en Derecho Internacional Público con énfasis en Derechos Humanos.

Abogada y estudiante de Especialización en Derecho Internacional Público con énfasis en Derechos Humanos

https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002353575

<https://orcid.org/0009-0000-4546-9206/print>

https://scholar.google.es/citations?view_op=list_works&hl=es&user=wsInWjkAAAAJ

² Abogada y estudiante de Especialización en Derecho Internacional Público con énfasis en Derechos Humanos

https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002353584

[ANA GABRIELA SALCEDO SUAREZ \(0009-0000-0784-4044\) - ORCID](https://orcid.org/0009-0000-0784-4044)

<https://scholar.google.com/citations?hl=es&authuser=1&user=PWpsxqIAAAAAJ>

³ Abogado y estudiante de Especialización en Derecho Internacional Público con énfasis en Derechos Humanos

https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002353953

<https://orcid.org/0009-0003-0413-0400>

https://scholar.google.com/citations?view_op=new_profile&hl=es

Abstract

Migration is a legal issue widely debated, particularly concerning the criminalization of irregular migration. Although international law recognizes human mobility, some States have enacted laws that impose criminal sanctions on individuals who enter or remain in their territories without authorization. This study examines whether migration can be classified as a crime and its legal implications, considering international treaties, jurisprudence, and statements from human rights bodies. Through a comparative legal analysis, it is concluded that irregular migration should not be treated as a crime but rather as an administrative infraction, whose regulation must adhere to fundamental principles of international law.

Keywords: Illegal immigration, criminal law, criminalization, human rights, international law, migration policy.

Introducción

La movilidad humana ha sido una constante en la historia de la humanidad y, en la actualidad, es un tema central en el derecho internacional. Los estados han adoptado diversas estrategias para gestionar la migración, desde la implementación de políticas de regularización hasta la imposición de medidas restrictivas. En algunos casos, estas restricciones han llevado a la criminalización de la migración irregular, generando un debate sobre la compatibilidad de dichas políticas con los principios del derecho internacional de los derechos humanos.

El presente estudio formula la pregunta: ¿puede la migración irregular configurarse como un delito?, desde el punto de vista del presente trabajo, se plantea que la criminalización de la migración irregular es incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos, ya que vulnera principios como la proporcionalidad y la no discriminación. Sin embargo, para responder a este interrogante de forma acertada, se analizarán las normativas internacionales, la jurisprudencia relevante y las tendencias recientes en materia de políticas migratorias.

Metodología

Este trabajo sigue un enfoque cualitativo con base en la revisión documental de fuentes normativas y jurisprudenciales. Se realiza un análisis comparativo entre distintas jurisdicciones, examinando cómo han abordado la migración en relación con el derecho penal y el derecho administrativo. Las fuentes incluyen tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1996) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (1969), así como sentencias clave de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Resultados

La Organización Internacional de Migración (OIM), estableció que Estados Unidos es el principal destino de los migrantes, de acuerdo a un estudio realizado se evidenció que, de pasar de menos de 12 millones de migrantes en 1970 pasó a 51 millones en el año 2020, en donde, el flujo de migrantes se ha cuadruplicado, debido a que, este estado es uno de los más prósperos y desarrollados económicamente, erguido como potencia mundial.

Figura 1

Migrantes hacia, dentro de y desde América del Norte, 1990-2020



Tomado de DAES, 2021. En: (OIM, 2024).

En su ejercicio de soberanía, Estados Unidos ha establecido una política nacional con el fin de mitigar el flujo de migrantes, la cual, se ha implementado de manera imprecisa a lo largo de los últimos años, pues se observan dos grandes dicotomías de gobierno y política migratoria, tal como lo fue en las administraciones de Donald Trump (2017-2021) y Joe Biden (2021-2025) a saber:

En la administración de Trump se consolidaron políticas restrictivas para contrarrestar esta situación, como la construcción de un muro fronterizo, triplicación de los agentes de migración en las fronteras y la más importante, la denominada “Remain in México”, medida por la cual se dispuso que, las personas que se encontraban en las zonas fronterizas y solicitaban asilo, debían esperar en México mientras su situación era estudiada y resuelta por las autoridades competentes; a tal efecto, los migrantes eran vistos como un peligro para la seguridad nacional, estigmatizando y denigrando su condición, sin tener en cuenta otros factores como la regulación y legislación a fin con la cooperación internacional.

En cuanto a la administración de Joe Biden, la política migratoria tuvo un enfoque más humanitario, realizó la supresión de la política “Remain in Mexico”, dispuso de protocolos administrativos para enfrentar los migrantes que intentaron entrar por las fronteras terrestres, para los cuales, prevaleció el trato digno y la unidad familiar; al igual que, detuvo la construcción del muro fronterizo del sur en el confín con México, ofreciendo una nueva alternativa y política pública para regular los diferentes escenarios que se pueden presentar en tal contexto.

Sin embargo, en las dos administraciones se omitió por completo los aportes que sirven de contrapeso en estas situaciones, tal como lo es la contribución de los migrantes a la economía estadounidense; toda vez que, un estudio del Instituto de Políticas Migratorias (MPI) estima que los migrantes contribuyen con más de dos billones al Producto Interno Bruto (PIB) de Estados Unidos. Anualmente, estos representan una parte significativa de la fuerza laboral nacional, según el Departamento de Trabajo, en 2020, aproximadamente el 17% de la fuerza laboral estaba compuesta por migrantes.

Ahora que Donald Trump retorna al poder presidencial en los Estados Unidos (2025), se encuentra en desarrollo e implementación de sus políticas migratorias, ya antes impuestas, con un discurso abiertamente xenofóbico, en donde, sus políticas consolidaron protocolos de

persecución y amenazas, las cuales generan consternación, discriminación y deshumanización, pues no se reconoce las causas detrás de la condición migratoria; en donde, al ser perseguidos y capturados bajo circular y mandatos presidenciales, son llevados a centros de detención, los cuales, no cumplen las condiciones adecuadas, como lo es la falta de sanidad y atención médica, se someten a tratos inhumanos violatorios de los derechos humanos, es decir, en este contexto, se criminaliza al migrante irregular como un reo, se le penaliza por su condición y ser.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sienta parámetros fundamentales respecto a la detención de migrantes en situaciones de irregularidad en la sentencia *Vélez Loor vs. Panamá*, puesto que, reconoce que las sanciones en esta condición no pueden ser en ningún caso, automáticas ni punitivas.

En el caso objeto de estudio, el ciudadano ecuatoriano Wilson Leonardo Vélez Loor fue detenido y sometido a un régimen de privación de libertad que desconoció los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad. La Corte hizo especial énfasis en que la detención de personas con base en su estatus migratorio, no debe convertirse en una práctica generalizada ni en una medida sancionatoria encubierta, sino que debe ser excepcional, justificada y sometida a control judicial efectivo.

Determinó que la privación de libertad a la que fue sometido Vélez Loor tuvo un carácter punitivo severo, pues su condena a dos años de prisión constituye una sanción desproporcionada que desconoció la naturaleza propiamente administrativa del procedimiento migratorio. Además, evidenció la inexistencia de mecanismos efectivos para impugnar la detención, lo que acentuó la arbitrariedad de la medida. El fallo reafirmó que el ingreso o permanencia irregular en un país no constituye un delito y que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas alternativas a la detención, garantizando en sus procesos el respeto a la dignidad humana de las personas migrantes.

Esta decisión consolida los estándares que los Estados deben aplicar en sus políticas migratorias, es necesario que estén intrínsecamente ligadas a los principios de derechos humanos, la sentencia estipula que las personas en situación de movilidad deben contar con asistencia legal gratuita y recursos judiciales adecuados para impugnar cualquier restricción de

su libertad, evitando así que la detención derive en una forma de criminalización de la migración propiamente dicha.

En el caso de la migración masiva de la población venezolana alrededor de Sudamérica bajo la crisis política, económica y social, la Resolución 02 del 2018 dispone parámetros bajo los cuales se debe otorgar protección de los derechos humanos universales, tal como lo es la protección internacional y el derecho al asilo, que tiene como base la Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1948; en donde, a manera general, incentiva a los estados a realizar y establecer por medio de trámites administrativos, políticas públicas de integración y garantía de la prevalencia de los derechos humanos evitando que sean expuestos a situaciones de vulnerabilidad y explotación, haciendo hincapié en el objetivo de eliminar la discriminación, estigmatización y criminalización de las personas que ostentan tal condición.

Conclusiones

La decisión de la Corte IDH reafirma que la detención de migrantes no puede ser una práctica generalizada ni punitiva. Su aplicación debe responder a criterios de legalidad y proporcionalidad, garantizando acceso a mecanismos de impugnación y acompañamiento legal. El pronunciamiento de Vélez Loo vs Panamá establece un precedente en materia de protección para los derechos de las personas migrantes, exigiendo a los Estados la adopción de políticas que respeten la dignidad y los principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos. Aunque la Corte IDH no reconozca el derecho a migrar como un derecho humano, determina que la condición de irregularidad migratoria no puede constituir una justificación para privar del goce y ejercicio de los derechos humanos inherentes del migrante.

En lo que tiene que ver con la creación y ejecución de las políticas migratorias en los Estados Unidos en la administración de Donal Trump y Joe Biden, se evidencia las implementaciones contrapuestas que enfrenta una misma problemática en un mismo territorio, para la cual, tenemos que, las consecuencias de una política atentatoria de los derechos humanos y estigmatización completa, fue contrarrestada con la segunda política, no obstante, los índices de migración no disminuyeron, por su parte, aumentaron y de manera significativa, lo cual es un indicante, de que no se puede buscar contrarrestar una situación que es inherente a las circulaciones mundiales de las personas, porque estigmatiza y fomenta la discriminación de un conglomerado de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad de sus derechos humanos, desconocer esto, implicaría también desconocer la construcción y fomentación de garantía de los derechos humanos y de las Organizaciones internacionales que regulan y buscan un punto medio de las posiciones contrapuestas de los estados, con el fin de garantizar armonía de los derechos individuales y universales de las personas.

La situación migratoria irregular debe implicar una sanción o consecuencia administrativa y no penal, debido a que, la condición de migrante no es entendida como un delito ni encaja en tal concepto, no obstante, el permanecer en un territorio de determinado estado sin la

documentación requerida para ello, es un incumplimiento administrativo de los protocolos establecidos para tal fin; en donde, al establecer su naturaleza administrativa, prevé la posibilidad de establecer sanciones, multas y procesos migratorios relacionados, sin la necesidad de entrar a atender los derechos fundamentales universales de los individuos que se encuentren en tal situación; lo que prevalece es la condición humana, por ende, la dignidad humana es lo que ostentan carácter universal.

Referencias

Canales, A. I. (2016). Debates contemporáneos sobre migración internacional. *Editorial Miguel Ángel Porrúa*. https://www.academia.edu/download/50311938/2016_CANALES_Debates.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Caso Vélez Llor vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf

Centro Nacional de Justicia para Inmigrantes. (s.f.). Decriminalizar inmigración. *National Immigrant Justice Center*. Recuperado 10 de febrero de 2025, de <https://immigrantjustice.org/es/issues/decriminalizar-inmigracion>

Human Rights Watch. (2023). Informe Mundial 2023: Estados Unidos de América. Recuperado 10 de febrero de 2025, de <https://www.hrw.org/es/world-report/2023/country-chapters/united-states>

Mcauliffe, M. y L.A. Oucho (EDS.), 2024. Informe sobre las migraciones en el mundo 2024. *Organización Internacional para las Migraciones (OIM)*. <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2024>

Organización Internacional para las Migraciones (2024). Migración irregular e identidad: más que documentos. Recuperado 10 de febrero de 2025, de <https://lac.iom.int/es/blogs/migracion-irregular-e-identidad-mas-que-documentos>

ONU. Asamblea General (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.

ONU. (4 de enero de 1969). Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación racial - adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Ginebra, Suiza: Naciones Unidas.

Presencia Ilegal e Inadmisibilidad | USCIS. (2025, January 28). USCIS.

<https://www.uscis.gov/es/leyes-y-politicas/otros-recursos/presencia-ilegal-e-inadmisibilidad>

Tovar Ruiz, Juan. «La paradoja de la política exterior de Joe Biden». Revista CIDOB d'Afers Internacionals, n.º 132 (diciembre de 2022), p. 195-219. DOI: doi.org/10.24241/rci.2022.132.3.195