



(Enero- junio 2018)



**Año 11.
Frontera
Núm. 27**

**Revista de Investigación
Académica sin**

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

Recibido el 17 de marzo de 2018. Dictaminado mediante arbitraje favorablemente 28 de junio de 2018

Legislación migratoria: Persistencia de la discriminación legal de los migrantes en México.

Alfredo Islas Rodríguez¹
María de Jesús Camargo Pacheco²
María del Rosario Molina Gonzalez³
María Teresa Gaxiola Sánchez⁴

Resumen

Tanto los tratados internacionales firmados por México, como la Constitución Federal contemplan el reconocimiento de una gama de derechos de los migrantes extranjeros, siendo significativo que la Ley de Migración explicita la titularidad de estos independientemente de la condición migratoria. Sin embargo dicho reconocimiento pasa por un criterio de excepcionalidad en su ejercicio formal y material de esos derechos, haciéndolas débiles e incluso, nugatorias. Es paradigmático el caso de los migrantes extranjeros respecto del ejercicio del derecho al debido proceso, en caso de haber sido privados de su libertad ya que los somete a un derecho administrativo especial y con ello afecta los derechos fundamentales previstas en la Ley Suprema y que le corresponde a toda persona que es imputada de un hecho que puede ser considerado delictivo. En este artículo se revisa bajo una interpretación sistemática, el contenido dogmático de ese derecho de excepción planteado.

¹ Doctor en Derecho, Docente e Investigador del Departamento de Ciencias Sociales. Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur; miembro de la Academia de Derecho. Comunicaciones: aislas@navojoa.uson.mx.

² Doctora en Derecho, Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur; Integrante del Cuerpo Académico Dogmática Jurídica y Proceso Educativo. Tendencias Actuales (UNISON-CA-165). Comunicaciones: mcamargo@navojoa.uson.mx.

³ Doctora en Derecho, Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur; Líder del Cuerpo Académico Dogmática Jurídica y Proceso Educativo. Tendencias Actuales. (UNISON-CA-165). Comunicaciones: rmolina@navojoa.uson.mx.

⁴ Doctora en Derecho, Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur; Integrante del Cuerpo Académico Dogmática Jurídica y Proceso Educativo. Tendencias Actuales (UNISON-CA-165). Comunicaciones: mtgax@navojoa.uson.mx.



(Enero- junio 2018)



**Año 11.
Frontera
Núm. 27**

**Revista de Investigación
Académica sin**

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

Palabras clave: Migrantes, ciudadanía, derecho de excepción.

Abstract

Both the international treaties signed by Mexico and the Federal Constitution contemplate the recognition of a range of rights of foreign migrants, and it is significant that the Migration Law makes explicit the ownership of these regardless of the migratory status. However, this recognition goes through a criterion of exceptionality in its formal and material exercise of these rights, making them weak and even nugatory. The case of foreign migrants regarding the exercise of the right to due process is paradigmatic, if they have been deprived of their liberty since they are subjected to a special administrative right and with this they affect the fundamental rights provided for in the Supreme Law and that it corresponds to every person that is imputed of a fact that can be considered criminal. In this article, the dogmatic content of this right of exception is reviewed under a systematic interpretation.

Keywords: Migrants, citizenship, right of exception.

I. Introducción

El estudio de la discriminación jurídica de los migrantes a ser excluidos de sus derechos humanos o del ejercicio de estos por su condición de no nacionales en los países receptores, fue abordada por Marshall:1997, quien propuso vincular tanto el reconocimiento de los derechos fundamentales como su ejercicio, al status de ciudadano, dejando de lado que la Declaración Universal de Derechos Humanos vinculaba la titularidad de los derechos en ella contenidos a todas las personas.

Dos años después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Thomas Marshall identificó con la ciudadanía todo el variado conjunto de derechos fundamentales, en los que distinguió tres clases: los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales, todos llamados, indistintamente, derechos de ciudadanía. Semejante tesis, que está en contradicción con todas las constituciones modernas no sólo con la Declaración universal de los derechos de 1948, sino también con la mayor parte de las constituciones estatales que confieren casi todos



(Enero- junio 2018)



Revista de Investigación
Académica sin

Año 11.
Frontera
Núm. 27

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

estos derechos a las “personas” y no sólo a los “ciudadanos” ha sido lanzada en los últimos años, de cara a las migraciones masivas. (Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, 2005)

Así los países, al momento de operativizar los derechos reconocidos en dichos documentos internacionales para su aplicación interna, siguen violentando, mediante la creación de leyes de excepcionales y discriminatorias, los compromisos ahí adquiridos principalmente, sean inmigrantes o de los migrantes que transitan por un determinado territorio, argumentando protección a su soberanía, consecuencia que no se analiza cuando se habla y se legisla en favor de la liberalización económica.

En principio, la existencia del derecho internacional de los derechos humanos comporta, en el ámbito externo, una limitación formal de la soberanía de los Estados. Salvo cuando se trata de los inmigrantes. Contra las lecturas unilaterales y planas del “fin de la soberanía” y de la superación de las fronteras, la globalización neoliberal pone de manifiesto la existencia de un proceso combinado y desigual: mientras ciertas “soberanías” se debilitan, otras se fortalecen en un sentido neo absolutista, mientras unos espacios se desterritorializan, otros se reterritorializan y blindan. El artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre estipula que “todos los individuos tienen el derecho de dejar cualquier país, incluido el propio, y de regresar a su propio país”. No obstante, lejos de interpretar la libertad de circulación como un derecho fundamental que limita su soberanía externa, los Estados más ricos la convierten en un simple derecho de emigrar que no supone, en ningún caso, el derecho a ingresar en otro país y el deber de este país de acoger al inmigrante. (De Cabo & Piisarello Prado, 2007)

Estos aspectos serían el contexto en donde se desenvuelve el acceso y el ejercicio de los migrantes a sus derechos fundamentales en los países receptores y de tránsito, como es el caso de México. Así el neoconstitucionalismo plantea que la migración pone a prueba el sistema legal de protección interna de los derechos fundamentales de los países donde se presenta esta problemática; cuestionando, además, el discurso protector de derechos enarbolado por los gobiernos en el espacio internacional vía firma de tratados de Derechos Humanos cuyos contenidos representan apenas, el inicio de una lucha por su reconocimiento a nivel interno.



(Enero- junio 2018)



Revista de Investigación
Académica sin

Año 11.
Frontera
Núm. 27

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

En el caso de los migrantes en tránsito esta problemática relacionada con el acceso a servicios de tipo educativo, de salud, de asistencia social y principalmente de acceso a la procuración e impartición de justicia, se acrecienta en la medida en que su acceso está condicionado a la movilidad propia del tránsito, sino las condiciones de riesgo de éste.

Es evidente que las actuales condiciones de riesgo e informalidades, a las que han empujado las sociedades de la globalización, han desbordado los marcos jurídicos, demandando el reconocimiento de las diferencias de sectores que enfrentan riesgos (Taylor, 1993)(Mármora, 2003) de sectores que enfrentan riesgos humanitarios, tales como los experimentados en las redes de tráfico migratorio.

Sin embargo, seguimos esperando, los procesos de redefiniciones de principios e instituciones en un nuevo ejercicio de la ciudadanía global y otros procedimientos de jurisdicción de la democracia, no se ha logrado librar la contradicción entre igualdad de derechos y primacía ciudadana a la que se han llevado las políticas jurídicas estatistas. Este libramiento tendría que haberse justificado en la asunción de los derechos fundamentales sin consideraciones de tipo nacionalista y de seguridad nacional, anteponiendo a esta última la seguridad humana.

Es claro que a largo plazo en el que las interdependencias, los procesos de integración y las presiones migratorias están destinadas a aumentar esta antinomia entre igualdad y ciudadanía, entre el universalismo de los derechos y sus confines estatistas, por su carácter cada vez más insostenible y explosivo, tendrá que resolverse con la superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatización de las nacionalidades. (Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, 2005)

Existen las suficientes razones humanitarias para regresar a los planteamientos originarios de ejercicio de los derechos de las personas sin limitaciones de status y tomar los conceptos de asilo económico y social bajo los principios de las expectativas negativas de no agresión y positivas de prestación para los migrantes expulsados por las crisis económicas y que transitan por diversos países. El camino es la recuperación de los contenidos y significados de los derechos fundamentales en el campo de la dignidad de la persona.



(Enero- junio 2018)



Revista de Investigación
Académica sin

Año 11.
Frontera
Núm. 27

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

Actualmente los paradigmas que sostienen el andamiaje jurídico de la discriminación y la exclusión en el derecho están cambiando. Las actuales constituciones europeas y las cartas internacionales de derechos han añadido, a los clásicos derechos de libertad negativa, una larga serie de derechos humanos positivos –no sólo a la vida y a la libertad, sino también a la supervivencia y a la subsistencia. desgajándolos de la ciudadanía y haciendo también de su goce la base de la moderna igualdad en derecho y de la dignidad de la persona. (Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, 2005)

La problemática constante de violación de derechos de los migrantes tanto en los países de origen como de recepción y de tránsito se convierte en una fuente de presión, para que a partir de la universalidad de los derechos, contenida en el principio de *isonomía*, su avance hacia la eliminación de los obstáculos que han establecido los nacionalismos, los estatismos y la subsunción de los derechos de la persona en los derechos de la ciudadanía.

La exclusión jurídica de los migrantes se realiza en la legislación de estados de recepción y de tránsito, en franca violación de sus propias constituciones, “Desde una perspectiva jurídica, llama la atención como la exclusión y explotación de los inmigrantes se realiza en buena parte a través y contra el propio derecho constitucional e internacional proclamado y aceptado por los poderes públicos de los países centrales”. Señalan, además, estos autores, como en la mayor parte de los estados europeos nosotros diríamos también los latinoamericanos han “aprobado constituciones, convenios y tratados de derechos humanos que, al menos desde un punto de vista formal, comportan limitaciones tanto a su soberanía externa como a su soberanía interna. Es decir, el sometimiento a límites y vínculos que de otro modo serían absolutos y, por tanto, arbitrarios.” (De Lucas, 2009)

La disociación entre el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales en función de la condición administrativa alude De Lucas(2009), resulta explícita en México en el contenido del artículo 11 Constitucional , el cual primeramente reconoce el derecho de “toda persona” para entrar y salir de la República, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes, para inmediatamente después subordinar el ejercicio de este derecho, a las decisiones de las autoridades administrativas en relación con las limitaciones que imponen las leyes migratorias.



(Enero- junio 2018)



Revista de Investigación
Académica sin

Año 11.
Frontera
Núm. 27

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

Esto implica una franca contradicción por decir lo menos, con los límites externos impuestos por los compromisos asumidos en el ámbito internacional, por el gobierno mexicano, en relación no solo al reconocimiento de derechos de los extranjeros, sino a garantizar el ejercicio de estos derechos en el territorio nacional.

De igual manera, entra en contradicción con artículo 66 de la misma Ley Migratoria, en donde se reconoce el derecho de los extranjeros a que no se les impida o limite el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y en los tratados y convenios en lo que México es parte, así como los señalados en esa misma ley.

En este punto queremos dejar establecidos dos aspectos que se desprenden de la lectura de los artículos 1º y 11º constitucionales. El primero es de tipo formal y tiene que ver con el hecho de que, al limitar nuestra constitución el ejercicio del derecho de tránsito a los migrantes extranjeros, esta limitación implica, de ya, una discriminación legal, que como vemos, nace desde la constitución misma y se objetiviza en la ley migratoria, que establece un tratamiento distinto y desigual al ejercicio de derechos de los extranjeros en contra de sí misma en relación a los nacionales, por el solo hecho de la carencia del status de ciudadano.

El segundo aspecto que se desprende de la creación de un sistema de excepcionalidad en el trato a los migrantes extranjeros, (inmigrantes o de tránsito), es de tipo material y tiene que ver en los hechos, con la limitación en el ejercicio de procedimiento migratorio, evidencia de la exclusión jurídica de los migrantes al ejercicio del debido proceso. Otros derechos que la Constitución y la propia Ley de Migración les reconocen.

II. Planteamiento del problema

El procedimiento migratorio mexicano, evidencia de exclusión jurídica de los migrantes en tránsito por México. Tanto en la Norma Suprema, como en los tratados internacionales firmados y ratificados se identifica el reconocimiento de una gama de derechos de los migrantes extranjeros, constituyendo un avance el hecho de que la Ley de Migración explicita la titularidad de estos, independientemente de su condición migratoria. Sin embargo, esta declaración de reconocimiento pasa, como



(Enero- junio 2018)



Revista de Investigación
Académica sin

Año 11.
Frontera
Núm. 27

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

ya mencionamos, por un criterio de excepcionalidad en cuanto al ejercicio formal y material de los derechos así reconocidos. Este criterio, como es natural las alcanza –haciéndolas débiles e incluso, nugatorias. Hasta las garantías jurisdiccionales, establecidas para la protección y el ejercicio de dichos derechos.

El ejemplo más paradigmático de esta limitación material de los derechos y de sus garantías, lo constituye el hecho de que los migrantes extranjeros, no puedan acceder al debido proceso en caso de ser privados de su libertad, porque, aunque lo tengan reconocido como derecho, y no esté limitado por la Constitución recuérdese que solo limita el derecho a la libertad de tránsito, en lugar del debido proceso son sujetos a un “debido procedimiento administrativo migratorio”, negándoles de esta forma a los extranjeros una de las garantías fundamentales para la protección de sus derechos humanos, que es el debido proceso.

Esto es así, porque al ser privados de su libertad aunque a esto se le llame “presentación”, su condición de extranjeros, se coloca por encima de su condición de persona, para excluirlo del ejercicio del debido proceso y sujetarlo un procedimiento especial de verificación migratoria, “todo dentro de la ley”, pero totalmente fuera de la legalidad sustancial vinculada a la Constitución.

En particular, la discriminación entre derechos de los extranjeros y derechos de los ciudadanos en los términos en los que la recoge la ley, lejos de justificarla, es contra a la legalidad porque hoy ya resulta insostenible una interpretación restrictiva como la que pretende que la distribución de las esferas de derechos entre los ciudadanos y las distintas categorías de extranjeros basada en la ciudadanía (en realidad, en la nacionalidad y en la condición de trabajador útil en el mercado de trabajo formal), sea conforme a lo que dispone la Constitución Española en sus artículos 10 y 13. Esa interpretación permite restringir a un pequeño grupo el elenco de derechos realmente universales y sólo reconoce el resto de derechos. La plenitud en el reconocimiento y garantía. a quienes puedan presentarse como ciudadanos. (De Lucas, 2009)

El autor se refiere a los artículos 10 y 13 de la Constitución Española, en donde el artículo 13 establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza la Constitución y el artículo 10 se refiere a la directiva de que los derechos fundamentales y libertades, reconocidos la constitución se



(Enero- junio 2018)



Revista de Investigación
Académica sin

Año 11.
Frontera
Núm. 27

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

El mantenimiento de una concepción de excepcionalidad jurídica, limitativa del ejercicio de los derechos y de las garantías reconocidas a los migrantes por los estados contemporáneos, violentan los principios de universalidad, indivisibilidad, igualdad y democracia inclusiva, “A nuestro juicio, como veremos, los principios del garantismo universalista y de la democracia inclusiva, aparentemente reforzados en una sociedad caracterizada por el proceso de globalización, hacen cada vez más difícil de aceptar esa discriminación en el reconocimiento y garantía de derechos...”. (De Lucas, 2009)

En este sentido, la modificación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, refleja la tensión que representa no sólo en México, sino en los estados contemporáneos la aplicación interna del principio de igualdad o Isonomía; porque al lado de avances garantistas tales como los mencionados en el artículo 1º constitucional, coexisten las resistencias para acabar con las limitaciones impuestas al ejercicio de derechos por condición de nacionalidad, así, el citado artículo 33, si bien se modificó para limitar la facultad arbitraria, que antes de la reforma permitía al presidente expulsar a extranjeros sin que él o los afectados fueran oídos y vencidos en juicio, (Carbonell:2012) la reforma se quedó en el reconocimiento del derecho de audiencia, garantizado en un “debido” procedimiento administrativo migratorio, que no debido proceso, al señalar que la expulsión de extranjeros se sujetará a “a la regulación del procedimiento administrativo”.

Por otra parte, este mismo precepto constitucional entra en conflicto con el artículo 21 de la misma constitución que señala que el tiempo de detención en procesos o procedimientos administrativos no debe de exceder de 36 horas, al establecer que será la ley (en este caso la ley migratoria) la que determinará el tiempo de la “detención” de un extranjero, permitiendo de esta forma que una ley secundaria determine plazos que exceden con mucho lo establecido en la propia constitución en el mencionado artículo 21 de nuestra Ley Fundamental



(Enero- junio 2018)



Revista de Investigación
Académica sin

Año 11.
Frontera
Núm. 27

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.

El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

El espacio social en donde se inicia la discusión para las modificaciones constitucionales comentadas, estuvo y está marcado por una creciente inseguridad y en donde “la situación de los derechos humanos en el país se ha degradado considerablemente en el contexto de una exacerbada violencia...” [...Llega también cuando México acumula ya seis sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han verificado en el plano internacional lo que ya se sabía: el Estado mexicano presenta profundas deficiencias en la tutela de los derechos”. (Carbonell, La reforma constitucional en materia de derechos humanos, 2012)

La mayor parte de las denuncias interpuestas ante los organismos internacionales contra México, por las y los defensores de los Derechos Humanos de los migrantes y por las cuales nuestro país se vio obligado a modificar su legislación interna en materia de protección a los derechos humanos; se planteaban dos problemáticas aunque en realidad como veremos más adelante, la una, incluía a la otra. La primera se ubicaba en el hecho de que al no existir una ley migratoria, que especificara las facultades y los límites, de los funcionarios migratorios y las dependencias auxiliares, esto provocaba, por una parte, un alto grado de discrecionalidad e impunidad en el actuar de los funcionarios al momento de llevar a cabo el procedimiento de verificación migratoria; y por la otra, que los migrantes además de ser víctimas de los grupos delictivos y de particulares, también lo eran de las autoridades de distintos niveles que abusando de su autoridad, aprovechaban para robarlos, extorsionarlos o incluso ponerlos en manos de tratantes de personas.

La segunda problemática que en realidad estaba inmersa en la primera, tiene que ver con el hecho, de que al estar ubicado el espacio de actuación y regulación de



(Enero- junio 2018)



Revista de Investigación
Académica sin

Año 11.
Frontera
Núm. 27

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

los actos realizados por los migrantes extranjeros en el ámbito administrativo migratorio, por ese solo hecho, es apartado del control y la revisión jurisdiccional, es decir, no operan para este ámbito las garantías procesales, de tal manera que la protección de los derechos de los migrantes, es decir, sus garantías son de tipo procedimental y es la misma autoridad la facultada por la ley para auto regularse. Ahí radicaba y lo sigue haciendo, después de las reformas a la Constitución y la creación de la Ley de Migración, la precariedad de las garantías reconocidas a los migrantes en la Ley Migratoria. Se demandó que los migrantes pudieran ejercer su derecho al debido proceso y se les reconoció un “debido” procedimiento administrativo migratorio, el cual, si bien contempla algunas de las características del debido proceso, carece de lo que hace verdaderamente fuerte a una garantía: el control de una autoridad jurisdiccional. (Carbonell. La Reforma Constitucional en materia de derechos humanos, 2012)

Por todo lo anterior, este artículo pretende hacer un análisis dogmático de tipo cualitativo respecto de la normativa relativa a los derechos reconocidos en la constitución a migrantes en su paso por territorio nacional haciendo una interpretación sistemática para ubicar los ordenamientos que influyen en la ineficacia de su ejercicio.

Se parte de la hipótesis que los derechos que contemplan tanto la Constitución Federal como los Tratados Internacional son nugatorios para los migrantes en su tránsito por México, en virtud de que las disposiciones administrativas que en la materia se aplican son discriminatorias al distinguir entre ciudadanos y migrantes.

III. Ley Migratoria vigente en México. Contenidos y contradicciones

En un intento un poco más sólido de dar respuesta a las necesidades que surgen del fenómeno migratorio, a partir del 25 de mayo de 2011 y 28 de septiembre de 2012 fechas de la entrada en vigencia de la Ley de Migración y su Reglamento respectivamente, los únicos órganos encargados de regular, controlar y fiscalizar el tránsito de personas extranjeras en nuestro país son la Secretaría de Gobernación y el Instituto Nacional de Migración, auxiliados por la policía federal, previa solicitud por escrito de la autoridad migratoria. Tenemos que la reciente Ley de Migración por su precariedad provoca en los migrantes en tránsito la inseguridad



(Enero- junio 2018)



**Año 11.
Frontera
Núm. 27**

**Revista de Investigación
Académica sin**

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

en su status jurídico, que no es garantizado por los tribunales, sino que está en manos de una administración a la que se dan competencias discrecionales que se traducen en arbitrarias, mediante el recurso a conceptos jurídicos indeterminados y el recorte de las capacidades de control y revisión judicial de sus actuaciones.

Al respecto el autor español De Lucas, sobre las leyes de migración opina que, contra lo que pretende el mensaje de "cultura de la legalidad", con esta leyes, con esta pretensión de efectuar tales distinciones tajantes entre categorías de derechos reconocidos a los inmigrantes según su situación administrativa, no se proporciona legalidad, sino inseguridad, y en realidad la filosofía es la contraria de la propia del Estado de Derecho, que tiene como núcleo el carácter garantista y expansivo en el reconocimiento de los derechos humanos. (De Lucas, 2009)

El artículo 1º de la actual Ley de Migración tiene como objetivo regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos[as] y extranjeros[as] al territorio de los Estados Unidos Mexicanos y el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo, en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, de contribución al desarrollo nacional, así como de preservación de la soberanía y de la seguridad nacionales. Presenta las siguientes novedades en la materia: • Promueve una política migratoria en un marco de protección y respeto de los derechos humanos, lo que se observa en su artículo 1º, al verificar el objeto de la ley, y a lo largo de diversas disposiciones contenidas en dicho ordenamiento. • Reconoce el derecho al debido proceso en materia administrativa a favor de toda persona migrante con independencia de su situación migratoria (arts. 11 y 70). • Se despenaliza la migración indocumentada, sólo subsisten los delitos en materia migratoria relacionados con el tráfico ilícito de personas (artículos. 2º, 7º y 159).

El título segundo de la Ley de Migración denominado “derechos y obligaciones de los migrantes” contiene una serie de preceptos que se refieren a los derechos humanos de los migrantes y así tenemos que: Artículo 6.. “El Estado mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano y en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria.”



(Enero- junio 2018)



**Año 11.
Frontera
Núm. 27**

**Revista de Investigación
Académica sin**

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

Artículo 7. “La libertad de toda persona para ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional tendrá las limitaciones establecidas en la Constitución, los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables.”

“El libre tránsito es un derecho de toda persona y es deber de cualquier autoridad promoverlo y respetarlo. Ninguna persona será requerida de comprobar su nacionalidad y situación migratoria en el territorio nacional, más que por la autoridad competente en los casos y bajo las circunstancias establecidos en la presente Ley.”

Artículo 11. “En cualquier caso, independientemente de su situación migratoria, los migrantes tendrán derecho a la procuración e impartición de justicia, respetando en todo momento el derecho al debido proceso, así como a presentar quejas en materia de derechos humanos, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución y demás leyes aplicables.

En los procedimientos aplicables a niñas, niños y adolescentes migrantes, se tendrá en cuenta su edad y se privilegiará el interés superior de los mismos.”

Artículo 12. “Los migrantes, independientemente de su situación migratoria, tendrán derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano.”

Artículo 13. “Los migrantes y sus familiares que se encuentren en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos tendrán derecho a que se les proporcione información acerca de:

- I. Sus derechos y obligaciones, conforme a la legislación vigente;
- II. Los requisitos establecidos por la legislación aplicable para su admisión, permanencia y salida, y
- III.. La posibilidad de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, del otorgamiento de protección complementaria o de la concesión de asilo político y la determinación de apátrida, así como de los procedimientos respectivos para obtener dichas condiciones.



(Enero- junio 2018)



Revista de Investigación
Académica sin

Año 11.
Frontera
Núm. 27

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

La Secretaría adoptará las medidas que considere apropiadas para dar a conocer la información mencionada, de conformidad con la legislación aplicable.”

Artículo 14. “Cuando el migrante, independientemente de su situación migratoria, no hable o no entienda el idioma español, se le nombrará de oficio un traductor o intérprete que tenga conocimiento de su lengua, para facilitar la comunicación. ⁵

En materia migratoria, los extranjeros sin documentos, están sujetos a un régimen de excepción que violenta los contenidos del artículo primero constitucional, no solo en lo relativo al reconocimiento de sus derechos, entre ellos el debido proceso, sino también al derecho del ejercicio que deviene de dicho reconocimiento; así también la prohibición del trato discriminatorio por condición de extranjería al que alude su último párrafo del artículo primero constitucional en cometario,, lo que provoca que las garantías de sus derechos sean débiles y no protejan en forma eficaz sus derechos humanos, al grado tal que se les prive de su libertad hasta por 15 días por una falta administrativa, sin que medie un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, tal como establece el artículo 14 constitucional.

La Ley de Migración en su artículo 22 establece que los servidores públicos del Instituto Nacional de Migración, se sujetarán invariablemente a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en la presente Ley.

Se establece en la Ley que es de orden público la presentación de los extranjeros en estaciones migratorias o en lugares habilitados para ello, en tanto se determina su situación migratoria en territorio nacional.

El artículo 68 de la ley dice: La presentación de los migrantes en situación migratoria irregular sólo puede realizarse por el Instituto en los casos previstos en esta ley, deberá constar en actas y no podrá exceder del término de 36 horas contadas a partir de su puesta a su disposición.

⁵ Cámara de diputados, Ley de Migración, retomada de:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_120718.pdf



(Enero- junio 2018)



Revista de Investigación
Académica sin

Año 11.
Frontera
Núm. 27

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

La presentación de extranjeros es la medida dictada por el Instituto Nacional de Migración, mediante la cual se acuerda el alojamiento temporal de un extranjero que no acredita su situación migratoria para la regularización de su estancia o la asistencia para el retorno.

Cuando un extranjero sea puesto a disposición del Instituto, derivado de diligencias de verificación o revisión migratoria, se emitirá el acuerdo de presentación correspondiente dentro de las veinticuatro horas siguientes a la puesta a disposición.

La Ley de Migración señala que el Instituto Nacional de Migración resolverá la situación regular de los migrantes extranjeros presentados en un plazo no mayor de quince días hábiles, contados a partir de su presentación.

De la lectura de los preceptos anteriores, implica que la Ley de Migración es violatoria de los derechos humanos de los migrantes irregulares en tránsito por México, por una serie de razones que evidencian que varias disposiciones de la Ley migratoria son contrarias a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y así tenemos que la Ley de migración enfáticamente señala “que La actuación de los servidores públicos del Instituto se sujetará, invariablemente, a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en la presente Ley”.

El anterior ordenamiento, no es acatado por las autoridades administrativas migratorias a pesar de que la Constitución General de la República en su artículo 21 párrafo tercero ordena con toda claridad lo siguiente: “Compete a la autoridad administrativa la aplicación de las sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo en favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutara esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Decimos que las autoridades migratorias violan los derechos humanos de los migrantes en tránsito por México, porque el Instituto es el único facultado legalmente para detener a los migrantes en tránsito en situación migratoria irregular, ya que la Ley dice en el artículo 98 que si con motivo de la revisión migratoria se detecta que algún extranjero no cuenta con documentos que acrediten su situación migratoria



(Enero- junio 2018)



**Año 11.
Frontera
Núm. 27**

**Revista de Investigación
Académica sin**

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

regular en el país, se procederá a su presentación por el Instituto que deberá constar en actas y no podrá exceder del término de 36 horas contadas a partir de su puesta a disposición y el Instituto resolverá la situación regular de los extranjeros presentados en un plazo no mayor de 15 días hábiles, contados a partir de su presentación.

De lo anterior, tenemos que el Instituto Nacional de Migración es el único que detecta a los migrantes extranjeros que no cuentan con documentos para acreditar su situación migratoria regular, que es el mismo Instituto el que los pone a su disposición y cuenta con 36 horas para presentárselos y alojarlos en una estación migratoria para resolver su situación regular en un plazo no mayor de 15 días hábiles, contados a partir de su presentación.

La Ley de Migración es una ley administrativa, el Instituto Nacional de Migración es un órgano de carácter administrativo, los funcionarios del Instituto son autoridades administrativas y en la aplicación de la ley realizan actos administrativos, luego, al no sujetarse a lo ordenado por el artículo 21 de la Constitución General de la República, están realizando actos en contra de la Constitución e indudablemente están violando los derechos humanos de los migrantes en tránsito por el territorio nacional.

Asimismo establece la Ley Migratoria que el alojamiento de los migrantes extranjeros en las estaciones migratorias únicamente podrá exceder de quince días hábiles a que se refiere el párrafo anterior, cuando se actualicen cualquiera de los siguientes supuestos: V. Que se haya interpuesto un recurso administrativo o judicial en el que se reclamen cuestiones inherentes a su situación migratoria en el territorio nacional, o se haya interpuesto un juicio de amparo y exista una prohibición expresa de la autoridad competente para que el extranjero pueda ser trasladado o para que pueda abandonar el país.

Lo anterior implica además, de que en la Ley de Migración no existe un mecanismo procedimental, para quejarse ante una autoridad distinta de la que emitió el acto, que en este caso pudiera ser un órgano superior, como lo sería la Secretaría de Gobernación o el Ejecutivo Federal; o mejor aún una autoridad imparcial que conociera del conflicto, que pudiera ser un órgano jurisdiccional, independiente del poder ejecutivo, lo que implicaría la existencia de un proceso judicial que garantizara



(Enero- junio 2018)



Revista de Investigación
Académica sin

Año 11.
Frontera
Núm. 27

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

la tutela jurisdiccional efectiva y la consecuente judicialización de la protección de los Derechos Humanos

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Con la nueva Ley de Migración que entró en vigencia el 25 de mayo de 2011, el Poder Legislativo Mexicano, hizo manifiesta la pretensión de armonizar las normas legales de dicho ordenamiento a los instrumentos internacionales que México ha signado, tratados que reconocen el derecho de los migrantes de acceder al debido proceso, además de que se les garantice en los eventos de presentación, verificación del estatus migratorio y repatriación de extranjeros.

En el caso de la detención por razones migratorias, el estándar sobre la excepcionalidad de la privación de libertad debe considerarse aún más elevado debido a que las infracciones migratorias no deben tener un carácter penal. Como lo subrayó la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, “los inmigrantes irregulares no son delincuentes per se, por lo que no deben ser tratados como tales”

IV. Conclusiones

Para satisfacer las garantías contenidas en los artículos I y 25 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, los estados miembros, deben establecer leyes y políticas de inmigración que partan de una presunción de libertad, el derecho del migrante a permanecer en libertad mientras están pendientes los procedimientos migratorios y no de una presunción de detención. La detención únicamente es permisible cuando, después de llevar a cabo una evaluación individualizada, se considera que es una medida necesaria para dar cumplimiento a un interés legítimo del Estado, como asegurar la comparecencia de una persona al trámite de determinación de estatus migratorio y posible deportación.

El argumento de que la persona en cuestión representa una amenaza para la seguridad pública, sólo es aceptable en circunstancias excepcionales en las cuales



(Enero- junio 2018)



Revista de Investigación
Académica sin

Año 11.
Frontera
Núm. 27

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

existan serios indicios del riesgo que representa una persona. Incluso, la sola existencia de antecedentes penales no es suficiente para sustentar la detención de un inmigrante una vez ha cumplido la condena penal. En todo caso, se deben explicar las circunstancias particulares por las cuales se considera ese riesgo. Las razones que sustentan la procedencia de la detención deben ser claramente establecidas en la correspondiente decisión.

Además, la Corte Internacional de Derechos Humanos (CIDH), subraya que los procedimientos de revisión de la detención deben cumplir estrictamente las garantías del debido proceso, incluido el derecho a ser escuchado por un agente imparcial en la toma de decisiones, la oportunidad de presentar pruebas y refutar el argumento del Estado, así como la posibilidad de ser representado por un asesor letrado.

Asimismo, dado que se parte de la presunción del derecho a la libertad personal, la imposición de la detención migratoria por parte del Estado, los programas de alternativas a la detención (como el control por GPS), la fianza o la liberación deben ser también medidas razonables que guarden relación de proporcionalidad con el cumplimiento de un objetivo legítimo del Estado.

Respecto a otros derechos humanos relevantes específicamente, en el caso de los inmigrantes, el Comité de Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, observó que el ingreso ilegal a un Estado de por sí no justificaría la perpetuación de la detención. Por su parte, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria ha resumido también los requisitos básicos para la detención admisible de inmigrantes:

Se consideró conveniente recordar a los Estados que la detención debería ser el último recurso admisible únicamente durante el menor tiempo posible, y que se deberían buscar otras soluciones cuando ello fuera factible. Los motivos de la detención deberán ser definidos de manera clara y exhaustiva y la legalidad de la detención se podrá plantear ante un tribunal y revisar periódicamente dentro de plazos establecidos. Estos plazos de revisión se deberán mantener incluso en "situaciones de emergencia" cuando un número excepcionalmente elevado de inmigrantes indocumentados entran en el territorio de un Estado. Se deberían adoptar en todo caso disposiciones que determinen que la detención es ilegal si el



(Enero- junio 2018)



Revista de Investigación
Académica sin

Año 11.
Frontera
Núm. 27

ISSN: 2007-8870

<http://revistainvestigacionacademicasinfrontera.com>

obstáculo que impide identificar a los inmigrantes en situación irregular o proceder a su expulsión del territorio no está dentro de su competencia, por ejemplo, cuando la representación consular del país de origen no coopera, o en el caso de que la expulsión no pueda realizarse por consideraciones legales, tales como, el principio de prohibición de la expulsión cuando existen riesgos de ser sometido a tortura o a detención arbitraria en el país de destino, o debido a obstáculos de hecho.

Cabe recalcar que el mantenimiento de una concepción de excepcionalidad jurídico limitando el ejercicio de los derechos y sus garantías a migrantes, violentan los principios de universalidad, indivisibilidad, igualdad y democracia inclusiva.

Fuentes Consultadas

Carbonell, M (2009) Los derechos fundamentales en México. Porrúa.

Carbonell, M. (6 de septiembre de 2012) La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Recuperado el 12 de enero de 2013, de www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades/shtml

De Cabo, A., & Piisarello, G (2007) ¿La ciudadanía está tranquila? Inmigración y derechos en la crisis de la “mundialización feliz” Revista de la Facultad de Derecho, 11.40

Ferrajoli, L. (2005) Los fundamentos de los derechos fundamentales /segunda ed.) Madrid. Trotta

Ferrer Mc. Gregor, E. (2012) Interpretación conforme y control difuso de la convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. M. Carbonell, La Reforma Constitucional en materia de derechos humanos.

Legislación

Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estados Unidos, retomado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

-----, Ley de Migración, retomada de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_120718.pdf