



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO.
FACULTAD DE DERECHO.

**“EL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO EN MATERIA DE
PROTECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS
MIGRANTES.
SU ESTUDIO PARTICULAR EN EL ESTADO DE QUERÉTARO.”**

T E S I S

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de:
LICENCIADO EN DERECHO.

Presenta:

Salvador Tapia García.

Dirigido por:

Lic. Mauro Hermosillo Ruíz.

Centro Universitario.

Santiago de Querétaro, Querétaro.

México 2014.

JURADO.

Presidente.

Lic. Mauro Hermosillo Ruiz.

Secretario.

Dr. en D. Luis Eusebio Alberto Avendaño González.

Vocal Secretario.

Dr. en D. José Carlos Rojano Esquivel.

Vocal.

Lic. Ramiro Vázquez Solís.

Vocal.

Lic. Fausto Daniel Martha Buchanan.

AGRADECIMIENTOS.

Primeramente, a Dios por todos sus favores y bendiciones en mi vida.

A mis padres, que con su ejemplo y entrega misma han podido hacer posible este momento.

A mis hermanos, por su constante apoyo.

A mis amigos y compañeros, por sus palabras de aliento en especial al Jessica Román por su contribución.

Agradezco a todo el equipo de la Estancia del Migrante González y Martínez, A. C. por abrirme sus puertas para colaborar y contribuir en su gran labor, especialmente a Fabiola Mancilla por que contribuyó en gran parte en las conclusiones de este trabajo.

Asimismo, agradezco al Lic. Mauro Hermosillo Ruíz y al Dr. en D. Luis Eusebio Alberto Avendaño González, por su tiempo y valiosas aportaciones al presente trabajo.

Por último, pero no menos importante, a los profesores en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro y aquellos profesores que a lo largo de mi formación, con su cátedra motivaron un crecimiento personal y profesional y me inspiraron en la toma de esta opción de titulación.

**EL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO EN MATERIA DE PROTECCIÓN
A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MIGRANTES.
SU ESTUDIO PARTICULAR EN EL ESTADO DE QUERÉTARO.**

R E S U M E N.

Al reconocer que México es también un lugar de tránsito y destino para personas migrantes de nacionalidad extranjera, y no solo un país que expulsa sus nacionales como migrantes en el extranjero, reconocimiento impulsado por lamentables hechos violatorios de derechos de estas personas migrantes acontecidos al interior del país y bajo el contexto de un nuevo marco jurídico que promueve y defiende los Derechos Humanos reconocidos por instrumentos internacionales, el presente trabajo da a conocer la posibilidad de encontrar una solución material a la problemática jurídica en la que se encuentra actualmente este sector vulnerable vinculando la acción social de organismos de la sociedad civil, el sector académico de la Universidad Autónoma de Querétaro a través de su Facultad de Derecho y el trabajo de profesionales del Derecho.

**Palabras clave: Migrantes; Derechos Humanos; Organismos de la
Sociedad Civil.**

**ACCESS TO AN EFFECTIVE REMEDY TO PROTECT MIGRANTS
FUNDAMENTAL RIGHTS.
A PARTICULAR STUDY IN QUERÉTARO.**

S U M M A R Y .

Recognizing that México is also a place of transit and destination for migrants of other nationalities, and not only a country that casts out it's citizens to work abroad, recognizing the violation of these people's rights happening in México, and with a new legal framework that promotes and defend Human Rights recognized by international human rights instruments, the present work informs of the possibility of finding a solution to this legal issues that affects this highly vulnerable population, all this in coordination with non-governmental organizations, the academic sector of Universidad Autónoma de Querétaro behind it's own Faculty of Law and law professionals.

Key Words: Migrants; Human Rights; Non-Governmental organizations.

ÍNDICE.

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO PRIMERO: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y JURIDICA DEL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO PARA LOS MIGRANTES EN SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR.....	6
I.- CONCEPTOS PRELIMINARES Y CONSIDERACIONES PREVIAS AL ESTUDIO DEL TEMA.....	9
I.I.- SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL, EL DERECHO MIGRATORIO Y EL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO COMO OBJETO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO MIGRATORIO.....	18
A) EL DERECHO INTERNACIONAL:	18
B) EL DERECHO MIGRATORIO:.....	23
C) EL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO COMO OBJETO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO MIGRATORIO:.....	25
II.- LA LIMITACION AL DERECHO DE LIBRE TRÁNSITO VISTO COMO UN ACTO DE SOBERANÍA.....	26
II. I.- ANALISIS DE LAS LIMITANTES AL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 11 CONSTITUCIONAL.....	29
A).- DE LAS LIMITACIONES DE LA AUTORIDAD JUDICIAL:.....	29
B).- DE LAS LIMITACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.....	31
II. II.- OTROS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA LIMITACIÓN AL LIBRE TRÁNSITO.....	32
III.- CONSIDERACIONES BÁSICAS PARA LA APROXIMACIÓN DEL CONCEPTO DE MIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR.....	33
IV.- ANTECEDENTES DE LA TERORÍA DE CIUDADANOS Y NO CIUDADANOS EN EL DERECHO ROMANO.....	37
V.- FUNTAMENTO TEÓRICO DEL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y EL	

DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD DE LOS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR.	39
V.I.- LA SOLUCION PARA ALCANZAR EL CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL, SEGÚN MIGUEL CARBONELL.	47
V.II.- DE LA UNIVERSALIDAD DEL GENERO HUMANO (VOTO CONCURRENTES DEL JUEZ CASCADO TRINDADE EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DENTRO DE LA OPINION CONSULTIVA (OC-18/03, del 17.09.2003, Serie A, n.18).....	49
V.III.- DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL, COMO SUSTENTO A LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES EN TRÁNSITO, EN ESPECIAL AL DERECHO AL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO, Y EL DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD.	52
VI.- FUNDAMENTO JURIDICO DEL DERECHO AL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD PARA LOS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR.	54
VI.I.- FUNDAMENTO JURÍDICO EN LAS DECLARACIONES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.	55
VI.II.- FUNDAMENTO JURÍDICO EN EL DERECHO INTERNO.....	91
VI.III.- FUNDAMENTO JURÍDICO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL.	92
VI.IV.- FUNDAMENTO JURÍDICO EN LAS OPINIONES CONSULTIVAS.	112
CAPÍTULO SEGUNDO: SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS MIGRANTES Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO MIGRATORIO EN MÉXICO.	121
I.- EL INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACION.	121
I.I.- ANTECEDENTES DEL INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACION.....	122
I.II.- DERECHOS DE LOS MIGRANTES DE ACUERDO CON LA LEY DE MIGRACION).	129
I.III.- DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.	133
A).- LA PRESENTACIÓN.....	135
B).- EL ALOJAMIENTO EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS.	135

C).- EL RETORNO ASISTIDO.	138
D).- LA DEPORTACIÓN.....	140
II.- DE LA REPRESENTACIÓN CONSULAR.....	143
CAPÍTULO TERCERO: LOS MIGRANTES EN SU TRÁNSITO POR	
QUERÉTARO.....	150
I.- LA RUTA MIGRATORIA EN QUERÉTARO POR FERROCARRIL.....	150
Imagen 4. Se observa la localización de la vía ferroviaria a través del Estado de Querétaro.....	155
II.- VERIFICACIONES MIGRATORIAS EN EL ESTADO DE QUERETARO.	157
II.I.- LAS REVISIONES MIGRATORIAS.....	159
III.- VIOLACIONES PROTOTÍPICAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MIGRANTES.....	162
III.I.- LA DETENCION PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACION A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES, INCLUIDOS EL DERECHO A LA LIBERTAD Y AL LIBRE TRANSITO.	165
A).- LA DETENCION PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACION AL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO.....	173
B).- LA DETENCION PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACION AL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.	174
C).- LA DETENCION PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACION AL DERECHO AL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO.....	175
D).- LA DETENCION PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACION AL DERECHO DE LIBERTAD.	178
CAPÍTULO CUARTO: PROPUESTA DE TRABAJO EN CONJUNTO:	
ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL, ABOGADOS	
POSTULANTES Y ACADEMIA.....	181
I.- LA IMPORTANCIA DEL TRABAJO DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN PRO DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES	

Y LA SALVAGUARDA DEL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO.....	185
II.- EL TRABAJO PRO BONO, UN ÁREA DE OPORTUNIDAD PARA LA PROFESION LEGAL EN MÉXICO, EJEMPLO DEL TRABAJO PRO BONO DE SIN FRONTERAS I.A.P.	187
III.- RED DE ORGANISMOS Y ORGANIZACIONES DE DERECHOS HUMANOS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN TRANSITO.	191
III.I.- AMICUS CURIAE, UNA HERRAMIENTA DE UTILIDAD ENTRE LA RED DH.....	192
IV.- LA DETENCIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS EN ESTACIONES MIGRATORIAS EN MEXICO, UN CASO PARA LITIGIO ESTRATÉGICO POR PARTE DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL.	194
V.- LOGROS DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES.	199
V.I.- PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.	199
V.II.- PUNTOS DEBILES DEL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.	201
VI.- PROPUESTA: CREACIÓN DE LA “CLÍNICA JURÍDICA DE LITIGIO ESTRATÉGICO EN DERECHOS HUMANOS” FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE QUERÉTARO Y ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL.	202
CONCLUSIONES.....	207
BIBLIOGRAFIA.....	210

INTRODUCCION.

“Los hombres tenemos conciencia de que el Derecho es fruto de nuestro espíritu. Sabemos que lo jurídico es una dimensión vital nuestra, algo en que existe huella de nuestra personalidad íntima, activa y creadora”

Agustín Basave Fernández Del Valle

En la actualidad una de cada 33 personas en el mundo, es un migrante¹. De hecho se dice que en los últimos diez años, la población migrante en todo el mundo ha crecido de tal manera que en la actualidad constituirían el quinto país más poblado del mundo (después de China, India, Estados Unidos e Indonesia)² En México, se estima que al año son cerca de 1 millón de mexicanos los que intentan cruzar la frontera de Estados Unidos sin documentos.

Este fenómeno ha recibido naturalmente mucha atención como una problemática que viven los mexicanos que intentar cruzar la frontera para llegar a Estados Unidos de América en busca de oportunidades de empleo y mejores condiciones de vida que no encuentran en su país. Sin embargo, en los últimos años el tema migratorio ha dado un vuelco hacia reconocer que México es también un lugar de tránsito y destino para personas migrantes de Centro y Sudamérica, principalmente.

¹ Tendencias de las Naciones Unidas relativas al contingente internacional total de migrantes: La revisión de 2008, <http://esa.un.org/migration/index.asp?panel=1> de acuerdo a la página web <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/facts--figures-1.html>. Fecha de consulta 29/06/2013.

² BATISTA Jiménez, Fernando, “Derechos humanos y Migración”, Artículo-Ponencia, IIJ UNAM. Fuente de consulta: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3064/15.pdf> Fecha de consulta 01/06/2014.

Este cambio surgido sobre todo a partir de que lamentables hechos como los ocurridos en la masacre de San Fernando³ en agosto de 2010, han permitido que salgan a la luz pública las situaciones de vulnerabilidad y violaciones indiscriminadas a los derechos de estas personas migrantes y ha permitido reconocer que no solo los connacionales mexicanos sufren violaciones a sus derechos en Estados Unidos de América, sino que las personas migrantes provenientes de Centro y Sudamérica a su paso por el territorio mexicano, sufren condiciones atroces muchas veces consentidas por parte de las mismas autoridades del Estado y además sufren la discriminación por parte de la sociedad mexicana en general, a esto agregamos que dado su situación irregular eran prácticamente inexistentes para el marco jurídico antes de la publicación de la nueva Ley de Migración publicada el 25 de mayo del 2011 y de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio del 2011.

Actualmente sabemos que la calidad migratoria de una persona no impide el respeto a sus derechos humanos, por lo tanto surge la interrogante de **¿Porqué persisten las violaciones a los derechos humanos de los migrantes en su tránsito por el territorio mexicano?** Y sobre todo **¿Qué acciones se deben de tomar o qué herramientas existen para contrarrestar estas violaciones?** Por supuesto que el tema se puede abordar desde el punto de vista de muchas materias, por ejemplo el sociológico, sin embargo quiero dejar en claro que el análisis que presento va enfocado únicamente a realizar un análisis de algunos aspectos jurídicos de esta problemática. Es entonces que a partir de estas interrogantes surge

³ El 24 de agosto del 2010 a través del comunicado de prensa 216/2010, emitido por la Secretaría de Marina se dio a conocer que el hallazgo de 72 cadáveres encontrados en el Ejido El Huizachal, del Municipio de San Fernando, Tamaulipas, eran de migrantes provenientes de Centro y Sudamérica, a quienes ejecutaron por la espalda. Muchos de ellos presentaban también el tiro de gracia. Los cuerpos estaban apilados y a la intemperie. Se presume que los autores fueron pistoleros del cártel de Los Zetas.

el *Leitmotiv* o motivo principal de este trabajo.

Para aproximarnos a una respuesta he planteado la problemática en 4 partes o Capítulos y en cada una de ellas se estudia una problemática en particular, de este modo:

- En el Capítulo Primero se mencionan algunos aspectos generales de conceptos clave como Soberanía, Derecho Internacional, Derecho Migratorio y Derecho al Libre Tránsito, que desde mi punto de vista son básicos para cualquier persona que desea adentrarse en el tema que nos ocupa. Además en este Capítulo también expongo el fundamento teórico y jurídico que nos permite saber que las personas migrantes cuentan con un marco legal tanto nacional como internacional, que protege sus derechos humanos, y es justo en esta parte en la cual me enfoco en un derecho humano principalmente, el Derecho al Acceso a un Recurso Efectivo, que a mi parecer es el derecho que nos permitirá conseguir un verdadero impacto en la transformación de la realidad de vulnerabilidad que viven los migrantes en situación migratoria irregular en su tránsito por México.
- En el Capítulo Segundo analizo la situación jurídica de los migrantes y del procedimiento administrativo migratorio de conformidad con la Ley de Migración y su Reglamento vigentes, para establecer las limitantes y fortalezas de nuestro marco jurídico nacional en materia migratoria, relacionada directamente con las personas en situación migratoria irregular.
- En el Capítulo Tercero dejo constancia del panorama que viven los migrantes en su tránsito por el Estado de Querétaro. En este Capítulo circunscribo mi estudio y por lo tanto la propuesta del siguiente

Capítulo, al Estado de Querétaro.

- Y por último en el Capítulo Cuarto expongo una posible respuesta al planteamiento del problema en cooperación conjunta de las Organizaciones de la Sociedad Civil y la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

Para dar paso al desarrollo del presente trabajo, es menester hacer mención que en México la política migratoria está dirigida por el Poder Ejecutivo Federal y muy particularmente a través del trabajo que desarrolla la Secretaría de Gobernación.

Dentro de los deberes de la Secretaria de Gobernación en lo referente a la política migratoria, el Reglamento de la Ley de Migración indica que la Secretaría de Gobernación deberá formular propuestas de política migratoria y recoger las demandas y posicionamientos de los Poderes de la Unión, gobiernos de las entidades federativas, municipios y delegaciones del Distrito Federal, dependencias y entidades cuyo ámbito de competencia se relacione con la materia migratoria, y de las personas físicas, del sector académico y de la sociedad civil organizada.

El Instituto Nacional de Migración, encargado de regular el ingreso y la permanencia de los extranjeros en territorio nacional, es el operador material de la política migratoria y su aplicador directo, por lo que es entendible que sea el foco de atención al momento de estudiar la correcta aplicación de la Ley Migratoria.

Sin embargo, la otra cara de la moneda también implica analizar y reconocer el trabajo que se desarrolla desde el ámbito de la sociedad civil organizada, y es precisamente el trabajo desarrollado por estas

organizaciones el que alimenta la propuesta que expongo para concluir el presente trabajo.

Sin más preámbulo doy paso al desarrollo de esta Tesis.

**CAPITULO PRIMERO: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y JURIDICA DEL
ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO PARA LOS MIGRANTES EN
SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR.**

“(…) las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, “inter alia”, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia”

Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, Párrafo 153.

Hoy día, todavía encontramos dentro del gremio de los abogados, jueces y doctrinarios de la Ciencia del Derecho, un gran número de posturas de corte iuspositivista en su mayoría, que afirman la existencia del derecho creado por el hombre, en un tiempo y lugar determinados y rechazan la existencia de un Derecho Natural y la introducción en él, de elementos subjetivos o valores, que el mismo derecho protege o los fines que persigue, como son la libertad, la justicia, el bien común, la paz, etc.

Una de estas posturas características puede ser ejemplificada con la siguiente aseveración: *“(…) los Abogados trabajamos con realidades normativas, no con realidades fácticas, pero que viven en la realidad social, formando un todo indisoluble.”*⁴ Como ésta, podemos encontrar otras

⁴ OVILLA Mandujano, Manuel “Teoría del derecho” Edit. Duero, México, 1985, 273pp. Fuente de consulta:http://www.bibliouin.com.mx/cgi-bin/koha/opacdetail.pl?biblionumber=32029&shelfbrowse_itemnumber=51135#shelfbrowser Fecha de consulta 09/06/2014.

semejantes, aunque cabe mencionar, cada vez son las menos, gracias a las últimas reformas en materia de derechos humanos.⁵

Sin embargo, es evidente que el florecimiento del Derecho Internacional como rama de la Ciencia del Derecho, se da en gran medida gracias al desarrollo de las ideas del Derecho Natural, y muy difícilmente hubiera podido encontrar sustento fuera de este, por lo que, en la actualidad resultaría difícil prescindir de estas ideas del Derecho Natural cuando se trata de explicar la naturaleza del Derecho Internacional y finalmente, como consecuencia también, del Derecho Migratorio, que si bien es cierto cada país en ejercicio de su soberanía tiene el derecho de implementar las políticas y leyes migratorias que mejor le convengan, también es cierto que en ejercicio de esa misma facultad, cada país está comprometido a tomar en consideración, al menos los estándares más básicos de respeto a los derechos humanos, y gran parte de su fundamento jurídico se encuentra dentro de instrumentos internacionales por ellos suscritos. Como bien lo menciona Agustín Basave *“Estados y comunidad internacional son sujeto y término de Derecho Natural y de Derecho positivo (...) y lo que no sea sujeto y término de Derecho Natural, tampoco puede serlo de Derecho positivo, porque éste se apoya en aquél y lo prolonga.”*⁶

⁵ La reforma constitucional en materia de derechos humanos que entró en vigor en junio de 2011 colocó en el centro de la actuación del Estado mexicano la protección y garantía de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por éste. Por ello, se trata de una reforma que impacta de manera sustantiva en la labor de todas las autoridades del país, toda vez que deben hacer efectiva la aplicación de la totalidad de las obligaciones reconocidas constitucionalmente. Fuente de consulta: <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Bloque%20de%20constitucionalidad.pdf> Reforma DH, Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), Primera edición, México 2013. Fecha de consulta 01/06/2014.

⁶ BASAVE Fernández Del Valle Agustín, Filosofía y Derecho Internacional, IJ-UNAM, México 1985, p.30.

En propias palabras del juez Trindade⁷, quien trata de dar una explicación de lo influyente que fue, y de alguna forma sigue siendo en algunas circunstancias el iuspositivismo y su impacto en el desenvolvimiento del Derecho Internacional, al afirmar que: *“El factor tiempo es, en efecto, inherente a la propia ciencia jurídica, además de elemento determinante en el nacimiento y ejercicio de los derechos (...) la corriente positivista-voluntarista, (...) al buscar cristalizar las normas de ésta emanadas en un determinado momento histórico, llegó al extremo de concebir el derecho (positivo) independientemente del tiempo: de ahí su manifiesta incapacidad de acompañar los constantes cambios de las estructuras sociales (en los planos tanto interno como internacional), por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho, no pudiendo, por lo tanto, dar respuesta a ellos; de ahí su incapacidad de explicar la formación histórica de las reglas consuetudinarias del derecho internacional”*.⁸ De lo anterior, me viene a la mente lo sucedido durante la Segunda Guerra Mundial, cuando en la Alemania nazi, imperaba la ley escrita y se dejaron de lado las consideraciones de índole no jurídicas, que en muchas ocasiones son indicadores determinantes y reflejo de los cambios sociales que exigen un cambio en la ley escrita.

De este modo, antes de adentrarnos en el estudio del tema, presento algunas consideraciones previas que resultan fundamentales para el desarrollo y comprensión del presente trabajo, para posteriormente pasar a

⁷ El Dr. Antonio Augusto Cançado Trindade nació el 17 de septiembre de 1947 en Belo Horizonte, Brasil. Es juez en la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, cargo que ocupa desde el 6 de febrero de 2009. Se ha destacado por su compromiso en la humanización del derecho internacional y su extensa trayectoria relacionada a los Derechos Humanos. Fue presidente de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y ocupó diversos cargos en varios organismos internacionales. Fuente de Consulta: http://www.unlp.edu.ar/articulo/2011/4/15/antonio_augusto_cancado_trindade_honoris_causa Fecha de consulta: 12/03/2014.

⁸ CANCADO Trindade, Antonio Augusto, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esencia y trascendencia, (votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)” Ed. Porrúa, México 2007, p. 16.

la primera parte del Capítulo PRIMERO referente a la FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA del acceso a un recurso efectivo para los migrantes en situación irregular, y posteriormente concluir este primer Capítulo con la FUNDAMENTACIÓN JURIDICA de dicho derecho humano.

I.- CONCEPTOS PRELIMINARES Y CONSIDERACIONES PREVIAS AL ESTUDIO DEL TEMA.

Al pretender hablar de los derechos de los migrantes, es ineludible hacer referencia a la rama de la Ciencia del Derecho que conocemos como *Derecho Migratorio* en particular, y por consecuencia hacer alusión también a otra grande rama de la ciencia del Derecho: El *Derecho Internacional*, y no habiendo otra forma, debemos encontrar la fundamentación de estos derechos en el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

En lo que respecta al binomio Derecho Migratorio-Derecho Internacional, dado que los Estados son los principales sujetos de este Derecho, (aunque no está de menos destacar que “los hombres no pierden su ser y razón de personas por constituirse en Estados o en organismos internacionales”⁹), resulta indispensable tener claro ciertos conceptos que se relacionan directamente con la concepción de Estado, uno de ellos es el concepto de *Soberanía*, del que vamos a resaltar solamente ciertas características que nos ayudarán a comprender mejor al Derecho Migratorio, haciendo primero hincapié en el concepto de *Estado*. Estos conceptos de Soberanía y Estado son mencionados en diversos instrumentos jurídicos que a los cuales haré referencia más adelante.¹⁰

⁹ BASAVE Fernández Del Valle Agustín, Op. Cit., p. 30.

¹⁰ Como la Ley de Migración vigente que en su artículo 1 establece que: “Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de observancia general en toda la República y tienen por objeto regular lo

En el curso de Teoría del Estado que por lo general se incluye en todos los programas de estudio de Licenciatura en Derecho, y que sí se incluye lo que respecta a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, se estudian los elementos del Estado que a su vez se dividen para su mejor comprensión en:

- a) *Elementos previos*, entre los que encontramos la Población y el Territorio;
- b) *Los Elementos constitutivos*, conformado por el Fin del Estado, el Bien público temporal, y la Autoridad o poder público;
- c) Y por último derivado de sus rasgos que lo caracterizan, se estudian los *Caracteres esenciales* del Estado, que a saber son tres: Personalidad moral, Soberanía y Sumisión al Derecho.

En este punto surge la necesidad de determinar el concepto de **Estado**, que al ser un tema tan amplio, rebasa el objeto del presente trabajo, por lo que únicamente mencionaré la idea que sobre este concepto, mantiene Andrés Sierra Rojas: “El Estado es un producto social, una obra humana que se integra a lo largo de un proceso histórico, pletórico de luchas sociales y de intensa transformación de los grupos. El determinar lo que el Estado pueda hacer, es materia de disciplinas diversas, que comprenden la totalidad de la vida humana. Es necesario, por tanto, la determinación de cuál debe ser la extensión y los modos para concretar y realizar los fines del Estado”¹¹.

En este capítulo, también retomo el concepto de **Soberanía** como carácter

relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros 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.

¹¹ SIERRA Rojas, Andrés “Derecho Administrativo- Primer curso” Porrúa, México 2009, p. 19.

esencial del Estado y como atributo del poder, es decir, como una característica inherente al ejercicio del Poder, “como un enunciado de poder o adjetivo que comprende únicamente al poder del Estado y lo distingue con su presencia de los otros poderes”¹², lo anterior con la finalidad de comprender mejor la importancia que juega este concepto en el plano del Derecho Internacional y las obligaciones internacionales que derivan de los tratados.

El primer pensador que introdujo la Soberanía como cualidad esencial del Estado fue Juan Bodin o Bodino, cuando afirmaba que solo es República, es decir, Estado, aquella que tiene un poder soberano, y en su obra “Los Seis Libros de la República” definió a la Soberanía como *potencia absoluta y perpetua de una República*.

Para Bodino, la Soberanía mantiene la unidad de un Estado, además de ciertas características que le atribuye como indivisibilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad, no obstante reconoce que ésta puede delegarse en una persona.

En lo que respecta a las funciones de la Soberanía, Francisco Porrúa nos indica que Bodino “considera que la función de la Soberanía es producir las leyes, a las que no queda sometida, y en este sentido, el monarca que hace las leyes permanece siendo soberano aún cuando esas leyes son las positivas y que su actividad se encuentra limitada por el derecho divino y natural, que está por encima de las leyes positivas”¹³

Las ideas de Bodino, si bien fueron de gran ayuda en el progreso del concepto de Soberanía como carácter esencial del Estado, actualmente se

¹² PORRUA Pérez, Francisco “Teoría del Estado, Porrúa, México 2013, 37 edición, p. 353.

¹³ *Ibíd.*, p. 344.

reconoce que contienen ciertos errores y se entiende que junto con las ideas posteriores de Thomas Hobbes dieron pauta al surgimiento de los Estados absolutistas.

Por otra parte, Francisco de Vitoria, en su *Relecciones* establece que “No hay potestad sino de Dios”. De esta forma el poder es otorgado por Dios, quien a su vez lo delega en una persona para su ejercicio.

Mucho tiempo después aparecen las teorías contractualistas con pensadores como Hobbes, Locke y Rousseau quienes buscan una fundamentación del concepto y origen de Soberanía, sin embargo, tampoco profundizaré en el estudio de estas teorías ya que en este punto, no son indispensables para el objetivo del presente trabajo.

Retomando el punto de la Soberanía estudiada como atributo del Poder, Porrúa Pérez nos deja en claro que primero que nada hay que ser conscientes de que al hablar de Soberanía estamos refiriéndonos invariablemente al concepto de Poder, es decir, Soberanía es Poder, pero no cualquier Poder, es un Poder Soberano o dicho de otra manera, un Poder sobre todos los poderes.

Ahora bien, es bien sabido que al hacer referencia a la Soberanía de un Estado, la mayoría de las veces se diferencia entre Soberanía interna y Soberanía externa, y se llega a creer que en el plano del Derecho Internacional los Estados muestran su Soberanía externa, sin embargo, actualmente las relaciones internacionales entre sujetos de Derecho Internacional se entienden más bien sobre un plano de igualdad, y se va más allá del concepto de Soberanía, se podría decir que se trastoca este concepto y no se trata ya solamente de la relación de Estado Soberano a Estado Soberano, de suerte tal que autores de la talla de Leonel Pereznieta

afirman que “las personas físicas en lo individual también son sujetos del derecho internacional en la medida que existe un mayor compromiso de los Estados nacionales en lo individual y en lo colectivo para la defensa de los Derechos Humanos”¹⁴, es por eso que Alejandro Etienne Llano afirma que: “es necesario (...) que los Estados dejen de atrincherarse en la Soberanía, y que se constituya una instancia superior a los gobiernos de los Estados; una jurisdicción internacional supranacional, en donde el individuo, como tal, tenga acceso.”¹⁵

Pasando a otro concepto fundamental al cual nos estaremos refiriendo a lo largo del presente trabajo, y que constituye un concepto clave para el desarrollo del mismo, es hora de pasar al concepto de *derechos humanos*, el cual vamos a ver concretizado dentro del **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, mismo que nos adentraremos habiendo ya establecido previamente las nociones de *Estado*, *Soberanía* y *Derecho Internacional* a los que me he referido en los párrafos anteriores de este mismo capítulo.

La mayoría de los autores dedicados al estudio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos coinciden en que el fundamento filosófico de los Derechos Humanos surge a partir del derecho natural, bajo esta premisa surge entonces la necesidad de dar un concepto de lo que se entiende por Derecho Natural, al respecto Alejandro Etienne Llano afirma que: “La doctrina del derecho natural ha sido concebida e interpretada principalmente por dos escuelas: una, la que corresponde a la doctrina clásica, cuya característica básica es la fundamentación metafísica del derecho en la naturaleza del hombre y en el sentido y finalidad de su vida; y la otra, denominada doctrina del derecho natural racionalista, que se inició en los

¹⁴ PEREZNIETO Castro, Leonel “Derecho Interncaional Privado. Parte general, Oxford, México 2003, 8ª edición, p. 19.

¹⁵ ETIENNE Llano, Alejandro “La protección de la persona humana en el Derecho Internacional, Los Derechos Humanos”, Editorial Trillas, México 1987, p. 7.

siglos XVII y XVIII, con Grocio, Puffendorf y otros, que afirmaba que todas las relaciones jurídicas deben ser juzgadas exclusivamente por las reglas de la razón, de lo naturalmente recto, que se impone entre los hombres por su propia naturaleza.”¹⁶ Más adelante expondré dentro del voto concurrente del Juez Trindade que dentro del pensamiento de Hugo Grocio, el derecho natural deriva de la razón humana, ya que lo considera un “dictado de la recta razón”, misma que impone límites a la “conducta irrestricta de los gobernantes de los Estados”

Con lo anterior, Alejandro Etienne nos quiere decir que la doctrina clásica fundamenta al derecho natural y por ende a los derechos humanos, por el simple hecho de ser personas y que se imponen a todo ser humano consciente de su propia naturaleza. En propias palabras del autor: “por derecho natural entendemos un conjunto de principios inmutables que corresponden a las exigencias de la naturaleza social del hombre, dicho en otras palabras...el derecho natural está integrado por aquellas normas jurídicas fundamentales que todo hombre conoce en virtud de su conciencia del derecho...entre otros principios, el supremo es el principio del *suum cuique*¹⁷: da, o deja, a cada uno lo suyo.”¹⁸

Algunos historiadores afirman que el primer antecedente de los derechos humanos lo encontramos en el cilindro de Ciro “El Grande”, primer rey de Persia quien dejó grabado en este documento algunos de sus decretos más significativos entre ellos se encuentran aquél mediante el cual liberó a los esclavos de Babilonia, aquel en el cual declaró que todas las personas

¹⁶ *Ibíd.*, p. 15

¹⁷ EL principio *suum cuique* es un principio primigenio de la comunidad humana y del derecho natural, para el autor este principio no se refiere, como se pretende muchas veces, exclusivamente al derecho de propiedad, sino a todos los derechos del hombre; que comprende derechos comunitarios, como lo son los de la familia, los de las minorías raciales, entre otros, aunque, si bien es cierto, el *suum* se expresa en modo muy particular en los derechos de libertad, en los derechos individuales del hombre.

¹⁸ ETIENNE Llano, Alejandro, Op. Cit., p. 27.

tenían el derecho a escoger su propia religión, y en el que estableció la igualdad racial.

Otro documento de gran trascendencia que es considerado también como uno de los antecedentes de los derechos humanos es la *Carta Magna*, suscrita por Juan sin Tierra en Inglaterra en 1215, y que es considerada actualmente como “la pauta del reconocimiento positivo de algunos de los derechos fundamentales (...) en efecto, en la *Carta Magna* no se proclaman derechos con alcance filosófico y universal. Se trata de confirmaciones de antiguas costumbres de institutos jurídicos que tutelan al individuo frente al poder del soberano (...) sin embargo la *Carta Magna* constituyó un freno al poder absoluto del soberano y, aunque lejos de tutelar la variada gama de derechos fundamentales, constituye un avance decisivo, la pauta histórica en el camino del hombre hacia un efectivo respeto de sus derechos fundamentales.”¹⁹

Posteriormente se proclaman diversas declaraciones entre las que encontramos la *Petition of Right* de 1628 que confirmó y amplió las garantías reconocidas en la *Carta Magna*, y el Bill of Rights de 1791 que es conocido también como las 10 primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos y que garantizan un gran número de libertades personales, limitan el poder del gobierno en procedimientos judiciales y de otras índoles, y reservan ciertos poderes y facultades a los Estados.

Siguiendo el análisis que Alejandro Etienne realiza sobre los antecedentes de los derechos humanos y su positivización nos comenta que en el campo de la doctrina “cabe destacar al célebre humanista Erasmo de Rotterdam, quien aboga en defensa de la tolerancia civil; a Francisco Suárez, S. J. (1548-1621), quien formula la distinción entre poder temporal y poder

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 32-33.

espiritual, y señala los límites de la autoridad entre los derechos de la conciencia; a John Locke (1632-1704), quien sienta las bases filosóficas de la democracia liberal; a Hugo Grocio (1583-1645); a Montesquieu (1689-1755), a quien le debemos la idea de la separación y equilibrio de los poderes públicos; a Francisco de Victoria, quien desarrolla la idea del derecho internacional público, mediante sus famosas reelecciones”²⁰

Posteriormente surge el movimiento independentista de las colonias norteamericanas cuyo culmen se logra a través de la proclamación de las declaraciones de independencia entre las más significativas encontramos la *Declaración de Virginia* realizada el 12 de junio de 1776, posteriormente el 4 de julio de 1776 se proclama la Independencia de Estados Unidos y en 1787 se promulga la primera Constitución de los Estados Unidos.

Mientras tanto en Francia y como resultado de la Revolución francesa, el 26 de agosto de 1789, la Asamblea Constituyente aprobó la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* para muchos críticos de este documento el mismo “se limita a enunciar los derechos individuales, sin expresión correlativa de los deberes. Pero esto fue lo propio del ambiente de aquella época. Su texto responde a un proceso histórico favorable al reconocimiento de la personalidad y libertades humanas”²¹

Continuando con el mismo análisis que nos propone Alejandro Etienne, considera a la Convención de Ginebra de 1864 como “el primer avance de nuestra historia, estrictamente jurídica (internacional) (...) destinada a la protección de los más elementales derechos individuales en caso de conflicto armado. Dicha Convención fue resultado del estremecimiento de la

²⁰ *Ibíd.*, p. 34.

²¹ *Ibíd.*, p. 35.

conciencia internacional ante los horrores de la guerra de Crimea²² (1854-1856), que produjo un millón de muertos, de los cuales cuatro quintas partes fueron víctimas de la gangrena, la pulmonía, el cólera, el tifus y otras enfermedades.”²³

Lo anterior, determinó la creación del Comité de la Cruz Roja y el surgimiento del Derecho Internacional Humanitario, muchos doctrinarios consideran al Derecho Humanitario como parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Posteriormente ya entrado el siglo XX, después de la Segunda Guerra Mundial, surge una conciencia internacional que impulsa a los estados a crear la Organización de Naciones Unidas y el 26 de junio de 1945 en San Francisco se firmó la Carta de las Naciones Unidas sin embargo dicho documento no contiene un catálogo de lo cuáles son los derechos humanos reconocidos y su alcance jurídico para su protección y vinculación con los demás Estados.

Ante la ausencia de un catálogo o protección concreta a los derechos humanos, se conformó una comisión especial denominada Comisión de Derechos Humanos, que preparó un proyecto de declaración que fue presentado a la Asamblea General de la ONU, dando como resultado la proclamación de la Declaración Universal de Derechos del Hombre el 10 de diciembre de 1948. Este es el primer catálogo de Derechos Humanos en el mundo y con el cual se logra una mayor certeza para la determinación,

²² La Guerra de Crimea fue un conflicto bélico entre el Imperio ruso, regido por la dinastía de los Románov, y la alianza del Reino Unido, Francia, el Imperio otomano (al que apoyaban para evitar su hundimiento y el excesivo crecimiento de Rusia) y el Reino de Piamonte y Cerdeña, que se desarrolló entre octubre de 1853 y febrero de 1856. La mayor parte del conflicto tuvo lugar en la península de Crimea en el mar Negro. (Fuente de consulta: http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_de_Crimea fecha de consulta: 09/09/2013.)

²³ ETIENNE Llano, Alejandro, Op. Cit., p. 36.

protección y difusión de los derechos humanos.

I.I.- SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL, EL DERECHO MIGRATORIO Y EL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO COMO OBJETO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO MIGRATORIO.

Al comenzar este capítulo, establecí que trabajaré con conceptos relacionados al Derecho Migratorio, al Derecho Internacional y específicamente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para empezar, en lo personal, surgen varias preguntas respecto de la naturaleza de estas ramas del Derecho, concretamente sobre ¿En dónde se ubica al Derecho Migratorio, es decir, ¿Dicha rama del Derecho forma parte del Derecho Internacional o del Derecho Interno de cada Estado?, y también surgen cuestionamientos sobre ¿Cuál es el fundamento que faculta a un Estado para limitar el Derecho al libre tránsito? Para tratar de contestar estas interrogantes es necesario adentrarnos a analizar, aunque sea de forma escueta, la naturaleza del Derecho Internacional y su relación con el Derecho Migratorio.

A) EL DERECHO INTERNACIONAL:

El **Derecho Internacional** es una parte del Derecho. Es una rama del Derecho Público. Surge de la necesidad de los Estados de establecer ciertas reglas y principios que los rijan entre sí, en lo que respecta a la interacción de sus respectivas soberanías y legislaciones internas en el marco de una comunidad internacional.

Para Agustín Basave, el concepto de Derecho Internacional es aún más

amplio dado que incluye además de las relaciones entre Estados, los conflictos derivados de la aplicación interna de las legislaciones de cada uno de los Estados que mantienen dichas relaciones de Derecho Internacional, de esta manera para él el conocimiento científico del Derecho Internacional contempla la regulación de las relaciones de los Estados entre sí, tanto respecto a sus derechos y deberes como a los conflictos de sus respectivas soberanías y legislaciones internas “el Derecho Internacional es una mera resultante de la coordinación sustentada en un reconocimiento mutuo”²⁴

Por otra parte, siguiendo la línea que nos proponen autores internacionalistas para vislumbrar el alcance de la naturaleza y concepto del Derecho Internacional, encontramos las aportaciones de Leonel Péreznieto, quien en su obra de Derecho Internacional Privado parte general²⁵, enuncia ciertas características y naturaleza del Derecho Internacional, entre las que destaco:

- A) No existe un conjunto definido de normas ni éstas constituyen un sistema.
- B) No existe un órgano que legisle a nivel internacional con efectividad y obligatoriedad para todos los Estados pertenecientes a la comunidad internacional.
- C) No existe un órgano que ejecute la aplicación de normas internacionales sin que prevalezca el interés político.
- D) Las normas de derecho internacional tienen, en principio, como ámbito de aplicación, los territorios de aquellos países que las acepten y los espacios comunes de los Estados.

²⁴ BASAVE Fernández Del Valle Agustín, Op. Cit., p. 61.

²⁵ PEREZNIETO Castro, Leonel, Op. Cit., p.17.

Respecto del inciso A) sabemos muy bien que no existen leyes o códigos uniformes, a pesar del esfuerzo realizado para unificar ciertas disposiciones, tal como lo hemos visto a lo largo de la historia, por ejemplo en el continente americano con las Conferencias Internacionales Americanas, que si bien han dado resultados buenos, no han sido los objetivos principales, los que se han cumplido.

Mientras que el inciso B) es muy claro, puesto que hace referencia a la inexistencia de un órgano legislativo internacional, por otra parte el inciso C) se refiere a un órgano judicial con un carácter verdaderamente coercitivo que rijan por igual a todos los países a nivel internacional.

Derivado del inciso C) sabemos que al igual que las jurisdicciones de las cortes internacionales solamente aplican cuando se ha aceptado dicha jurisdicción por parte de los Estados, igualmente las disposiciones contenidas en los tratados internacionales solamente aplican para aquellos países que suscribieron dichos instrumentos.

Sin embargo, a pesar del panorama que nos señala Leonel Péreznieta, con estas cuatro características del Derecho Internacional, actualmente se puede afirmar que en todas las ramas del derecho interno de un Estado, hay preceptos que reflejan normas contenidas en tratados internacionales, sin embargo las relaciones internas del Estado se regulan por las disposiciones de derecho interno. Al respecto G. I. Tunkin afirma: "Si algunas veces las normas del derecho internacional, como tales, influyen en la esfera interna de los Estados, esto ocurre en virtud de que el derecho interno de tal o cual Estado lo previene"²⁶.

²⁶ G.I. TUNKIN, "El Derecho y la Fuerza en el Sistema Internacional", versión castellana de Manuel Becerra Ramírez, UNAM, México 1989, p. 36.

Por lo anterior, y adentrándonos ahora al concepto y naturaleza del **Derecho Migratorio**, podemos afirmar que el Derecho Migratorio, forma parte del Derecho Interno de cada Estado, sin embargo esta rama no es “autónoma”, por ejemplo, **en el caso particular de México, esta rama del Derecho contiene y se nutre de elementos del Derecho Internacional concretamente provenientes de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos**, de esta forma el Derecho Internacional influye en la esfera del Derecho Interno dado que el mismo Derecho Interno así lo previene, un caso concreto es el artículo 6 de la Ley de Migración vigente, que a la letra dice: “*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*”²⁷

Por otra parte, al dejar establecido que en el caso concreto de México, el Derecho Migratorio contiene elementos del Derecho Internacional, podemos preguntarnos sobre si dicha influencia proviene del *Derecho Internacional Público*, o del *Derecho Internacional Privado*.

Para Francisco Cuevas Cancino, tradicionalmente existe una distinción entre *Derecho Internacional Público* y *Derecho Internacional Privado* que “asienta que el Derecho Internacional Público norma las relaciones de los Estados y de otros sujetos de Derecho Internacional entre ellos, en tanto el Derecho Internacional Privado consiste en las normas que dichos Estados desarrollan como parte de su legislación para resolver aquellos problemas que incluyen un elemento extranjero”²⁸

²⁷ MÉXICO: Ley de Migración. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011.

²⁸ CUEVAS Cancino, Francisco “Manual de Derecho Internacional Privado Mexicano”, Porrúa, México 2007, p.4

A lo largo de la historia de la humanidad, y en materia jurídica tomamos como referencia a los romanos, ha existido siempre la tendencia de clasificar las ramas del derecho siguiendo el legado de Ulpiano en *ius publicum* y *ius privatum* sin embargo, actualmente se ha superado esta tendencia, por ejemplo, Fernando Castellanos afirma que “El Derecho integra un todo armónico; su misión es única. Razones prácticas han motivado su división, sin existir una diferencia esencial entre sus diversas partes”²⁹

Raúl Cervantes Ahumada considera que “la distinción entre derecho público y derecho privado carece de base científica, ya que, por definición, el derecho es un fenómeno público; algo que el hombre ha hecho para la humana convivencia, y que procede siempre de un poder público efectivo. La división entre derecho público y derecho privado ha tenido en la historia del derecho una razón de ser y una utilidad didácticas, pero jamás ha podido establecerse, ni un criterio distintivo rígido, ni una frontera que delimite los pretendidos campos. Todo el derecho es público.”³⁰

A partir de estas consideraciones podría, a manera de introducción decir que el Derecho Migratorio contiene y se nutre de elementos del Derecho Internacional concretamente provenientes de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, y que dado que las distinciones entre Derecho Público y Derecho Privado son meramente para fines didácticos, basta decir que el Derecho Migratorio tiene elementos del Derecho Internacional.

²⁹ CASTELLANOS, Fernando “Lineamientos elementales de derecho penal” (parte general), 39ª Edit. Ed. Porrúa, México 1998, p.86-87.

³⁰ CERVANTES Ahumada, Raúl “Derecho Mercantil”, primer curso, 4ta Edic., Ed. Herrero, México 1990, p.21

B) EL DERECHO MIGRATORIO:

Ya entrando en este concepto, podemos afirmar que el **Derecho Migratorio** como ciencia del Derecho es una disciplina relativamente nueva, que al menos en México, aún se encuentra en proceso de formación, autores como Jorge Armando Silva Carreño afirman en defensa de la autonomía de esta ciencia que “no será posible una concepción clara del Derecho Migratorio, sino se tiene en cuenta un mínimo de ideas filosóficas, para poder construir una verdadera ciencia, que permita el desenvolvimiento de una teoría acerca de nuestra disciplina, que reciba los ricos aportes de la filosofía en la divulgación de sus más difíciles problemas que se encargue de hurgar para llegar hasta los ápices racionales de esta disciplina”³¹

Actualmente se considera al Derecho Migratorio como una rama del Derecho Administrativo, y sabemos que al Derecho Administrativo se le ubica y clasifica internamente dentro del Derecho Público. Sin embargo para efectos prácticos cabe rescatar lo que afirma Jorge Armando Silva Carreño: “la ubicación del derecho Migratorio en el contexto del Derecho en general y dentro de las Ciencias del Derecho, es para nosotros sólo un componente del continente Derecho, como lo son las demás ciencias jurídicas, solo que esta disciplina aún está en proceso de formación”.³² Con lo cual nos indica que dado su relativamente nuevo desenvolvimiento, es innecesario catalogarlo en este momento.

Oscar Vidal Adame considera al Derecho Migratorio como “El conjunto de normas de derecho público que regulan el tránsito internacional de personas (nacionales y extranjeros); establece las modalidades y condiciones a que se sujetará el ingreso, permanencia o estancia y salida de extranjeros; y lo

³¹ SILVA Carreño, Jorge Armando “Derecho Migratorio Mexicano”, Editorial Porrúa, México 2004, p.

11

³² *Ibíd.*, p. 15

relativo a la emigración y repatriación de nacionales”³³ Si analizamos un poco esta definición, sabremos que contiene elementos más concretos de la materia, y que ubica al Derecho Migratorio dentro de la rama del Derecho Público, toda vez que la materia es de interés público y seguridad nacional.

Para Rafael I. Martínez Morales, el Derecho Migratorio es la “rama del derecho administrativo que regula (o estudia) el fenómeno de los movimientos poblacionales; incluye la estancia de extranjeros en el país y la salida y retorno de individuos en la república”³⁴

Sin embargo, retomando el análisis de la teoría de Jorge Armando Silva Carreño, descubrimos que desde su punto de vista, se pueden armar dos definiciones de Derecho Migratorio, a) Una atendiendo al sentido objetivo (**derecho objetivo**) de la cual se desprendería la siguiente conceptualización: El Derecho Migratorio son “normas que regulan los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, la aplicación de las políticas poblacionales o demográficas, incluyendo la migración de personas por el Estado mexicano, la condición o situación jurídica de extranjeros durante su estancia en el mismo, así como la emigración y repatriación de los nacionales”, y b) Por otra parte cabría una segunda definición o concepto atendiendo al derecho como **ciencia jurídica** en la cual además de los elementos de la primera conceptualización comprendería los conceptos, principios y teorías relativas a la fundamentación ideológica del derecho objetivo y el análisis comparativo entre los diversos órdenes jurídicos sobre el

³³ VICTAL Adame, Óscar “Derecho Migratorio Mexicano”, Miguén Ángel Porrúa y la Universidad Anáhuac del Sur, México 1999, p.65 / en CARRILLO Espinosa, Gabriel “Reconceptualización del Derecho Migratorio en México” artículo, Fuente consultada: <http://epikeia.leon.uia.mx/old/numeros/10/epikeia10-reconceptualizacion.pdf> Fecha consultada: 09/06/2014.

³⁴ MARTINEZ Morales I. Rafael, “Diccionario de Derecho Administrativo y burocrático”, Edit. Oxford, México 2008, p.118.

tema.

Con estas conceptualizaciones concluimos que internamente se ubica al Derecho Migratorio dentro del Derecho Administrativo y por ende, dentro del Derecho Público, y que si bien es cierto su reciente desenvolvimiento en México, actualmente esta incluyendo elementos de Derecho Internacional, concretamente de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

C) EL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO COMO OBJETO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO MIGRATORIO:

Al referirnos al Derecho Migratorio, como lo veíamos en el inciso B) de este apartado, muchos autores incluyen dentro de su conceptualización, elementos como tránsito internacional de personas o movimientos poblacionales, modalidades y condiciones de ingreso, permanencia o estancia y salida de extranjeros, emigración, repatriación de nacionales, etcétera, todo esto se resume en un derecho: El Derecho al Libre Tránsito. Este derecho constituye el objeto del Derecho Migratorio, ahora analizaremos de dónde proviene su fundamento jurídico.

El primer párrafo del **artículo 11 Constitucional** da sustento jurídico al objeto del Derecho Migratorio, por lo que, dada su importancia lo transcribo a continuación:

*“Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de **este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial**, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y **a las de la autoridad***

administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.”

De la lectura de este artículo, resalto en negritas dos elementos que nos ayudaran a realizar un análisis que más adelante presento: 1) “este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial; y 2) Este derecho estará subordinado “a las de la autoridad administrativa”. Estos dos elementos representan una limitante a este derecho y el mismo artículo faculta a la autoridad tanto judicial como administrativa, para realizarlo.

Más adelante, en el **punto VI.I.** de este mismo Capítulo al abordar el **Fundamento jurídico del Derecho al Acceso a un Recurso Efectivo y el Derecho a la Libertad y a la Seguridad para los migrantes en situación irregular**, mencionaré brevemente el contenido de este Derecho al Libre Tránsito y sus limitantes contenidas en algunos instrumentos internacionales de protección a los Derechos Humanos, como son la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, en el ámbito regional, y el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, en el ámbito del sistema universal de Derechos Humanos, en ambos casos sus estructuras se presentan de forma muy similar al contenido en el artículo 11 Constitucional que analizamos en este punto.

II.- LA LIMITACION AL DERECHO DE LIBRE TRÁNSITO VISTO COMO UN ACTO DE SOBERANÍA.

Habiendo analizado brevemente la naturaleza y conceptos del *Derecho*

Internacional y del Derecho Migratorio, surge entonces, desde mi punto de vista, la cuestión sobre qué bases o sustento jurídico o incluso teórico facultan a un Estado para limitar el Derecho de libre tránsito de las personas.

Al respecto podría dar algunas posibles respuestas en base a los conceptos previos analizados y a lo expuesto respecto de la naturaleza de estas ramas de la ciencia jurídica.

Una de estas posibles respuestas sería, que partiendo de la base que nos indica que la Soberanía es un carácter esencial del Estado que representa el Poder para determinarse, todo Estado en ejercicio de su Soberanía está legítimamente facultado para imponer las normas y disposiciones necesarias que le permitan conseguir sus fines. Para la consecución de sus fines es indispensable el mantenimiento del orden público, por lo que las actividades permitidas por un Estado no deben ir en contra de su orden público.

En otras palabras, las limitaciones que imponga un Estado al ejercicio del Derecho al libre tránsito, definitivamente son un acto de Soberanía, y para que dicho acto esté legitimado debe estar plasmado en una norma jurídica, pero no cualquier norma jurídica, sino que debe estar contemplada en la Ley Suprema, es decir, la Constitución.

Si volvemos a dar lectura al artículo 11 Constitucional, que ya dijimos es el sustento jurídico del objeto del Derecho Migratorio, podremos identificar que se otorga un derecho y se impone una limitación a ese derecho. Al mismo tiempo que el texto constitucional establece el Derecho de libre tránsito, impone ciertas limitaciones al mismo, de esta forma, se actualiza el primer párrafo del artículo primero constitucional que a la letra dicta:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los

*derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, **cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.***”

En este orden de ideas de la lectura del primer párrafo del artículo primero constitucional, y siguiendo el análisis que nos propone Jorge Armando Silva Carreño, en su texto *Derecho Migratorio Mexicano*, al cual me he referido en previamente en este mismo Capítulo Primero, respecto del primer párrafo del artículo 11 constitucional, llegamos a coincidir en que: a) Primeramente, existe efectivamente la libertad de tránsito; b) Segundo, que existen dos limitaciones a esta libertad establecidas por el mismo texto constitucional y que derivan del ejercicio de las facultades, mismas que le son otorgadas mediante el texto constitucional, en este caso las limitaciones al libre tránsito son:

1.- Las limitaciones al derecho al libre tránsito derivadas de las facultades otorgadas a las autoridades judiciales, en los casos de responsabilidad criminal o civil y;

2.- Las limitaciones al derecho al libre tránsito derivadas de las facultades otorgadas a las autoridades administrativas.

A continuación analizaremos brevemente cada una de estas limitantes al derecho de libre tránsito.

II. I.- ANALISIS DE LAS LIMITANTES AL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 11 CONSTITUCIONAL.

A continuación analizaremos dichas limitaciones al Derecho al Libre Tránsito.

A).- DE LAS LIMITACIONES DE LA AUTORIDAD JUDICIAL:

Respecto de las limitaciones que la **AUTORIDAD JUDICIAL** puede establecer a la libertad de tránsito tenemos las siguientes:

1.- Como consecuencia de la comisión o probable comisión de un delito:

La autoridad judicial penal en el Estado de Querétaro, puede limitar la libertad de tránsito a través de la imposición de cualquiera de estas penas o medidas de seguridad:

- **Prisión:** Consiste en la privación de la libertad, su duración será de tres días a cincuenta años, y se extinguirá en los establecimientos que señale el órgano ejecutor de sanciones.
- **Semilibertad:** Implica alternación de periodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. Se aplica según las circunstancias del caso en particular. No podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión substituida.
- **Cofinamiento:** Consiste en la obligación de residir en determinada circunscripción territorial y no salir de ella. Esta medida no excederá

de cinco años conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con las circunstancias personales del sentenciado.

- **Prohibición de ir a una circunscripción territorial determinada o de residir en ella:** El órgano jurisdiccional, tomando en cuenta las circunstancias del delito y las propias del delinciente, podrá disponer que éste no vaya a una circunscripción territorial determinada o que no resida en ella; esta prohibición no excederá de cinco años.
- **Arraigo:** Al respecto el artículo 16 Constitucional establece que la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

2.- En materia civil, la autoridad judicial en el Estado de Querétaro:

De acuerdo al artículo 76 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro, puede limitar la libertad de tránsito a través cualquiera de los siguientes medios de apremio que juzguen eficaz, entre las que se encuentra el inciso IV, que implica una limitante a la libertad, y que corresponde al arresto hasta por treinta y seis horas, lo anterior a criterio de juez a fin de hacer cumplir sus determinaciones.

Como podemos observar dentro de las limitantes que la autoridad judicial puede imponer al derecho al libre tránsito encontramos aquellas que limitan de igual forma la libertad en sí, tal como la prisión, la semilibertad y el arresto por hasta treinta y seis horas, y las que limitan el derecho propiamente de libre tránsito, como el cofinamiento, el arraigo y la prohibición de ir a una circunscripción territorial determinada. De esta forma concluimos también que la libertad de libre tránsito es un tipo de libertad, y que las limitantes impuestas por la autoridad judicial, ya sea penal o civil, pueden incluir a cualquiera de estos tipos de libertad.

Resaltar lo anterior va a ser de gran utilidad para el Capítulo Tercero cuando hablemos de la Detención Prolongada y Arbitraria de los extranjeros en las Estaciones Migratorias, como una violación a sus derechos humanos, incluidos el Derecho al Libre Tránsito.

B).- DE LAS LIMITACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

En lo que respecta a las limitaciones que la **AUTORIDAD ADMINISTRATIVA** puede llevar a cabo a la libertad de tránsito, derivado de la facultad que se le otorga de acuerdo al artículo 11 constitucional, tenemos principalmente la siguiente:

1. La presentación de los migrantes en situación migratoria irregular en las Estaciones migratorias:

Como medida administrativa dictada por el Instituto Nacional de Migración, mediante la cual se acuerda el alojamiento temporal de un extranjero que no acredita su situación migratoria regular en el país, con el objetivo de regularizar su estancia u ofrecer asistencia para su retorno al país de donde

es originario.

De acuerdo con el artículo 68 de la Ley de Migración, la presentación de los migrantes en situación irregular sólo puede realizarse por el INM, debe constar en actas y no podrá exceder del término de 36 horas contadas a partir de su puesta a disposición.

Más adelante en el Capítulo Segundo dentro del punto I.III analizaré brevemente la presentación de los migrantes en situación migratoria irregular como parte del Procedimiento administrativo migratorio.

II. II.- OTROS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA LIMITACIÓN AL LIBRE TRÁNSITO.

Independientemente de que la libertad sea una cualidad del hombre, un valor universal o un fin mismo “El término libertad conjuntado al de tránsito, nos da la significación de una de las especies de la libertad en general, el resultado por lo tanto, es la libertad jurídica en específico y ésta es esencia del Derecho Migratorio Mexicano”³⁵.

Esta libertad se puede “objetivar” (en sentido literal de algunos positivistas), es decir, se puede superar el plano subjetivo para plasmarlo de manera escrita fundado en criterios previamente establecidos, dando como resultado ordenamientos jurídicos que contengan libertades específicas, tal como ocurre con los derechos subjetivos públicos consagrados en la Constitución, y por consecuencia desarrollados en las leyes secundarias, que una vez plasmados en dichos ordenamientos, pueden ser reclamados por cualquier

³⁵ SILVA Carreño, Jorge Armando, Op. Cit., p. 21.

persona que se encuentre en dichos supuestos.

Ahora bien, para el tema que desarrollamos en este trabajo, nos enfocaremos a la actividad del Instituto Nacional de Migración que por su cumplimiento puede limitar el derecho al libre tránsito de los migrantes en su tránsito por el territorio mexicano, para lo cual sigue presente el cuestionamiento siguiente: ¿Cuál es el fundamento legal que faculta a la autoridad migratoria para limitar el Derecho al libre tránsito tenemos? A lo anterior, tenemos los siguientes fundamentos jurídicos:

- a) Principalmente el primer párrafo del artículo 11 constitucional que ya mencione en el punto II.I. de este mismo capítulo;
- b) Después, tenemos la fracción XVI del artículo 73 constitucional, este último otorga facultad al poder legislativo “para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.” Ahora bien, de esta facultad nace la posibilidad de que sea el poder legislativo quien emita las disposiciones legales que regirán la materia, como es el caso de la Ley de Migración y su Reglamento.

III.- CONSIDERACIONES BÁSICAS PARA LA APROXIMACIÓN DEL CONCEPTO DE MIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR.

Hay ciertos conceptos relacionados directamente con el Derecho Migratorio, que es necesario aclarar antes de adentrarnos al tema del derecho de libre tránsito de las personas.

En este punto Jorge Armando Silva Carreño nos ilustra diferenciando lo que se entiende por “libre tránsito”, de lo que se entiende por “migración”, siendo que el primero, es decir el libre tránsito, “no necesariamente implica un cambio en la residencia habitual”, en tanto que el segundo, es decir, la migración, “según parece implica el dejar un lugar de origen” y continúa “el viajar no implica migrar, el transitar tampoco”³⁶

Una vez planteado lo anterior, podemos considerar los siguientes conceptos que resultan claves dentro del desarrollo del presente trabajo:

- a) **Migración.** f. (lat. Migratio). Acción de pasar de un país a otro para establecerse en él. Una migración se compone de una emigración o salida del país de origen, y una inmigración en el país de llegada.³⁷

Migración también es el “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”.³⁸

- b) **Migrante.** Al individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación.³⁹

Como en muchas otras materias, a nivel internacional no existe una definición universalmente aceptada de migrante. Sin embargo, hay quienes como Agustín Basave en su texto *Filosofía y Derecho Internacional*, referido anteriormente en este mismo Capítulo, que

³⁶ *Ibíd.*, p.16

³⁷ Pequeño Larousse Ilustrado, 1969, 6ta tirada, Editorial Larousse.

³⁸ Fuente de consulta: <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/key-migration-terms-1.html#Migraci%C3%B3n>. Fecha de consulta 29/06/2013.

³⁹ MÉXICO: Ley de Migración, Artículo 3.

afirman que este término abarca usualmente todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida, por "razones de conveniencia personal" y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello, de forma tal que este término lo aplican a las personas y a sus familiares que van a otro país o región con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales y sus perspectivas y las de sus familias, dejando en otro concepto aquellas personas que sí salen, transitan y llegan al territorio de un Estado distinto al de su residencia por factores externos que lo obligan a ello, tal podría ser el caso de los refugiados, apátridas y solicitantes de asilo.

- c) **Extranjero.** A la persona que no posea la calidad de mexicano, conforme a lo previsto en el artículo 20 de la Constitución.⁴⁰

- d) **Ciudadanía.** Se puede afirmar que la ciudadanía indica la cualidad genérica de los ciudadanos, entendiéndose por ciudadano, etimológicamente, la pertenencia de un individuo –hombre o mujer- al grupo social estructurado políticamente y, diríamos hoy, dotado de soberanía.⁴¹ “Es un concepto que tradicionalmente ha denotado la adscripción de un sujeto a un Estado nacional; tal adscripción se lleva a cabo en virtud de conexiones territoriales o por lazos de parentela”⁴²

- e) **Autoridad migratoria.** Servidor público que ejerce la potestad legal expresamente conferida para realizar determinadas funciones y actos de autoridad en materia migratoria.⁴³

⁴⁰ MÉXICO: Ley de Migración, Artículo 3.

⁴¹ IJ-UNAM, “Diccionario Jurídico Mexicano” Edit. Porrúa, primera ed., México 2004, p.553.

⁴² CARBONELL Sánchez, Miguel “¿Se justifican las fronteras en el siglo XX?”, Ensayo, p.37-38, Fuente de Consulta: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2993/5.pdf> Fecha de consulta: 09/06/2014.

⁴³ MÉXICO: Ley de Migración, Artículo 3.

- f) **Condición de estancia.** A la situación regular en la que se ubica a un extranjero en atención a su intención de residencia y, en algunos casos, en atención a la actividad que desarrollarán en el país, o bien, en atención a criterios humanitarios o de solidaridad internacional.⁴⁴
- g) **Presentación.** 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.⁴⁵
- h) **Estación migratoria.** Instalación física que establece el Instituto para alojar temporalmente a los extranjeros que no acrediten su situación migratoria regular, en tanto se resuelve su situación migratoria⁴⁶
- i) **Derechos fundamentales.** Son aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar.⁴⁷
- j) **Deportación.** Acto jurídico administrativo dictado por la autoridad migratoria para hacer abandonar del territorio nacional a la persona extranjera que no reúna los requisitos migratorios para su permanencia en el país. La deportación trae aparejada una restricción para ingresar al país por un tiempo determinado.⁴⁸

⁴⁴ MÉXICO: Ley de Migración, Artículo 3.

⁴⁵ MÉXICO: Ley de Migración, Artículo 3 y 99.

⁴⁶ MÉXICO: Ley de Migración, Artículo 3.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi “Los fundamentos de los derechos humanos” Ed. Trotta, Madrid 2001, p. 291.

⁴⁸ Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional. SCJN. México 2013.

Por último cabe destacar que respecto de los conceptos de *extranjero*, *ciudadano*, *condición de estancia* y *derechos fundamentales*, Miguel Carbonell acota que la distinción entre las personas consideradas ciudadanos de un determinado Estado y aquellas personas consideradas como no ciudadanos de ese mismo Estado, que sin embargo se encuentran dentro de su circunscripción territorial, para efectos del reconocimiento de los derechos fundamentales “(...) en la medida en que suele mantenerse en buena parte como un intento por frenar los crecientes flujos migratorios que se producen desde los países del Tercer Mundo hacia los desarrollados ha llevado a algunos autores a denunciar el escándalo que supone el hecho de que la condición de nacimiento pueda esgrimirse como argumento suficiente para negar la garantía efectiva de derechos reconocidos a todos los seres humanos (...) que sin embargo son condicionados hoy en no pocos países a un trámite administrativo.”⁴⁹

IV.- ANTECEDENTES DE LA TERORÍA DE CIUDADANOS Y NO CIUDADANOS EN EL DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano la clasificación de las personas en Ciudadanos y No ciudadanos se realizaba en base a si dicha persona poseía o no el *status civitatis*, es decir, el grado que confería que además de ser un hombre libre, podía gozar de los derechos políticos tanto de carácter público como el *ius suffragii* y el *ius honorum* como de carácter privado tales como el *ius commercii* y el *ius connubium*.

Eugene Petit menciona que entre las ventajas que resultaban de la condición

⁴⁹ CARBONELL Sanchez Miguel, “Los derechos humanos en la actualidad: Una visión desde México”, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colombia 2001. Ensayo, p.24.

de ciudadano se encontraban, en el orden privado el *connubium* y el *commercium*, al respecto señala: “a) El *connubium*, es decir, la aptitud para contraer matrimonio de derecho civil, llamado *justae nuptiae*, la única que produce entre el padre y los hijos el poder paternal y la agnación; b) El *commercium*, que es el derecho para adquirir y transmitir la propiedad, valiéndose de los medios establecidos por el Derecho civil, tal como la *mancipatio*.”⁵⁰

Además agrega, “A estas esenciales ventajas en derecho privado, el ciudadano unía en el orden político: a) *El jus suffragii*, derecho a votar en los comicios para hacer la ley y proceder a la elección de magistrados; b) Los *jus honorum*, o derecho para ejercer las funciones públicas o religiosas”.⁵¹

Con respecto a los considerados no ciudadanos, en un principio solo participaban de las instituciones del *ius gentium*⁵² En la antigua Roma, aquellos extranjeros que no poseían el derecho de ciudadanía y con los cuales Roma no estaba en guerra, se les llamaba *peregrini*, éstos extranjeros habitaban la ciudad de Roma. Respecto de la condición de los *peregrini*, Eugene Petit menciona que: “La condición de los peregrinos es el derecho común para los no ciudadanos. No disfrutaban del *connubium*, del *commercium*, ni de los derechos políticos, aunque son susceptibles de adquirirlos, bien sea por la concesión completa del *jus civitatis* o bien por concesión especial de algunos de sus elementos.” Y agrega: “De todos

⁵⁰ PETIT Eugene, “Tratado elemental de Derecho Romano” Editorial Porrúa, México 2001. p. 81

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² Derecho de gentes.- Antiguo derecho que regía las relaciones entre el Estado Romano y los demás Estados. Era un conjunto de normas e instituciones de derecho positivo procedente de la actividad del pretor peregrino, recordemos que el pretor peregrino era el magistrado encargado de resolver las controversias suscitadas entre extranjeros, o entre éstos y ciudadanos. Buscaba brindar justicia a los extranjeros que llegaron a Roma a consecuencia de su expansión territorial, sin apearse al derecho escrito en Roma, y como no había código aplicable a cada caso, se inspiraba en principios abstractos de justicia, mismos que eran recopilados en los “edictos anuales” que promulgaba y que poco a poco fueron conformando el *ius gentium*.

“Diccionario de Derecho Romano”. Editorial Sista. 4º Edición, México 2007.

modos, gozan del *jus gentium* y del derecho de sus provincias respectivas”⁵³

Sobre esta base histórica que aporta el Derecho Romano, se desarrollarán posteriormente algunas teorías que de un modo u otro, contribuirán con ideas al desarrollo de la teoría a favor de los derechos de aquellos que no son considerados como nacionales de un Estado, mismas que analizaremos brevemente y sintetizadas básicamente en dos, la primera de ellas la teoría de la ciudadanía de T. H. Marshall y la segunda en contraposición, el constitucionalismo mundial de Luigi Ferrajoli.

De igual forma, haré énfasis en la evolución que ha tenido la teoría clásica románica respecto de los derechos que anteriormente de acuerdo a esta teoría no les eran atribuibles a los extranjeros, como por ejemplo el *connubium*, y que con la Ley de Migración vigente en México, actualmente brinda la posibilidad de que sí accedan a ellos.

V.- FUNDAMENTO TEÓRICO DEL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD DE LOS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR.

Vamos acercándonos poco a poco, a visualizar los dos Derechos fundamentales que desde mi punto de vista son básicos para lograr el respeto elemental a los derechos de los migrantes en situación migratoria irregular, me refiero al Derecho a un Recurso Efectivo y el Derecho a la Libertad y a la Seguridad, ambos, como parte de esa gama de Derechos a los que las personas pertenecientes a este sector, pueden llegar a ejercer plenamente.

⁵³ PETIT Eugene, Op. Cit. p. 82.

En ese apartado trataré de mostrar o presentar principalmente dos de las teorías que impactan directamente la esfera de los derechos de los migrantes: La primera que restringe la obtención de los derechos y deberes a la condición de ciudadanía; y la segunda, más reciente, que propone superar esta restricción y ampliar el acceso a la obtención de derechos más allá de la condición de ciudadano.

Este breve análisis irá encaminado especialmente a sentar las bases teóricas que sustentan el presente trabajo, es decir, forma parte de la justificación para desarrollar el Derecho a un Recurso Efectivo, y a su vez una vez confirmada la existencia de este derecho, me sirva para plantear la hipótesis de mi trabajo y una de las posibles soluciones al problema. Recordemos que el Derecho a un Recurso Efectivo es una de las herramientas base que utilizo en el presente trabajo.

Comenzaré analizando primeramente la teoría de la ciudadanía de T. H. Marshall para tratar de mostrar un panorama del pensamiento que ha influido en la política migratoria de la mayoría de los países occidentales, y que se encuentra basada en los derechos de ciudadanía. Posteriormente mencionaré a manera de contraste, los puntos más esenciales de la teoría del constitucionalismo mundial de Luigi Ferrajoli, para rescatar sus propuestas en pro de los derechos de los migrantes, sobre todo enfocándolo a aquellos que se encuentran en situación migratoria irregular. Lo anterior, siguiendo el análisis a contraluz propuesto por Luigi Ferrajoli en su obra "Derechos y garantías. La ley del más débil".

Para comenzar tomaremos las palabras de Fernando Batista⁵⁴ que desglosan el concepto de ciudadanía de Marshall (las notas al pie son más

⁵⁴ BATISTA Fernando, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Biblioteca jurídica virtual, IJ-UNAM. Ensayo. Fuente de consulta: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/17/rb/rb11.htm> Fecha consulta: 16/09/2013.

para aclarar algunos de los términos que utiliza este autor): “El concepto sociológico de ciudadanía propuesto por Marshall se refiere al *status*⁵⁵ al que se asocian *ex lege*⁵⁶ todos los derechos, tanto los civiles como los políticos y los sociales. En cambio, en la tradición jurídica se ha mantenido siempre la distinción entre un *status civitatis*⁵⁷ y un *status personae*. Los derechos personales, que corresponden a todos los seres humanos y los derechos de la ciudadanía, que corresponden en exclusiva a quienes detentan esa categoría.”

Como observamos el concepto de ciudadano que utiliza Marshall contiene varios elementos de la teoría clásica de los romanos, sin embargo, cabe mencionar y recordar que en tiempos de los romanos, el *status* de una persona determinaba su entrada al mundo del derecho, y éste se componía de tres elementos: *status libertatis*, *status civitatis* y *status familiae*, sólo teniendo estos tres elementos se conseguía plenamente la entrada al mundo del derecho, lo que actualmente es inherente a la personalidad de todo individuo por el simple hecho de nacer, es decir, la capacidad de goce, independientemente de que con posterioridad se adquiriera la capacidad de ejercicio.

Por lo anterior podemos afirmar que el concepto de ciudadano que utilizaban los romanos está superado actualmente, gracias al reconocimiento de los

⁵⁵ En tiempos de los romanos *status* era un vocablo que se utilizaba para designar la categoría o nivel social de una persona. Cualidad que determina la capacidad jurídica de las personas, entendiéndose por capacidad jurídica la aptitud para la vida del derecho que hoy es inherente a la personalidad. En Roma no lo era tal, puesto que el hecho de nacer en determinada forma no suponía siempre la entrada en el mundo del derecho. Para conseguirlo se exigían ciertas condiciones fundamentales que recibían el nombre de *status*, que se integraba de tres elementos: libertad, ciudadanía y familia. “Diccionario de Derecho Romano. Editorial Sista”. 4º Edición, México 2007.

⁵⁶ Locución latina que significa “en ejecución directa de una norma”, literalmente significa “por ley”.

⁵⁷ Ciudadanía.- Segundo requisito de la personalidad del romano consistente en que el hombre, además de ser libre, habría de ser ciudadano, es decir, que tuviera la facultad legal de poder acceder a los puestos públicos; es decir, gozar plenamente de los derechos políticos, consensados en el “*ius suffragii*” y el “*ius honorum*” (de carácter público) además del “*ius commercii*” y “*ius connubium*” (de naturaleza privada). “Diccionario de Derecho Romano. Editorial Sista”. 4º Edición, México 2007.

derechos inherentes a la persona humana, es decir, en gran parte al derecho natural e internacional. Es precisamente esta parte la que podemos identificar como el primer error en que incurre la teoría del ciudadano sostenida por Marshall.

Otro error en el que incurre Marshall de acuerdo con el análisis realizado por Ferrajoli, es la concepción teórica que tiene Marshall sobre los derechos civiles, quien los divide en tres grupos: a) derechos de libertad, desde la libertad personal a la de pensamiento, expresión y prensa; b) los derechos de autonomía privada, que permiten realizar contratos y actuar ante los tribunales y c) el derecho de propiedad, lo cual crea una verdadera confusión para la ubicación de los derechos que implica la ciudadanía.

Nuevamente retomando las palabras de Fernando Batista, quien nos explica esta vez de acuerdo a Ferrajoli, los puntos que han creado confusión en la concepción teórica de los derechos en la teoría de Marshall: “Para el jurista florentino la confusión más llamativa a este respecto radica en la inclusión de la propiedad privada en la misma clase de los derechos de libertad y de autonomía, habida cuenta que no se distingue entre el derecho de ser y convertirse en propietarios, esto es, de adquirir el derecho de propiedad y el derecho de propiedad mismo. La primera situación según el planteamiento de Ferrajoli sí constituye un derecho fundamental y universal, en tanto que la segunda se traduce en un derecho patrimonial y particular”.⁵⁸

Para continuar con el análisis de la teoría del Constitucionalismo mundial, partiremos de la idea que Luigi Ferrajoli⁵⁹, considera la necesidad de superar la oposición que existe actualmente entre derechos del hombre y del

⁵⁸ BATISTA Fernando, Op. Cit. Fuente de consulta: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/17/rb/rb11.htm> Fecha consulta: 16/09/2013.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999, 180 pp.

ciudadano, y para lograr este propósito, propone la implementación de un Constitucionalismo mundial, y con ello lograr la transformación de las limitaciones impuestas por la ciudadanía a los derechos de personalidad, de circulación y de residencia.

Parafraseando a Ronald Dworkin, Ferrajoli enfatiza la urgencia de "tomar en serio los derechos declarados solemnemente en documentos internacionales"⁶⁰. Insiste en diferenciar los derechos fundamentales del hombre de los derechos de ciudadanía, que si bien antes representaban inclusión o igualdad, ahora son excluyentes y discriminatorios, "(...) hace siglos el derecho de circulación, de residencia, de migración, sirvieron para legitimar la conquista, colonización y explotación del nuevo mundo y del planeta. Hoy día sirven para evitar la molesta inmigración a los países desarrollados."⁶¹

Ferrajoli da una nueva clasificación de los derechos fundamentales, contrastándola con la clasificación realizada en su momento por el sociólogo T.H. Marshall. Su clasificación se basa atendiendo dos parámetros: El primero de acuerdo a la estructura deóntica de los derechos y la segunda de acuerdo a la esfera de sus titulares.

De suerte tal que, atendiendo a su estructura deóntica, Ferrajoli clasifica los derechos fundamentales en cuatro categorías:

- a) derechos civiles;
- b) derechos políticos;
- c) derechos de libertad, y;
- d) derechos sociales.

⁶⁰ Ibíd.

⁶¹BATISTA Fernando, Op. Cit. Fuente de consulta: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/17/rb/rb11.htm> Fecha consulta: 16/09/2013.

Asimismo atendiendo a la esfera de sus titulares, la clasificación de los derechos fundamentales consiste en:

- a) derechos del hombre o de la personalidad, y;
- b) derechos de la ciudadanía.

En este caso los primeros son inherentes a toda persona y los segundos a aquellos que reúnen esta condición.

Finalmente cabe destacar que la propuesta de Ferrajoli parte de la premisa de que “en nuestros días no se pueden reducir los derechos del hombre a los derechos del ciudadano por consistir estos últimos en un factor de exclusión y desigualdad. La ciudadanía contradice la universalidad de los derechos reconocidos en Constituciones estatales, declaraciones y pactos internacionales.”⁶²

Dentro de este mismo orden de ideas, Miguel Carbonell también presenta sus puntos de vista con respecto a los derechos fundamentales que son restringidos a la condición de ciudadanía, al afirmar que “los Estados que utilizan como escudo o como pretexto el tema de la ciudadanía para negar derechos básicos a los inmigrantes o en general a los no nacionales están legislando no sólo en contra de la universalidad de los derechos fundamentales, sino sobre todo en contra de la intuición histórica que parece señalar que los fundamentos que se tenían en el pasado para distinguir entre ciudadanos y extranjeros hoy no existen.”⁶³

Su propuesta o teoría, siguiendo la misma línea de pensamiento que Ferrajoli, va encaminada a disolver la diferencia que existe actualmente en las legislaciones internas de algunos Estados que dan un tratamiento

⁶² BATISTA Fernando, Op. Cit. Fuente de consulta: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/17/rb/rb11.htm> Fecha consulta: 16/09/2013.

⁶³ CARBONELL Sánchez Miguel, Op. Cit. p.25.

diferente y por consiguiente restrictivo respecto del ejercicio de ciertos derechos a las personas que reúnan las características de ciudadanos de dicho Estado, para Carbonell “lo que hace realmente falta es que el Estado deje de determinar a los sujetos titulares de los derechos con base a la noción de la ciudadanía y que se transforme para asumir en esta “era de globalización” un papel diferente al que ha tenido desde su nacimiento.”⁶⁴

Con lo anterior Miguel Carbonell trata de decirnos que los Estados han usado en gran parte el tema de la ciudadanía como escudo o pretexto que permite la discriminación justificada, y con ello es una excusa que la ciudadanía se otorgue en base a una identidad nacional, porque hay evidencia de que dentro de la sociedad que conforma un mismo Estado, existen diversidad de realidades, por lo que en muchos casos es muy difícil de hablar de una realidad común que proporcione a la sociedad en su conjunto una identidad común que sea considerada como identidad nacional, sobre todo esto es más difícil en la era globalizadora que vivimos.

Respecto de este punto Ferrajoli, en su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, referida previamente en este mismo Capítulo, realiza algunas propuestas para la construcción del llamado “constitucionalismo mundial o constitucionalismo de derecho internacional”, para las cuales debe existir previamente una base fundamental, la cual se encuentra, aunque de forma inicial, dentro de la Carta de las Naciones Unidas y demás Declaraciones de derechos humanos firmadas por un gran número de países. Estas propuestas son analizadas por Miguel Carbonell en su obra *Los derechos humanos en la actualidad: Una visión desde México* y consisten en:

A).- Una reforma de la jurisdicción de La Haya basada sobre cuatro puntos:

1.- La extensión de su competencia, que actualmente se encuentra

⁶⁴ *Ibíd.*, p.26.

limitada

a las controversias entre Estados.

2.- La afirmación del carácter obligatorio de su jurisdicción, que actualmente está sujeta al reconocimiento previo de los Estados.

3.- La legitimación ante la Corte de los particulares o cuando menos de los miles de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa de los derechos humanos.

4.- La creación de la responsabilidad personal de los gobernantes por crímenes contra el derecho internacional, los cuales deberían estar codificados en un código penal internacional.

B).- La prohibición de todas las guerras, lo cual requeriría la creación de una policía internacional y la atribución a la Corte Internacional de Justicia de la competencia para resolver y desactivar los conflictos.

C).- Otorgar a los pueblos en vías de desarrollo los derechos que en su tiempo Francisco de Vittoria atribuyó a los conquistadores; el *ius societatis et communicationis*, el *ius peregrinandi* y el *ius migrandi* a los países avanzados, así como la atribución sin mayores dificultades a todos de la ciudadanía, por el simple hecho de ser personas.

Ahora bien, en el plano jurisprudencial a nivel internacional, sobre la facultad de hacer distinción entre ciudadanos y no ciudadanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado luz verde a los Estados que se encuentran bajo su jurisdicción, de llevar a cabo estas prácticas, por ejemplo: "233. *En cuanto a los derechos de los migrantes, el Tribunal recuerda que es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos*[290]. Ejemplo de ello

puede ser establecer mecanismos de control para la entrada y salida de migrantes, pero siempre asegurando el debido proceso y la dignidad humana independientemente de su condición migratoria [291]⁶⁵

Dicho lo cual, junto con los tradicionales conceptos de Soberanía de los Estados, se justifican y encuentran su objeto, la mayoría de las políticas migratorias actuales, lo que habría que rescatar es que en ningún caso, podrán lesionarse los derechos humanos.

Hemos revisado hasta este punto dos teorías contrapuestas respecto a los derechos que le son o deberían ser atribuibles a las personas tomando como punto de referencia la condición de ciudadanía, por una parte la teoría de T. H. Marshall que considera la condición de ciudadanía como un requisito sine qua non para el ejercicio de derechos, y por otra parte la teoría del constitucionalismo mundial de Luigi Ferrajoli como punto de contrapeso. Sin embargo, existe como ya lo mencionaba en párrafos anteriores, una tercera teoría, es aquella de Miguel Carbonell cuya propuesta parte sobre la misma línea de pensamiento que Ferrajoli, esta propuesta es la que revisaremos en el siguiente apartado.

V.I.- LA SOLUCION PARA ALCANZAR EL CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL, SEGÚN MIGUEL CARBONELL.

Miguel Carbonell propone tres cosas para lograr la realización del constitucionalismo mundial que propone Ferrajoli, y que son los siguientes:

⁶⁵ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, Párrafo 233. Fuente de consulta: <http://www.bjdh.org.mx/BJDH/busqueda> Fecha de consulta 02/01/2014.

I).- Procurar una efectiva democratización de los espacios internacionales.

II).- Cambiar el uso que actualmente se le da a las fronteras, o mejor dicho modificar su objetivo de servir como un filtro para la libre circulación de seres humanos, en otras palabras, para el autor esto significaría “Universalizar en serio la libertad de tránsito significa que cualquier persona puede trasladarse a cualquier parte del planeta, sin que puedan haber otras restricciones más que las derivadas de una posible afectación directa a otros derechos fundamentales (por ejemplo restricciones sanitarias). Nos hemos acostumbrado a entender como un derecho del Estado la facultad de cerrar el paso a los habitantes de otro Estado que quieran acceder a su territorio.”⁶⁶

Al respecto, el de cambiar el uso que se les da actualmente a las fronteras, Carbonell, lanza algunos cuestionamientos que nos sirven de reflexión para cambiar la mentalidad con la que ha sido considerada a la facultad del Estado que permite a éste la limitación al derecho de libre tránsito, facultad que como ya lo mencionaba en el punto I y II de este Capítulo, podemos considerar que se deriva de un acto de Soberanía, estos cuestionamientos que propone el autor son los siguientes (el paréntesis es mío) “¿Cómo se puede justificar (el Estado) actualmente el uso de la fuerza pública contra personas que buscan entrar de forma pacífica en un determinado territorio sólo para encontrar trabajo y mejores oportunidades de vida para ellos y para sus hijos? (...) La mayoría de Estados han formado sus actuales territorios a través de métodos que hoy se considerarían completamente ilegítimos, ¿por qué entonces convalidar una “violencia original” mediante la perpetuación de un sistema de exclusiones y discriminaciones basadas en el lugar de nacimiento?”⁶⁷

⁶⁶ CARBONELL Miguel, Op. Cit. p.25.

⁶⁷ *Ibíd.*

III).- Meditar sobre la posibilidad de crear un código penal internacional que corresponda desde el punto de vista sustantivo con lo que representa el Tribunal Penal Internacional desde el punto de vista adjetivo, es decir, propone especificar los preceptos del Estatuto de Roma.

Para muchos de nosotros, al leer las tres propuestas para alcanzar el constitucionalismo mundial que nos señala Carbonell, seguramente nos podrían parecer muy lejos de una realidad práctica, sin embargo hay que reconocer que son un inicio para lograr el reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes en tránsito.

A continuación presentaré otro punto de vista, esta vez, la de un actual Juez de la Corte Internacional de Justicia, quien emitió su punto de vista siendo Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la Opinión Consultiva OC-18703.

V.II.- DE LA UNIVERSALIDAD DEL GENERO HUMANO (VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ CASCADO TRINDADE EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DENTRO DE LA OPINION CONSULTIVA (OC-18/03, del 17.09.2003, Serie A, n.18)

En este punto del presente trabajo, para mi es importante destacar el voto concurrente del Juez Cancado Trindade, en el cual nos explica brevemente el desarrollo filosófico que da sustento a lo que se considera como la “universalidad del género humano” o también conocido como *Civitas Maxima Gentium*, concepto del cual deriva la premisa que otorga derechos a las personas migrantes con independencia a su condición de ciudadanía.

Lo anterior, dada su importancia transcribo lo conducente en propias

palabras del Juez, lo que sin duda nos dará más luz para sustentar los derechos de los migrantes en tránsito por el territorio mexicano, muy especialmente dos de esos derechos, El Derecho al Libre Tránsito como núcleo base del Derecho Migratorio; y el Derecho al Acceso a un Recurso Efectivo para los migrantes en situación migratoria irregular, sobre todo el segundo que no se basa en la condición de ciudadanía, como la teoría de Marshall que veíamos en el apartado anterior.

“Francisco de Vittoria, (...) en su contribución pionera y decisiva para la noción de prevalencia del Estado de Derecho, sostuvo en sus aclamadas *Relecciones Teológicas* (1538-1539), que el ordenamiento jurídico obliga a todos- tanto gobernados como gobernantes, y que la comunidad internacional (*totus oribus*) prima sobre el arbitrio de cada Estado individual. En la concepción de Vittoria, el gran maestro de Salamanca, el derecho de gentes regula una comunidad internacional constituida de seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad.”

“La concepción del *jus gentium* de Hugo Grotius- cuya obra, sobre todo el *De Jure Belli ac Pacis* (1625), se sitúa en los orígenes del derecho internacional, como vino a ser conocida la disciplina (...) En el pensamiento grociano, toda norma jurídica- sea de derecho interno o de derecho de gentes- crea derechos y obligaciones para las personas a quienes se dirigen; la obra precursora de Grotius, ya en la primera mitad del siglo XVII, admite así la posibilidad de la protección internacional de los derechos humanos contra el propio Estado.- Para Grotius, el derecho natural deriva de la razón humana, es un “dictado de la recta razón”, e impone límites a la “conducta irrestricta de los gobernantes de los Estados””.

“Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del

derecho internacional, que lo concebían como un sistema verdaderamente universal, vinieron a ser suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico, que, sobre todo a partir del siglo XIX, personificó el Estado dotándolo de “voluntad propia”, reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado a éstos “concedía”. El consentimiento o la “voluntad” de los Estados (el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el derecho internacional, negando *jus standi*⁶⁸ a los individuos, a los seres humanos. Esto dificultó la comprensión de la sociedad internacional, y debilitó el propio Derecho Internacional, reduciéndolo a un derecho interestatal, no más por encima sino entre Estados soberanos. Las consecuencias desastrosas de esta distorsión son ampliamente conocidas.”⁶⁹

Probablemente las consecuencias a las que se refiere el Juez Cancado Trindade sean los eventos desencadenados por el florecimiento del nazismo y fascismo, que sin duda tuvieron esos alcances debido al positivismo imperante en esa época.

Ahora bien, el voto concurrente del Juez Trindade dentro de la opinión consultiva OC-18/03, del 17.09.2003, Serie A, n.18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, muestra de forma muy concreta y breve, el fundamento filosófico que sustenta que todo ser humano, por el sólo hecho de serlo, tiene esa capacidad de ser titular de Derechos, independientemente de las características o requisitos que los Estados en el ejercicio de su Soberanía, pueda imponer como restricción a éstos.

⁶⁸ Legitimación activa para provocar el inicio de un procedimiento. Derecho de acceso ante un órgano jurisdiccional. Fuente de consulta: <http://www.linguee.es/ingles-espanol/traduccion/ius+standi.html>
Fecha de consulta: 17/09/2013.

⁶⁹ CANCADO Trindade, Antonio Augusto, Op. Cit. p. 55-56.

V.III.- DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL, COMO SUSTENTO A LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES EN TRÁNSITO, EN ESPECIAL AL DERECHO AL ACCESO A UN RECUSO EFECTIVO, Y EL DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD.

En el Derecho Internacional existen ciertos principios que son la base sobre la cual se sustentan todas sus normas, por ejemplo, para G. I. Tunkin “Son principios fundamentales aquellos generalmente reconocidos del derecho internacional, que poseen la más grande relevancia en la resolución de los problemas cardinales de las modernas relaciones internacionales”.

Estos principios están contenidos fundamentalmente en el Estatuto de la Organización de Naciones Unidas. Dentro de estos principios del Derecho Internacional, se encuentra el principio de defensa de los Derechos Humanos el cual, entre otras cosas regula la cooperación entre los Estados para proteger los Derechos Humanos.

Por otra parte, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38.1, reconoce cinco fuentes de derecho que deben ser aplicadas por dicha Corte, entre las que se encuentran:

- 1.- Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.
- 2.- La costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada.
- 3.- Los principios generales del Derecho, reconocidos por las naciones

civilizadas.

4.- Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, en palabras de Loretta Ortiz Ahlf “En el caso del derecho internacional de los derechos humanos sin perjuicio de la consideración de todas las fuentes a que se refiere el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, hay que considerar dos elementos adicionales. La obligatoriedad universal y regional de la norma que constriñe a los Estados a respetar y garantizar los derechos humanos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el carácter de *ius cogens* que posee dicha norma.”

A pesar de que vivimos un panorama distinto, más favorable a la protección y reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes a partir de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos vigente desde junio de 2011, existen posturas como la de Jorge Armando Silva Carreño quien afirma lo siguiente (Los paréntesis como acotaciones son míos): “(...) los encargados de redactar la Declaración (Universal de los Derechos Humanos) no les interesó aludir (a las limitaciones a libertad de tránsito previstas por las normas constitucionales y legales). En cuanto al valor jurídico de ella (Declaración Universal de los Derechos Humanos) compartimos la opinión del profesor Carlos Arellano García en el sentido que no tiene el carácter de norma jurídica internacional, ni de derecho interno por no haber sido firmada ni ratificada por nuestro país, requisito necesario para que una norma internacional sea parte integrante de nuestro derecho”.

Con el debido respeto que merece el Profesor Silva, en mi opinión, creo que su punto de vista es obsoleto ya que si bien México a pesar de que votó a favor de la adopción de tal Declaración, no ha ratificado la Declaración, esto

es porque “La Declaración Universal de Derechos Humanos no es un tratado. Por lo tanto, no ha sido ratificada. Sin embargo, ha inspirado muchos otros tratados internacionales de derechos humanos legalmente vinculantes. Hoy en día, todos los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas han ratificado al menos uno de los tratados internacionales sobre derechos humanos y, de hecho, el 80% de ellos ha ratificado cuatro o más.”⁷⁰

Sin embargo México sí ha ratificado diversos tratados en materia de Derechos Humanos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, entre otros, los cuales sí tienen el carácter de norma jurídica internacional y por lo tanto cuentan con carácter obligatorio para el Estado Mexicano.

VI.- FUNDAMENTO JURIDICO DEL DERECHO AL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD PARA LOS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR.

En esta parte analizaré brevemente el fundamento jurídico tanto del derecho al acceso a un recurso efectivo como del derecho a la libertad y a la seguridad para los migrantes que se encuentran en situación migratoria irregular, para lo cual, revisaré instrumentos internacionales en materia de derechos humanos tanto del sistema universal como del sistema regional, las disposiciones legales aplicables en el derecho interno, así mismo revisaré algunas jurisprudencias en la materia, emitidas por tribunales tanto internacionales como jurisprudencias y tesis aisladas emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁷⁰ Fuente de consulta: <http://www.un.org/es/documents/udhr/quiz.asp> Fecha de consulta 02/04/2014.

VI.I.- FUNDAMENTO JURÍDICO EN LAS DECLARACIONES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

En el ámbito del Derecho Internacional tenemos principalmente los siguientes instrumentos que nos ayudan a fundamentar el Derecho a un Recurso Efectivo para los migrantes en situación irregular, entre ellos tenemos:

En el Sistema Universal:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 8;
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 12 (en relación al derecho al libre tránsito) 13 (en relación al recurso efectivo a que tienen derecho los extranjeros que estén en proceso de expulsión del país en el que se encuentran y del que no son originarios) y el artículo 2 párrafo 3 incisos a), b) y c);
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial en su artículo 6, y;
- La Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias en su artículo 18.

En el Sistema Regional Americano:

- La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XVIII;
- La Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su artículo 25.1.

Por otro lado, respecto al Derecho a la Libertad y a la Seguridad de los migrantes en situación migratoria irregular en México, también encontramos dentro del ámbito del Derecho Internacional los siguientes instrumentos que nos ayudan a fundamentar este Derecho a la Libertad y a la Seguridad, entre

ellos tenemos:

En el Sistema Universal:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 3 y 9;
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 9 y 10;
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial en su artículo 5 inciso b), y;
- La Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias en su artículo 16 párrafos 1, 4, 5, y 7.

En el Sistema Regional Americano:

- La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre en sus artículos I y XXV;
- La Convención Americana sobre los Derechos Humanos en sus artículos 5.2 y 7.

En el ámbito del Sistema Regional Americano, cabe mencionar que el Derecho a un Recurso Efectivo y el Derecho a la Libertad y a la Seguridad tienen su origen a partir de la **Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre** de 1948, el primero de ellos en específico dentro de su **ARTÍCULO XVIII** que establece que: *“Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”* El segundo, es decir, el Derecho a la Libertad y a la Seguridad, lo encontramos los artículos I y XXV, que establecen: **“ARTÍCULO I.-** Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona” y **“ARTÍCULO XXV.-** Nadie puede

ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.”

Posteriormente, el Derecho a un Recurso Efectivo y el Derecho a la Libertad y a la Seguridad se insertan también en la **Convención Americana sobre los Derechos Humanos**, el primero de ellos en su **artículo 25.1** que establece: *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”* El segundo, lo encontramos inserto en los **artículos 5.2 y 7** que establecen: **“ARTÍCULO 5.-** *Derecho a la Integridad Personal.- (...) Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”* Y por su parte el artículo 7 dicta: **“ARTÍCULO 7.-** *Derecho a la Libertad Personal 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.- 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.- 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.- 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de*

un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.- 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho curso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”

Ahora bien, dentro de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su **artículo 22** encontramos también el **Derecho al Libre Tránsito**, enunciado como Derecho de Circulación y Residencia, al efecto transcribo lo conducente: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede, asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público. 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo. 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la

presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.”

De la lectura de este **artículo 22 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos**, encontramos también que el **Derecho de Circulación y de Residencia** puede ser limitado en virtud de una ley, y en la medida que resulte indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. Este esquema resulta muy similar al que encontramos en el **artículo 11 constitucional**, cuyo análisis realicé en el punto **I.I inciso C)** de este mismo Capítulo.

Con base en lo anterior, en el ámbito regional, cualquier afectado en este derecho puede acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a presentar una queja o petición y si resulta procedente, pudiendo llegar el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos si no llegasen a un acuerdo.

En el ámbito del Sistema Universal, el Derecho a un Recurso Efectivo y el Derecho a la Libertad y a la Seguridad se encuentran insertos, el primero de ellos en el **artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos** que establece: *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los*

tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.” El segundo de ellos, es decir el Derecho a la Libertad y a la Seguridad, en el **artículo 3** que establece: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”* y el **artículo 9** que dicta: *“Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.”*

El Derecho a un Recurso Efectivo y el Derecho a la Libertad y a la Seguridad, también se encuentran presente en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, el primero de ellos en el **artículo 2.3** al presentar este derecho como obligación del Estado, al establecer: *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:*
a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrán interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se hayan estimado procedente el recurso.” Por su parte el Derecho a la Libertad y a la Seguridad lo ubicamos dentro del **artículo 9**: *“1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.- Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá*

*derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.” Y por su parte el **artículo 10** establece: “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.- 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3.- El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”*

Además, en este mismo instrumento encontramos también el **Derecho al Libre Tránsito**, al igual que ocurre en el ámbito interno con el **artículo 11 constitucional**, se encuentra este Derecho y al mismo tiempo se encuentra dentro del mismo instrumento sus limitantes, el contenido de este Derecho lo ubicamos en el **artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, que a la letra dice: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.- 2. Toda persona tendrá derecho a salir

libremente de cualquier país, incluso del propio.- 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.”

Como se puede observar al igual que en el análisis del **artículo 11 constitucional** que presenté en el punto **I.I inciso C)** de este mismo Capítulo, al mismo tiempo que se otorga un derecho, se establece sus limitantes, en el caso del **artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, las limitaciones que autoriza son las previstas en la ley, las que se juzgue como necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros.

En este orden de ideas, bien puede surgir la pregunta ¿Qué se puede hacer en caso de violación a alguno de estos Derechos? Pues en el ámbito internacional un afectado en estos Derechos puede acudir a presentar una queja ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para que éste a su vez investigue, y en su caso pueda declarar la existencia de la violación y realice un llamado al Estado para que cese en esa violación, en este punto se hace uso tanto del **procedimiento 1503**⁷¹, como de la

⁷¹ El procedimiento 1503 es un mecanismo universal, por lo tanto aplicable a todos los países del mundo. Recibe su nombre tras la resolución de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que lo estableció. Permite que 2 organismos de la ONU (la Subcomisión para la promoción y protección de los derechos humanos y la Comisión de derechos humanos) examinen las quejas que muestren patrones consistentes de los derechos humanos graves y confirmadas de forma fiable, recibidas de individuos u ONG's. Este procedimiento presenta examina la situación de los derechos humanos en países específicos, y es confidencial, sin embargo no examina casos individuales. Fuente de consulta: http://www.frontlinedefenders.org/manual/sp/udhr_m.htm Fecha de consulta: 02/04/2014.

Observación General número 31⁷² emitida por el **Comité de Derechos Humanos de la ONU**. Dentro de esta última, los dos últimos párrafos mencionan la obligación de los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de garantizar la verdadera eficacia del recurso efectivo, por ejemplo las siguientes líneas: *“El Comité observa, además, que en determinadas circunstancias el derecho a hacer valer un recurso efectivo puede exigir que los Estados Parte adopten y apliquen medidas provisionales para evitar la repetición de las violaciones y reparar cuanto antes cualquier daño que esas violaciones puedan haber causado”* Esto se puede traducir incluso en el cambio de las mismas disposiciones legislativas que causan las violaciones de Derechos Humanos.

Además el último párrafo de esta misma **Observación General 31**, establece que: “aunque los regímenes jurídicos de los Estados Parte estén formalmente dotados del recurso adecuado, siguen ocurriendo violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto. Cabe suponer que ello es atribuible al hecho de que los recursos no funcionan con efectividad en la práctica. Por consiguiente, se solicita a los Estados Parte que en sus informes periódicos señalen los obstáculos que se opongan a la efectividad de los recursos existentes.

A continuación presentaré un brevísimo análisis del contenido de estos instrumentos jurídicos internacionales y del procedimiento para hacer efectivas sus disposiciones.

1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948)

⁷²La Observación General número 31, como su nombre lo indica, es un documento emitido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU que establece lineamientos respecto de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, muy concretamente en lo que respecta a los artículos 2 y 41, es decir, de la obligación de los Estados parte para la correcta aplicación del Pacto, contraída por los Estados parte, y del procedimiento que un Estado parte puede llevar a cabo para solicitar al Comité la intervención por el incumplimiento al Pacto respecto de otro Estado parte.

Este instrumento protege y reconoce principalmente los siguientes derechos: la vida, la libertad, la seguridad, la igualdad, el reconocimiento de la personalidad jurídica, al debido proceso, al asilo en caso de persecución, a una nacionalidad, el derecho al matrimonio y la protección de la familia, a la propiedad individual y colectivamente, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, a la libertad de opinión y de expresión, a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, derecho a participar en el gobierno de su país, al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país, a la seguridad social, al trabajo, al descanso y disfrute del tiempo libre, a un nivel de vida adecuado y protección especial a la maternidad y la infancia, a la educación, a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y participar en el progreso científico y a que se establezca un orden social e internacional para que los derechos proclamados por esta Declaración se hagan plenamente efectivos, además prohíbe la esclavitud y la trata de esclavos, las torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradante, y las detenciones arbitrarias, entre otros.

El artículo 8 establece el derecho a un recurso efectivo, *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”*

El artículo 13 menciona la libertad de circulación: *“Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.*

Toda persona tiene derecho de salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.”

Cabe mencionar, para efectos de lo planteado en el **punto I.I inciso C)** de

este Capítulo, respecto a las restricciones al Derecho al Libre Tránsito, impuestas en el ámbito interno por el artículo 11 constitucional, y aquellas impuestas al mismo Derecho en el ámbito internacional contenidas tanto en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que de dentro de este el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no se mencionan restricciones al Derecho al Libre Tránsito.

2.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966)

Este instrumento protege principalmente los siguientes derechos humanos: la vida, la libertad y seguridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica del individuo, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de reunión, de asociación, el derecho al matrimonio, así como consagra la protección al menor, la protección a la familia, la igualdad ante tribunales y cortes de justicia, el debido proceso, la prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y la prohibición de la esclavitud, entre otros.

El derecho al debido un recurso efectivo, lo ubicamos en el artículo 2.3, que establece *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrán interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se hayan estimado procedente el recurso.”*

De igual forma el artículo 12 establece la libertad al libre tránsito, sin embargo al igual que en nuestra Constitución Mexicana, este no es un derecho absoluto, sino, que se imponen al mismo tiempo ciertas restricciones a este derecho, como veremos adelante: *“Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.”*

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

De conformidad con el **artículo 28** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se crea el Comité de Derechos Humanos. Este Comité se reúne cada año en tres períodos ordinarios de sesiones en Nueva York y en Ginebra.

De acuerdo con su página de internet⁷³, el Comité de Derechos Humanos es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por sus Estados Partes.

Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente los Estados

⁷³ Fuente de consulta: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/> Fecha de consulta: 18/09/2013.

deben presentar un informe un año después de su adhesión al Pacto y luego siempre que el Comité lo solicite (por lo general cada cuatro años). El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales".

Además del procedimiento de presentación de informes, el **artículo 41** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la competencia del Comité para examinar las denuncias entre los Estados. Además, el **Primer Protocolo Facultativo** del Pacto otorga al Comité competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones del Pacto cometidas por los Estados Partes en el Protocolo.

El Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos, denominadas observaciones generales sobre cuestiones temáticas o sus métodos de trabajo, tal es el caso de la **Observación General número 31** que revisamos en páginas anteriores de este mismo apartado VI.I.- DE LAS DECLARACIONES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

Como lo mencionaba anteriormente dentro del **artículo 41** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos encontramos la competencia del Comité de Derechos Humanos, mismo que a continuación transcribo:

“1. Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en el presente Pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la

competencia del Comité. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones recibidas en virtud de este artículo se tramitarán de conformidad con el procedimiento siguiente:

a) Si un Estado Parte en el presente Pacto considera que otro Estado Parte no cumple las disposiciones del presente Pacto, podrá señalar el asunto a la atención de dicho Estado mediante una comunicación escrita. Dentro de un plazo de tres meses, contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al Estado que haya enviado la comunicación una explicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto, la cual hará referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los procedimientos nacionales y a los recursos adoptados, en trámite o que puedan utilizarse al respecto.

b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de los dos Estados Partes interesados en un plazo de seis meses contado desde la fecha en que el Estado destinatario haya recibido la primera comunicación, cualquiera de ambos Estados Partes interesados tendrá derecho a someterlo al Comité, mediante notificación dirigida al Comité y al otro Estado.

c) El Comité conocerá del asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente.

d) El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo.

e) A reserva de las disposiciones del inciso c, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidos en el presente

Pacto.

f) En todo asunto que se le someta, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso b que faciliten cualquier información pertinente.

g) Los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso b tendrán derecho a estar representados cuando el asunto se examine en el Comité y a presentar exposiciones verbalmente, o por escrito, o de ambas maneras.

h) El Comité, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de recibido de la notificación mencionada en el inciso b), presentará un informe en el cual:

i) Si se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada:

ii) Si no se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados Partes interesados.

En cada asunto, se enviará el informe los Estados Partes interesados.

2. Las disposiciones del presente artículo entrarán en vigor cuando diez Estados Partes en el presente Pacto hayan hecho las declaraciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo. Tales declaraciones serán depositadas por los Estados Partes en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia de las mismas a los demás Estados Partes. Toda declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General. Tal retiro no será obstáculo para que se examine cualquier asunto que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud de este artículo; no se admitirá ninguna nueva comunicación de un Estado Parte una vez que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido la notificación de retiro de la declaración, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.”

3.- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

Esta Convención reconoce principalmente los siguientes derechos humanos: al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, a la libertad personal, a las garantías judiciales, derecho a indemnización, protección de la honra y de la dignidad, libertad de conciencia y de religión, libertad de pensamiento y expresión, derecho de rectificación o respuesta, derecho de reunión, libertad de asociación, protección a la familia, derecho al nombre, derecho a la nacionalidad, a la propiedad privada, derechos políticos, igualdad ante la ley y al desarrollo progresivo, entre otros.

El derecho de circulación y residencia está establecido en el artículo 22

El cual por su importancia transcribo:

“1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede, asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo.

6. *El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.*

7. *Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.*

8. *En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.*

9. *Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.”*

El artículo 25 establece la protección judicial que abarca también el acceso a un recurso efectivo:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

4.- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)

El objetivo de esta Convención, de la que México es parte, consiste en comprometer a los Estados parte en la no realización de ningún acto o práctica de discriminación que impida o restrinja el ejercicio de los derechos de acceso a la justicia, seguridad o integridad personal.

En su **artículo primero** encontramos la denotación de “discriminación racial” de la siguiente manera *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”*

Sin embargo, dentro del mismo **artículo primero** encontramos una **excepción** que hace una gran diferencia en cuanto al reconocimiento de los derechos de los migrantes en situación irregular en cualquier Estado, y es que el párrafo segundo a la letra dice: *“2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos”* esta distinción es la misma que se deriva del ensayo de **T.H. Marshall** *“Citizenship and social class”* que analizamos brevemente en el apartado V.- FUNDAMENTO TEÓRICO DEL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD DE LOS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR de este mismo Capítulo, y en el cual mencionábamos que dicha teoría condiciona ciertos derechos fundamentales como los de personalidad, libre tránsito y residencia a la obtención de los derechos de ciudadanía, además *ipso facto* establece la misma Convención que ninguna de sus disposiciones podrán entenderse o llegar a utilizarse en contra de la política migratoria de ningún Estado, al

establecer en su tercer párrafo lo siguiente: “3. *Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular.*”

Sin embargo, el **artículo 5** contiene el compromiso de los Estados parte a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, y hace mención de algunos de los derechos fundamentales que abarca este compromiso, entre los que destaco:

“a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia;

b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución;

i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;

ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país;

iii) El derecho a una nacionalidad;”

Además el **artículo 6** en particular, menciona el **derecho a un recurso efectivo**, al establecer que: “*Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como*

consecuencia de tal discriminación.”

Es importante destacar la antinomia que se suscita, desde mi punto de vista, entre el **artículo 1** y el **artículo 6** de esta Convención, ya que mientras el artículo 6 asegura **a todas las personas que se hallen bajo jurisdicción de un Estado parte**, la protección y recursos efectivos ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado respecto de todo acto de discriminación racial así como su satisfacción o reparación justa y adecuada, el artículo 1 limita el acceso a este recurso al establecer que dicha Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte entre ciudadanos y no ciudadanos, lo cual quiere decir que a un migrante a quien ese mismo Estado no le reconozca ciertos derechos fundamentales debido a su condición irregular, no podrá invocar el cumplimiento de dicha Convención.

Por último, cabe mencionar que dentro de la **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial**, se crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, y los Estados parte se comprometen a presentar al Secretario General de las Naciones Unidas, para su examen por el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado y que sirvan para hacer efectivas las disposiciones de la Convención. A su vez, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial informará cada año, por conducto del Secretario General, a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados parte.

También se establece la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, para recibir quejas de los Estados cuando no se

cumplan las disposiciones de la **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial**. Además el **artículo 14** establece la posibilidad de que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial pueda recibir y examinar peticiones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de la jurisdicción de un Estado parte que alegaren ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos estipulados en la Convención y hubieren agotado previamente los demás recursos locales disponibles, siempre y cuando el Estado parte haya reconocido previamente la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, para recibir y examinar dichas comunicaciones provenientes de esas personas o grupos de personas.

5.- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Esta Convención pretende eliminar toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer.

El **artículo 15** establece la obligación a los Estados parte de reconocer a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley, así como de reconocer también al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

También se crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer cuyo fin principal es examinar los progresos realizados en la aplicación de la Convención, para lo cual los Estados Parte, se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, un informe sobre las

medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer** y los progresos logrados.

6.- Convención sobre los derechos del niño.

Para fines de esta Convención se entiende por niño a *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*

El **artículo 2** de la **Convención sobre los derechos del niño**, establece la obligación a los Estados parte de respetar los derechos contenidos en dicha Convención y asegurar su aplicación *“a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.”*

Dentro del **artículo 3** se contempla el principio del bienestar superior del menor para todas las decisiones tomadas por cualquier institución pública o privada, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos que involucren a un menor.

Esta Convención con contiene expresamente el derecho al acceso a un recurso efectivo para los menores, sin embargo de la lectura global de sus disposiciones, se desprende este derecho, en relación directa con los artículos 4 y 12, los cuales analizamos:

Por su parte, el **artículo 4** establece que *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”*. Con lo anterior, se podría entender que por medidas administrativas, legislativas o de otra índole podemos encontrar insertos los recursos que procuren dar efectividad a los derechos de los niños. Por otra parte, el **artículo 12** establece al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte de acuerdo con las normas de procedimiento de la ley nacional del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre el menor.

Con el fin de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados parte en la **Convención sobre los derechos del niño**, se crea el Comité de los Derechos del Niño. Con esta misma finalidad, los Estados parte se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos en sus respectivas jurisdicciones.

7.- Convención internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares.

El **artículo primero** establece los alcances de esta Convención internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares al determinar que será aplicable *“a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”*.

El **artículo 5** nos hace pensar que esta Convención aplica independientemente de la condición jurídica del migrante, al hacer una distinción entre los trabajadores en situación regular y aquellos cuya situación es irregular por no haber sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte, sin embargo esta característica no es absoluta, ya que la Convención se encuentra dividida en nueve partes y si bien las disposiciones contenidas en la parte tres aplican a todos los trabajadores migratorios, otras partes de la Convención no, como las contenidas en la parte cuatro y la parte cinco cuyas disposiciones van destinadas a los trabajadores migratorios con situación regular y/o con categorías particulares.

Es curioso que el **artículo 8** de esta Convención establezca el derecho de los trabajadores migratorios a salir libremente de cualquier Estado sin ninguna restricción salvo *“las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente”* cuyo trasfondo al igual que en la **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial**, es la condicionante de ciertos derechos fundamentales a la obtención de la ciudadanía (**teoría de T.H. Marshall que ya mencionábamos en el punto VI.I.- DE LAS DECLARACIONES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES de este mismo capítulo**) sin embargo, no hace mención de los derechos de ingreso y permanencia en un Estado, sino únicamente el derecho a “salir libremente” y regresar a su Estado de origen y permanecer en él. Lo cual podemos traducir en la falta de interés de este instrumento por regular la entrada de estos trabajadores, es decir, no les proporciona un mínimo de derechos que los protejan a su

ingreso al Estado donde realizaran su trabajo. Tampoco regula su estancia como lo veremos más adelante, de acuerdo al artículo 35.

El **artículo 18** establece la igualdad ante la ley de los trabajadores migratorios, al establecer que *“Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. Tendrán derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”*.

El **artículo 23** de la **Convención internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares** establece el derecho de los trabajadores migratorios a recibir la asistencia de las autoridades consulares de su país.

Es interesante que el **artículo 35** de esta Convención deja en claro que ninguna de las disposiciones de la misma, implican la regularización de la situación de los trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular, ni siquiera dichas disposiciones implican que su situación sea así regulada.

Sin embargo, derivado de la diferencia contenida en el **artículo 5** de la **Convención internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares**, respecto de la situación en la que se pueden encontrar los trabajadores migratorios, es decir, la distinción que realiza entre los trabajadores en situación regular y aquellos cuya situación es irregular por no haber sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo,

las disposiciones contenidas en la parte cuatro de esta Convención aplican únicamente para los trabajadores migratorios con situación regular, algunos de los derechos que les son reconocidos son los siguientes:

- 1.- Derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia.
- 2.- Derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole.

En este punto puede ser muy ilustrativo mencionar, a propósito del derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo, la película de “Julio César Chávez” dirigida por Diego Luna, que retrata la historia de lucha de un activista defensor de los derechos de los trabajadores del campo en Estados Unidos de América.

- 3.- Derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado. Los Estados de empleo facilitarán, de conformidad con su legislación nacional, la consulta o la participación de los trabajadores migratorios y sus familiares en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales. Los trabajadores migratorios podrán disfrutar de derechos políticos en el Estado de empleo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos.

- 4.- Igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo, en relación al acceso a servicios e instituciones de enseñanza, acceso a servicios de orientación profesional y colocación, acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento, acceso a la vivienda, acceso a los servicios sociales y de salud, acceso a las

cooperativas y empresas en régimen de autogestión, acceso a la vida cultural y la participación en ella.

5.- Derecho a la protección de la familia y la unidad familiar, por parte de la sociedad y del Estado.

6.- Ser exentos, con sujeción a la legislación aplicable de los Estados de que se trate y a los acuerdos internacionales pertinentes, del pago de derechos e impuestos en concepto de importación y exportación por sus efectos personales y enseres domésticos, así como por el equipo necesario para el desempeño de la actividad remunerada para la que hubieran sido admitidos en el Estado de empleo.

7.- Derecho a transferir sus ingresos y ahorros, en particular los fondos necesarios para el sustento de sus familiares, del Estado de empleo a su Estado de origen o a cualquier otro Estado.

8.- En general, disposiciones de diversa índole, por ejemplo: para evitar pagar impuestos, derechos o gravámenes que sean más elevados o gravosos que los que deban pagar los nacionales en circunstancias análogas, así como derecho a deducciones o exenciones de impuestos de todo tipo y a las desgravaciones tributarias aplicables a los nacionales en circunstancias análogas; para que los Estados de empleo otorguen a los trabajadores migratorios una autorización de residencia por lo menos por el mismo período de duración de su permiso para desempeñar una actividad remunerada y en caso de desempleo extender ese permiso por lo menos por un período correspondiente a aquel en que tuvieron derecho a prestaciones de desempleo para dar oportunidad a que el trabajador consiga otro empleo, libertad de elegir su actividad remunerada, protección contra despidos, prestaciones de desempleo, acceso a los programas de obras

públicas destinados a combatir el desempleo, derecho a recurrir ante las autoridades competentes del Estado de empleo ante cualquier violación a las condiciones de su contrato de trabajo, además de que se establece que no se podrá recurrir a la expulsión como medio de privar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo y toda expulsión deberá atender a consideraciones de carácter humanitario y también el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el Estado de empleo, independientemente de que los motivos de expulsión deben estar consideradas en la legislación nacional de ese Estado y no ir en contravención de las disposiciones de esta Convención.

Además de todos estos derechos que les son reconocidos a los trabajadores, ya sea que se encuentren en situación regular o irregular, la Convención internacional va encaminada a que los Estados Parte colaboren entre sí, con miras a promover condiciones satisfactorias, equitativas y dignas en relación con la migración internacional de trabajadores y sus familiares, así como la adopción de medidas relativas al regreso ordenado de los trabajadores migratorios y sus familiares e impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migratorios en situación irregular, para este efecto se consideran las siguientes medidas:

a) Difusión de información engañosa en lo concerniente a la emigración y la inmigración;

b) Medidas para detectar y eliminar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios y sus familiares y para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan esos movimientos o presten asistencia a tal efecto;

c) Medidas para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que hagan uso de la violencia o de amenazas o intimidación contra los trabajadores migratorios o sus familiares en situación irregular.

Lo anterior busca eliminar la contratación de trabajadores migratorios en situación irregular, incluso, mediante la imposición de sanciones a los empleadores de esos trabajadores, sin que esa situación menoscabe los derechos laborales adquiridos por los trabajadores migratorios.

Dentro de las últimas disposiciones de esta Convención internacional, relativas a la “Promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares”, se establece el firme propósito de los Estados Partes para lograr que la situación de trabajadores migratorios en condición de irregular no persista, sin embargo, no se plasma un compromiso concreto por parte de los Estados para regularizar la situación de dichos trabajadores de conformidad con su legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables.

8.- De los Órganos de Derechos Humanos del Sistema Universal.

Como lo mencioné al analizar algunos de los instrumentos más representativos en materia de derechos humanos del sistema universal que sirven para nuestro objeto, que es el identificar el derecho al acceso a un recurso efectivo para los migrantes, se crean órganos para supervisar el cumplimiento de los Estados Parte respecto de dichos instrumentos, tal es el caso de los siguientes:

- **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)**, su creación se desprende de la Convención Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, fue establecido mediante la resolución ECOSOC 1985/17 del 28 de Mayo de 1985.

- **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)**, su creación se desprende de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación racial.
- **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)**, su creación se deriva de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer.
- **Comité contra la Tortura (CAT)**, su creación se desprende de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- **Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT)**, fue creado de conformidad con el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- **Comité de los Derechos del Niño (CRC)**, su creación se desprende de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- **Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD)**, su implementación surge a partir de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- **Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED)**, su creación se desprende de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Por su temática los siguientes órganos son de especial importancia para nuestro objeto:

- **Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas**, su creación se desprende del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su objetivo principal es supervisar la aplicación del mismo Pacto por sus Estados Parte a través de informes periódicos y la atención de quejas o denuncias tanto de los Estados Parte como de los individuos en relación a un Estado Parte que incumpla en las disposiciones del mismo.
- **Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW)**, supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Este Comité es el órgano de tratados de más reciente creación y celebró su primer período de sesiones en marzo de 2004.

De acuerdo con su página de internet, *“El Comité también podrá, en determinadas circunstancias, examinar denuncias o comunicaciones presentadas por particulares que afirman que sus derechos consagrados en la Convención han sido violados una vez que diez Estados Partes hayan aceptado este procedimiento de conformidad con el artículo 77 de la Convención”*⁷⁴

Existen también otros mecanismos para la defensa de los derechos humanos cuya creación se desprende de la Carta de Derechos Humanos, y que son denominados **“procedimientos especiales”** y por lo tanto también son útiles

⁷⁴ Fuente de consulta: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cmw/index.htm> Fecha de consulta: 28/09/2013.

para la defensa del derecho al acceso a un recurso efectivo en particular.

De acuerdo con la página de internet del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *"La expresión "procedimientos especiales" se refiere a los mecanismos establecidos por el Consejo de Derechos Humanos para hacer frente, bien a situaciones concretas en los países, o a cuestiones temáticas en todo el mundo"*⁷⁵ Hoy en día existen 36 mandatos temáticos y 13 mandatos por país, que para el desempeño de sus funciones, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos apoya a estos mecanismos especiales facilitándoles tanto el personal como el apoyo logístico y de investigación necesarios. Entre los mandatos temáticos, son de nuestro interés:

- **Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes**, establecido en 1999 por medio de la Resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos⁷⁶ (actualmente substituido por el Consejo de Derechos Humanos).

Posteriormente su mandato fue extendido por las Resoluciones 2002/62 y 2005/47 de la misma Comisión, y las Resoluciones 8/10 y 17/12 del Consejo de Derechos Humanos.

Cabe destacar que el Relator especial no requiere del agotamiento de los recursos internos del Estado donde se suscite la violación de este tratado para su actuación, misma que comprende⁷⁷:

⁷⁵ Fuente de consulta: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm> Fecha de consulta: 27/09/2013.

⁷⁶ La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas es el foro más importante del mundo en materia de derechos humanos. La Comisión, establecida en 1946 para establecer la estructura jurídica e internacional que protege nuestros derechos y libertades fundamentales, ha ido ampliando a lo largo de los años su mandato inicial para ocuparse de toda la problemática de los derechos humanos. La Comisión sigue fijando las normas por las que se rige la conducta de los Estados, pero también actúa como foro en el que todos los países, grandes o pequeños, los grupos no gubernamentales y los defensores de los derechos humanos de todo el mundo pueden expresar sus inquietudes. Fuente de consulta: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/index.htm> Fecha de consulta: 27/09/2013.

⁷⁷ Sus principales funciones de acuerdo a su página de internet. Fuente de consulta:

1. Examinar las formas para superar los obstáculos existentes para lograr una completa y efectiva protección de los derechos humanos de los migrantes.
2. Requerir y recibir información de todas las fuentes relevantes, incluyendo los mismos migrantes, respecto de violaciones de los derechos humanos de los migrantes.
3. Formular recomendaciones apropiadas para prevenir y remediar violaciones de los derechos humanos de los migrantes.
4. Promover la efectiva aplicación de normas y estándares internacionales relevantes en la materia.
5. Recomendar acciones y medidas aplicables en los niveles nacional, regional e internacional para la eliminación de violaciones a los derechos humanos de los migrantes.
6. Tener en cuenta la perspectiva de género cuando se trate de requerir y analizar información y dar especial atención cuando se trate de la discriminación y violencia contra la mujer.
7. Dar un énfasis particular a las recomendaciones sobre soluciones prácticas con respecto de la implementación de los derechos humanos concernientes a su mandato, incluyendo la identificación de las áreas concretas y los medios para la

cooperación internacional.

8. Realizar reportes regulares para informar su actuación al Consejo de Derechos Humanos.

Además para en el desempeño de sus funciones, el relator especial:

a).- Actúa en base a la información que se le presenta respecto de violaciones a los derechos humanos de los migrantes a través del envío de llamamientos urgentes y comunicados a los gobiernos interesados para pedir su atención a esos casos;

b).- Realiza visitas bajo la invitación de los Estados, denominadas “fact-finding missions” con el objetivo de examinar el estado de protección a los derechos humanos de los migrantes en ese territorio, y presenta sus conclusiones respecto de su visita al Consejo de Derechos Humanos;

c).- El Relator especial presenta un informe anual al Consejo de Derechos Humanos sobre el estado global de protección a los derechos humanos de los migrantes, incluyendo los temas de principal preocupación y las buenas practicas logradas.

- **Representante especial de los defensores de los derechos humanos.** El mandato sobre la situación de los defensores de los derechos humanos fue creado en el año 2000 por la Comisión de Derechos Humanos, como un procedimiento especial para apoyar la aplicación de la Declaración de 1998 sobre los defensores de los derechos humanos.

9.- De los Órganos de Derechos Humanos del Sistema Regional.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se inició formalmente primero con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, en el marco de la cual también se adoptó la propia Carta de la OEA, que proclama los "derechos fundamentales de la persona humana", posteriormente con la creación en 1959 de la Comisión IDH y por último con la entrada en vigor en 1979 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que crea la Corte IDH.

- **Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos:**

De acuerdo con su página de internet la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *“es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington, D.C. Fue creada por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), instalada en 1979, es una institución del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH)”*.⁷⁸ Siendo su principal objetivo promover la observancia y defensa de los derechos humanos además de que sirve como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos.

De acuerdo también con su página de internet, la Comisión IDH tiene tres principales pilares sobre los cuales basa su trabajo y a saber son:

1) El sistema de Petición Individual;

⁷⁸ Fuente de consulta: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> Fecha de consulta: 30/09/2013.

- 2) El monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados Miembro, y;
- 3) La atención a líneas temáticas prioritarias.

Dentro de este último punto, la atención a líneas temáticas prioritarias, la Comisión crea diversas Relatorías, entre ellas la “Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias”.

Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias

El surgimiento de esta relatoría, se ubica “En el marco de su 92° Período Extraordinario de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el cual se llevo a cabo en Washington entre el 29 de abril al 3 de mayo de 1996, en respuesta a las solicitudes hechas por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió empezar a evaluar la situación de los trabajadores migratorios y sus familias en el hemisferio. En este contexto surgió en 1996 a la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (...) La creación de esta Relatoría reflejó el interés de los Estados miembros de la OEA por brindar especial atención a un grupo caracterizado por su extrema vulnerabilidad y que, por ende, se ha encontrado especialmente expuesto a violaciones de derechos humanos.”⁷⁹

En el año 2012, dentro del 144 Período de Sesiones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió modificar el mandato de la Relatoría como una respuesta al gran número de desafíos que plantea la “movilidad humana” en la región, “*el nuevo mandato está enfocado en el respeto y garantía de los derechos de los migrantes y sus familias,*

⁷⁹Fuente de consulta: <http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.antecedentes.htm> Fecha de consulta 30/09/2013.

*solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la movilidad humana.*⁸⁰

- **Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (creada previamente en 1948) redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978 y un año después **en 1979 comenzó a funcionar la Corte IDH.**

Con este tratado regional se concretiza la formación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que había iniciado en 1948 con la adopción de la Carta de la OEA y la entrada en funcionamiento de la Comisión IDH en 1959.

VI.II.- FUNDAMENTO JURÍDICO EN EL DERECHO INTERNO.

En el ámbito del Derecho Interno, el **artículo primero** de nuestra **Constitución Política** establece en su primer párrafo que todas las personas gozarán de los Derechos Humanos que reconoce la propia Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Por otra parte, la propia **Ley de Migración** establece algunos derechos de los migrantes, los cuales vamos a enunciar:

⁸⁰Fuente de consulta: <http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.antecedentes.htm> Fecha de consulta 30/09/2013.

- 1.- Libertad de tránsito;
- 2.- Acceso a los servicios educativos independientemente de su situación migratoria;
- 3.- Recibir atención médica independientemente de su situación migratoria;
- 4.- Acceso a la autorización de los actos del estado civil, derecho a que se le expidan las actas relativas independientemente de su situación migratoria;

El artículo 66 de la **Ley de Migración** establece que *“la situación migratoria de un migrante no impedirá el ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano”*

El artículo 67 de la **Ley de Migración** indica *“Todos los migrantes en situación migratoria irregular tienen derecho a ser tratados sin discriminación alguna y con el debido respeto a sus derechos humanos”*

El artículo 70 de la **Ley de Migración** establece el derecho que tiene todo migrante a ser asistido o representado legalmente por la persona que designe durante el procedimiento administrativo migratorio, así como el derecho que tienen al debido proceso.

VI.III.- FUNDAMENTO JURÍDICO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL.

Existe también jurisprudencia sobre este Derecho al Acceso a un Recurso Efectivo, como se observa en los siguientes casos resueltos por jurisdicciones internacionales:

1.- Caso Myrna Mack Chang, Guatemala Corte Interamericana sobre Derechos Humanos 12/06/2002.

Dentro de este caso, se analizan los siguientes artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos (1979): Artículo 4 Derecho a la vida; Artículo 5 Integridad personal; Artículo 8 Garantías judiciales y; Artículo 25 Protección judicial.

En lo que respecta al derecho a la vida, la sentencia establece que el cumplimiento de este precepto, *“no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben tomar todas las medidas necesarias, no sólo para prevenir, juzgar y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, en general, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propios agentes de seguridad.”*⁸¹

Por otra parte dentro del análisis de las Garantías judiciales, protección judicial y obligación de respetar los derechos, la Corte establece que respecto del Secreto de Estado *“en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en*

⁸¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack Chang.

razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes”.

2.- Caso Klass, Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

En el cual el acceso a un recurso efectivo sirve para la tutela del secreto de las comunicaciones.

En este caso, “se reitera la necesidad de la previsión en la ley al mismo tiempo que se amplía la casuística de los presupuestos legitimantes de las restricciones y se sitúan límites a la discrecionalidad de los estados para el ejercicio de sus potestades limitadoras”⁸²

De esta forma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que: *“Aunque el legislador estatal goza de cierta discrecionalidad para imponer restricciones, no tiene poderes ilimitados, ya que deben existir garantías suficientes y adecuadas contra los abusos (...) La ley debe contener garantías contra los abusos, no siendo necesario que tales garantías se incluyan en el mismo texto que autoriza la imposición de las restricciones. En este contexto el TEDH aprecia que existe una relación estrecha entre la cuestión de las garantías contra los abusos y la existencia de recursos efectivos que permitan obtener una reparación si los derechos ha sido violados.”⁸³*

3.- Caso Silver, Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

⁸² FREIXES, Sanjuán Teresa, “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El estándar mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”. Artículo, Fuente de consulta: <http://personal.us.es/juanbonilla/contenido/CM/TRIBUNAL%20EUROPEO%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS/JURISPRUDENCIA%20TEDH/PRINCIPALES%20CRITERIOS%20JURISPRUDENCIALES%20DEL%20TEDH.pdf> Fecha de consulta: 03/05/2014.

⁸³ *Ibíd.*

En este caso la defensa del acceso a un recurso efectivo sirvió para salvaguardar la no invasión en el envío de correspondencia por parte de reclusos, lo cual protegió por consiguiente el derecho de secreto comunicacional y la libertad de expresión.

4.- Explicación en el voto del Juez Cancado, en el caso Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006:

Que relaciona el contenido del artículo 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5.- Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs Perú, fondo, sentencia del 14 marzo 2001:

Precisó las implicaciones del recurso sencillo, rápido y efectivo con relación a la vigencia de derechos considerados inderogables por la comisión de delitos de lesa humanidad.

Por otra parte, **Víctor Hugo Montoya Chávez**⁸⁴ profundiza sobre las situaciones que pueden estar contenidas dentro de la violación al derecho a un recurso efectivo, por ejemplo:

1).- En no llevar a cabo investigaciones exhaustivas sobre supuestos malos tratos por parte de las fuerzas de seguridad;

2).- No proporcionar los procedimientos adecuados para protestar u obtener una compensación por asesinatos cometidos por las fuerzas de seguridad;

⁸⁴ MONTOYA Chávez, Víctor Hugo, “El derecho a un recurso efectivo (artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Análisis a partir de los paradigmáticos casos “Klass” y “Silver”. IJ-UNAM, Ensayo, p.181. Fuente de consulta: www.juridicas.unam.mx Fecha de consulta: 04/06/2014.

3).- No establecer procedimientos de quejas relativos a la interceptación de llamadas telefónicas, o;

4).- No proporcionar medios de compensación a las personas expulsadas del colegio en base a su afiliación religiosa.

Las situaciones anteriores, en relación con los casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en concreto con los casos Klass y Silver. En este mismo orden de ideas, el autor de igual forma deja constancia de que este derecho a un recurso efectivo funge no solo como derecho humano, sino también como garantía judicial (Caso Kudla), como carácter interpretativo pro homine (Caso Klass) y como una guía para la actuación del Estado (artículo 2.3 PIDCP y 25.1 CADH).

Este mismo autor deja constancia de los aspectos que este derecho humano abarca para comprender el contenido mismo de este derecho y a su vez poder identificar lo que este derecho no es, de esta forma rescatamos las siguientes conclusiones respecto de este derecho humano:

1.- Recurso efectivo no significa que el fallo que se emita en sede nacional resulte favorable para el peticionario, sino que únicamente la persona debe contar con un recurso ante una autoridad nacional para que decida su petición, y de resultar apropiado, para obtener una reparación.

2.- Debe existir una relación estrecha entre las garantías contra los abusos y la existencia de recursos efectivos que permitan obtener una reparación por la violación a esos derechos o garantías.

3.- No basta con la existencia formal de recursos, sino que estos deben ser

adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida. Es decir, útiles, prácticos.

4.- El recurso no tiene que ser resuelto necesariamente por una autoridad judicial.

Por su parte, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (dentro de las sentencias de los **Casos Klass y Silver**) se cumple el acceso a un recurso efectivo cuando:

- i) La autoridad que resuelva el recurso, sea lo suficientemente independiente en relación con el órgano responsable de la violación;
- ii) Resulte posible presentar ante ella el mérito de los argumentos que podrían presentarse ante el Tribunal;
- iii) Se encuentre en la capacidad de elaborar una decisión de carácter vinculante y;
- iv) Que el denunciante pueda aprovecharlo efectivamente.

En este mismo orden de ideas para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando se comete la violación al acceso a un recurso efectivo, resulta responsable el Estado en su conjunto, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales (artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Sin embargo, un precedente de este mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que el **artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos** (el cual garantiza un juicio justo) sólo es aplicable a los procedimientos concernientes a la determinación de un derecho civil y una causa penal, por lo tanto, *“las decisiones relativas a la entrada y permanencia de extranjeros, no involucran derechos o cargos penales y, por*

lo tanto, los respectivos procedimientos mediante los cuales se adoptan las decisiones no pueden ser revisadas con base en el artículo 6^o⁸⁵. Esta opinión está contenida en la sentencia del **Caso Maaouia contra Francia**, 5 de octubre de 2000, demanda N°39652/98.

En conclusión, desde el punto de vista del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al **artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos**, se requiere que un Estado parte del Convenio Europeo establezca mecanismos internos para reparar las eventuales violaciones del Convenio Europeo que puedan ocurrir bajo su jurisdicción. En caso de que el Estado parte no cumpla con este deber o que los mecanismos existentes no resulten eficientes, una persona puede invocar el **artículo 13** ante el Tribunal. Sin embargo, ya que el artículo 13 establece que las violaciones deben referirse a *derechos y garantías contemplados en el Convenio*, parece que el artículo 13 del Convenio Europeo no constituye una disposición autónoma y, por lo tanto, debe ser empleada en relación con alguna otra disposición del Convenio Europeo.

En el caso de la jurisprudencia nacional, me he enfocado en la búsqueda únicamente en la Décima Época, ya que es la que contempla la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos del 2011, y tenemos las siguientes Tesis aisladas y Jurisprudencias:

1.- Décima Época

IUS: 2002096

Tribunales Colegiados de Circuito

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

⁸⁵ Hoja informativa del ACNUR. Fuente de consulta: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2367.pdf?view=1> Fecha de consulta: 13/08/2013.

Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4

Materia(s): Constitucional

Tesis: II.8o.(I Región) 1 K (10a.)

Página: 2864

Tesis Aislada

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO, SENCILLO Y RÁPIDO, ES CONSECUENCIA DE ESE DERECHO FUNDAMENTAL.

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. Por su parte, el artículo 17 constitucional prevé el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que supone, en primer término, el acceso a la jurisdicción, es decir, que el gobernado pueda ser parte en un proceso judicial y, en segundo, el derecho que tiene a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada y su cabal ejecución, que deberá ser pronta, completa e imparcial, lo cual se encuentra íntimamente relacionado con el principio del debido proceso, contenido en el artículo 14 del señalado ordenamiento, por lo que para dar cabal cumplimiento al derecho inicialmente mencionado, debe otorgarse la oportunidad de defensa previamente a todo acto privativo de la libertad, propiedad, posesiones o derechos, lo que impone, además, que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. Por tanto, el acceso a un recurso efectivo, sencillo y rápido, mediante el cual los Jueces y tribunales tutelen de manera eficaz el ejercicio de los derechos humanos de toda persona que lo solicite, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, es consecuencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en tanto

que asegura la obtención de justicia pronta, completa e imparcial, apegada a las exigencias formales que la propia Constitución consagra en beneficio de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA PRIMERA REGIÓN, CON RESIDENCIA EN NAUCALPAN DE JUÁREZ, ESTADO DE MÉXICO.

Amparo en revisión 308/2012. Juan Carlos Aparicio. 6 de julio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Alfredo Enrique Báez López. Secretario: Manuel Monroy Álvarez.

Esta Tesis aislada reconoce el Derecho al Acceso a un Recurso Efectivo como consecuencia del Derecho a la tutela judicial y reconocible a todas las personas que se encuentren en territorio nacional.

El espíritu de esta Tesis aislada es plausible por ser más protectora incluso por encima de tratados internacionales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares.

2.- Décima Época

IUS: 2002436

Tribunales Colegiados de Circuito

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3

Materia(s): Constitucional, Administrativa

Tesis: I.4o.A. J/1 (10a.)

Página: 1695

Jurisprudencia

ACCESO A LA JUSTICIA. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN EVITAR, EN TODO MOMENTO, PRÁCTICAS QUE TIENDAN A DENEGAR O LIMITAR ESE DERECHO.

A fin de satisfacer efectivamente el derecho fundamental de acceso a la justicia, debe acudirse al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual prescribe la obligación por parte del Estado, de conceder a toda persona bajo Su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de derechos, los cuales pueden estar reconocidos tanto en la legislación interna, como en la propia convención. Asimismo, en la interpretación que se ha hecho de este numeral por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido criterio sostenido que, para la satisfacción de dicha prerrogativa, no basta con la existencia formal de un recurso, sino que éste debe ser efectivo; es decir, capaz de producir resultados o respuestas y tener plena eficacia restitutoria ante la violación de derechos alegada; en otras palabras, la obligación a cargo del Estado no se agota con la existencia legal de un recurso, pues éste debe ser idóneo para impugnar la violación y brindar la posibilidad real, no ilusoria, de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida. En estas condiciones, la existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana citada, sino de todo Estado de derecho. Por tanto, los órganos jurisdiccionales deben evitar, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o limitar el referido derecho de acceso a la justicia.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 505/2009. Rosalinda González Hernández. 21 de enero de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Patricio González-Loyola Pérez.

Secretario: Víctor Octavio Luna Escobedo.

Amparo directo 315/2010. Comercializadora de Productos Institucionales, S.A. de C.V. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretaria: Indira Martínez Fernández.

Amparo directo 386/2011. Hilario Gamero Herrera. 25 de agosto de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Patricio González-Loyola Pérez. Secretaria: Dulce María Nieto Roa.

Amparo en revisión (improcedencia) 331/2011. Josefina Peralta Albavera. 29 de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Flores Rodríguez.

Amparo directo 391/2012. José Alberto Montoya Gutiérrez. 23 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretaria: Angela Alvarado Morales.

Nota: Por instrucciones del Tribunal Colegiado de Circuito, la tesis que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, Tomo 2, diciembre de 2012, página 1053, se publica nuevamente con la clave o número de identificación correcto.

3.- Décima Época

IUS: 2000489

Tribunales Colegiados de Circuito

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2

Materia(s): Constitucional, Común

Tesis: III.3o.(III Región) 5 L (10a.)

ACCESO A LA JUSTICIA. SU SALVAGUARDA POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN IMPLICA QUE AL CONOCER DE LOS JUICIOS DE AMPARO GARANTICEN QUE LA PRETENSIÓN DEL QUEJOSO SEA RESUELTA Y, PARA ELLO, CUANDO DECRETEN LA IMPROCEDENCIA DE LA VÍA CONSTITUCIONAL DEBEN REMITIR EL ASUNTO A LA AUTORIDAD QUE, CONFORME A LA LEGISLACIÓN APLICABLE, SEA COMPETENTE PARA RESOLVERLO.

De los artículos 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se advierte que el Estado Mexicano reconoce a la protección judicial como uno de los derechos fundamentales integrantes del sistema jurídico nacional, que se traduce en que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los Jueces o los tribunales competentes que la ampare contra actos que vulneren sus derechos fundamentales. Luego, si la Constitución Política y los tratados que están de acuerdo con ella, entre otros, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, en términos del artículo 133 constitucional, es inconcuso que todas las autoridades de nuestro país, incluidos, desde luego, los órganos pertenecientes al Poder Judicial de la Federación, se encuentran jurídicamente constreñidas a respetar y hacer cumplir el derecho humano relativo a la protección judicial efectiva. En tal virtud, cuando en un juicio de amparo se decreta la improcedencia de la vía constitucional, ya sea por considerarse que el acto reclamado no reviste la característica de acto de autoridad o porque exista un medio de defensa que debió agotarse

previamente a la propia vía constitucional, los juzgadores de amparo no deben limitar su actuación a resolver el juicio de su conocimiento, sino que, además, deben remitir el asunto a la autoridad que, conforme a la legislación aplicable, resulte competente para resolver el caso de que se trate. Esto significa, en otras palabras, que si bien con la ejecutoria de garantías concluye el juicio respectivo, ello de ninguna manera implica la terminación de la instancia ejercitada por el quejoso, pues, en atención a lo previsto por los citados numerales, los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación -Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito-, deben garantizar que al quejoso se le resuelva la pretensión inicialmente externada en la demanda de amparo, lo que se cumple cuando, después de resuelto el juicio de garantías, se ordena enviar el negocio a la autoridad competente para tal efecto. Con ese proceder se cumple con el compromiso que el Estado Mexicano asumió no sólo de garantizar que la autoridad competente decida sobre los derechos de toda persona que haga valer algún recurso, sino también de desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y garantizar el cumplimiento de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso relativo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA TERCERA REGIÓN, CON RESIDENCIA EN GUADALAJARA, JALISCO.

Amparo en revisión 980/2011. Horacio Barba Padilla. 14 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Juan José Rosales Sánchez. Secretaria: Karla Lizet Rosales Márquez.

Amparo en revisión 995/2011. Víctor Blanco Hernández. 14 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Juan José Rosales Sánchez. Secretaria: Karla Lizet Rosales Márquez.

Amparo en revisión 977/2011. Elizabeth Corona Mendoza. 5 de enero de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Juan José Rosales Sánchez. Secretario: Jesús Alberto Ávila Garavito.

Amparo en revisión (improcedencia) 61/2012. Jorge Antonio Estrada López. 19 de enero de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Juan José Rosales Sánchez. Secretaria: Karla Lizet Rosales Márquez.

4.- Décima Época

IUS: 2001299

Tribunales Colegiados de Circuito

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2

Materia(s): Constitucional

Tesis: XVI.1o.A.T.5 K (10a.)

Página: 1753

Tesis Aislada

DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO, SENCILLO Y RÁPIDO, TUTELADO POR EL ARTÍCULO 25, NUMERAL 1, DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. SU EFECTIVIDAD NO IMPLICA SOSLAYAR LAS REGLAS DE PROCEDENCIA DE LOS MEDIOS DE DEFENSA.

El citado artículo y numeral, de observancia obligatoria en términos del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tutela el derecho que toda persona tiene a un recurso efectivo, sencillo y rápido, ante los Jueces o tribunales competentes, a fin de defender sus derechos. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado, en distintas ejecutorias, que no basta que el recurso se prevea

en la legislación interna del Estado o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea idóneo para remediar la violación o agravio que ocasione el acto materia de impugnación; sin embargo, tal declaración no significa que no haya restricción alguna para acceder al recurso, lato sensu, ya que la propia Corte, al resolver sobre la extemporaneidad de una demanda, asumió que debe guardarse un justo equilibrio entre la protección de los derechos humanos, como fin último del sistema, y la seguridad jurídica y equidad procesal que garantizan la estabilidad y confiabilidad de la tutela internacional, por lo que, precisó que continuar con un proceso enderezado para lograr la protección jurisdiccional, estando de por medio infracciones manifiestas a las reglas procedimentales previstas, acarrearía la pérdida de la autoridad y credibilidad indispensables en los órganos encargados de administrar el sistema de protección de derechos humanos (Caso Cayara contra Perú, Excepciones Preliminares, sentencia de tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, párrafo 63). Ahora bien, este Tribunal Colegiado de Circuito ha considerado al respecto que todo proceso está sujeto a reglas fundamentales relacionadas con el acceso a la justicia y, una de ellas, es la vinculada, en un aspecto negativo, con la preclusión, figura procesal que lleva a la clausura definitiva de cada una de las etapas del proceso y permite que las resoluciones judiciales susceptibles de impugnarse a través de los recursos o medios ordinarios de defensa adquieran firmeza si no se ejerce ese derecho o no se hace en la forma legal prevista. Por tanto, la efectividad del indicado derecho no implica soslayar las reglas de procedencia de los medios de defensa, pues ello, además de contravenir el principio de impartición de justicia pronta, desatendería los de equidad procesal y seguridad jurídica tutelados en los artículos 14, 16 y 17 constitucionales, debido a que el recurrente obtendría un beneficio no previsto en la norma e, incluso, contrario a ella, con lo que, siguiendo a la Corte Interamericana, se pondría en duda la fuerza vinculante de los fallos y demeritaría la autoridad y credibilidad indispensables en los órganos encargados de administrar

justicia, al inobservar las disposiciones legales que regulan el acceso a la protección de los derechos humanos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Reclamación 5/2012. José Ascención Mojica Mendoza. 19 de abril de 2012.

Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Estrada Jungo. Secretario: Edgar Martín Gasca de la Peña.

5.- Décima Época

IUS:2003381

Tribunales Colegiados de Circuito

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3

Materia(s): Constitucional, Común

Tesis: XVII.1o.C.T.15 K (10a.)

Página: 2274

Tesis Aislada

RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. LAS CAUSAS DE IMPROCEDENCIA PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO, NO CONSTITUYEN UNA VIOLACIÓN A DICHO DERECHO HUMANO.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el artículo 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales, lo cual no se reduce simplemente a la mera existencia de órganos jurisdiccionales o procedimientos formales, ni a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino que los recursos deben tener efectividad real. Asimismo, ha determinado que

por razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole; de tal manera que si bien dichos recursos deben estar disponibles para el interesado, a fin de resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado y, en su caso, proveer la reparación adecuada, lo cierto es que no siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deben resolver el fondo del asunto que les es planteado, sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado. En esas condiciones, aun cuando la improcedencia del juicio de amparo constituye un impedimento legal para resolver en el fondo sobre la existencia o no de alguna violación a los derechos fundamentales de quien se dice agraviado por algún acto de autoridad, tenemos que las causas de improcedencia previstas en la Ley de Amparo no son violatorias del derecho humano del recurso judicial efectivo, porque encuentran su razonabilidad en la medida de que se justifican en el derecho a recibir justicia pronta y expedita, tutelado por el artículo 17 constitucional, al evitar que los juicios de amparo proliferen de manera desmedida, haciendo nugatorio, precisamente, el referido derecho fundamental, debido a la demora en la solución de los conflictos, por lo que es válido sostener que la norma interna tiene un propósito legítimo, esto es, el condicionar el acceso a los tribunales para evitar un sobrecargo de casos sin méritos y, por ende, se insiste, no es incompatible con el derecho humano de trato.

*PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO
DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.*

Amparo en revisión (improcedencia) 242/2012. Enrique Tarango Flores. 14 de febrero de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Torres García. Secretaria: Consuelo Alejandra Morales Lorenzini.

6.- Décima Época

IUS: 2003108

Tribunales Colegiados de Circuito

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3

Materia(s): Constitucional, Común

Tesis: IV.2o.A.19 K (10a.)

Página: 2056

Tesis Aislada

PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD EN EL AMPARO. EL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XV, DE LA LEY DE LA MATERIA QUE LO PREVÉ, RESPETA EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE ACCESO A LA JUSTICIA Y A UN RECURSO EFECTIVO.

Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen en favor de las personas los derechos humanos de acceso a la justicia y a un recurso efectivo, los cuales suponen un estándar internacional mínimo de protección que los Estados miembros de dicho instrumento internacional deben adoptar en sus normas de derecho interno. Bajo esta perspectiva, el hecho de que el artículo 73, fracción XV, de la Ley de Amparo condicione la procedencia del juicio de amparo al agotamiento de los recursos ordinarios, respeta ese estándar internacional pues, en primer lugar, no se priva al particular del acceso a la justicia o aun recurso judicial efectivo, dado que dentro del derecho positivo mexicano existen otros medios de defensa como el juicio contencioso administrativo federal previsto en los artículos 2o. de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, o bien, los recursos ante la propia autoridad administrativa y, en segundo, el principio de definitividad del juicio de amparo contiene un

presupuesto procesal que se encuentra justificado en el hecho de evitar su proliferación innecesaria, en atención a su naturaleza de medio extraordinario. Aunado a lo anterior, el alcance de los referidos derechos humanos no implica soslayar presupuestos procesales que no resulten excesivos o desproporcionales para hacer procedente una vía jurisdiccional, según lo estableció la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 2a. LXXXI/2012 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIV, Tomo 2, noviembre de 2012, página 1587, de rubro: DERECHO DE ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. SU APLICACIÓN RESPECTO DE LOS DEMÁS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL"

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 268/2012. Desarrollos Onix, S.A. de C.V. 6 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Elías Gallegos Benítez. Secretario: Edmundo Raúl González Villaumé.

7.- Décima Época

IUS: 2003252

Tribunales Colegiados de Circuito

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3

Materia(s): Constitucional, Común

Tesis: XI.C.2 K (10a.)

Página: 2060

Tesis Aislada

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. LA PLURALIDAD DE RECURSOS NO SE ENCUENTRA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 25.1, DE LA

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, NI EN LOS DIVERSOS 14 Y 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

De conformidad con el artículo 25.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los Jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales." Por su parte, los artículos 14 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagran los derechos de audiencia y de acceso a la justicia pronta, completa e imparcial, de donde se advierte que dichas disposiciones se encuentran en un plano de igualdad, sin que en alguna de ellas se prevea algún derecho humano de mayor jerarquía, por lo cual, no existe la necesidad de que en el ejercicio del control de convencionalidad se prefiera la aplicación de una norma sobre la otra invocándose el principio pro persona, es decir, apelando a la interpretación más benéfica al derecho humano de que se trate, toda vez que la legislación local prevé la tramitación de dos instancias dentro del procedimiento jurisdiccional, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que está previsto el derecho a un recurso sencillo y rápido; es decir, no a dos o más, pues de otra manera se traduciría en una cadena interminable de recursos en franca violación de la garantía de acceso a la justicia pronta y expedita, así como al principio de firmeza del procedimiento.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1315/2011. Elena García Arreola. 28 de febrero de 2013.

*Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Federico Gutiérrez de Velasco Romo.
Secretario: Luis Ángel Hernández Hernández.*

VI.IV.- FUNDAMENTO JURÍDICO EN LAS OPINIONES CONSULTIVAS

Dentro de las Opiniones Consultivas relacionadas con los derechos de los migrantes tenemos la **Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-18/03, del 17.09.2003, Serie A, n.18)** sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, solicitada a petición del Estado Mexicano y de la cual dicho tribunal fue el primero en pronunciarse sobre dicha materia.

En esta opinión consultiva solicitada por el Estado Mexicano, hace referencia a la **cláusula Martens** como aquella que entraña el mínimo de humanidad, es decir la dignidad de la persona humana, además de fungir como principio fundamental de derecho internacional humanitario, y considerada también por algunos autores como base general de los derechos humanos, en el caso concreto el Estado Mexicano argumentó que dicha cláusula como principio de derecho internacional aplicaba también para los migrantes, al respecto el Juez Cancado Trindade afirma que “La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio de todo el género humano, manteniendo así su gran actualidad.” Incluso la llega a considerar como “expresión de la razón de humanidad imponiendo límites a la razón de Estado”⁸⁶

Las normas cuya interpretación solicitó México al Tribunal dentro de la OC-18/03, del 17.09.2003, Serie A, n.18 son las siguientes:

⁸⁶ CANCADO Trindade, Antonio Augusto, Op. Cit. p. 63.

- Los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], así como 1 y 24 de la Convención Americana, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?
- A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?

Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, [ambos] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

- ¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles *erga omnes*?

- ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de *ius cogens*? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la Carta de la OEA.

A lo que la Corte Interamericana contestó:

En cuanto a la primera pregunta de la consulta (supra párr. 4)

De conformidad con el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo II de la Declaración Americana, en el artículo 24 de la Convención Americana, en el artículo 7 de la Declaración Universal y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda medida que propicie un trato perjudicialmente distinto a personas o grupos de personas que se encuentren en el territorio de un Estado americano y sujetas a su jurisdicción, es contraria al reconocimiento de igualdad ante la ley, que prohíbe todo tratamiento discriminatorio con apoyo en la ley.

Los trabajadores en situación irregular son objeto de un tratamiento hostil debido a su condición migratoria y, en consecuencia, son considerados como un grupo inferior en relación con el resto de los trabajadores legales o nacionales del Estado que se trata.

Un órgano de un Estado parte en los instrumentos internacionales anteriormente mencionados que, al interpretar su legislación interna, afirme alguna diferencia de trato en el goce y disfrute de un derecho laboral, basado solamente en la condición migratoria de un trabajador, estaría haciendo una interpretación contraria al principio de igualdad jurídica.

Tal interpretación puede servir de justificación para que los empleadores despidan a trabajadores indocumentados, al amparo de un criterio preestablecido que supone la supresión de ciertos derechos laborales en razón de la condición migratoria irregular.

La circunstancia anteriormente descrita es aún más grave si se toma en cuenta que la misma situación irregular de los trabajadores indocumentados provoca que éstos sientan temor de acudir a las instancias gubernamentales encargadas de vigilar el cumplimiento de las normas laborales y, consecuentemente, los empleadores que incurren en estas prácticas no son sancionados. A diferencia de lo que sucede cuando se despide a trabajadores nacionales o residentes legales, resulta económicamente más ventajoso despedir al trabajador indocumentado debido a que el patrono no estará obligado a indemnizar en forma alguna por tales despidos, dándose una *clara contradicción con el principio de igualdad ante la ley*.

El Derecho a la Igualdad ante la ley, que va muy de la mano con el Derecho al Acceso a un Recurso Efectivo, no sólo tiene aplicación respecto del goce y ejercicio de los derechos laborales, sino además se hace extensivo a todo derecho reconocido en la legislación interna, de manera que abarca *un universo de derechos mucho más amplio que los derechos y libertades fundamentales consagrados en el derecho internacional*. Este alcance del derecho a la igualdad “tiene importantes aplicaciones en la competencia de los órganos de derechos humanos”. Por ejemplo, el Comité de Derechos

Humanos de las Naciones Unidas ha examinado denuncias sobre discriminación de derechos que no se encuentran contemplados expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, rechazando el argumento de que carece de competencia para conocer denuncias sobre discriminación en el goce de los derechos protegidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

México se refirió a lo dispuesto en la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto a la segunda pregunta de la consulta (supra párr. 4)

De lo estipulado en los artículos 2.1 de la Declaración Universal, II de la Declaración Americana, 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1 y 24 de la Convención Americana, se desprende la obligación de los Estados de garantizar el goce y ejercicio efectivo de los derechos contemplados en tales disposiciones, así como la prohibición de discriminar por motivos de cualquier índole.

La obligación de los Estados americanos de cumplir con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos *va más allá del simple hecho de contar con un orden jurídico que garantice el cumplimiento de tales derechos*. Los actos de todos los órganos de un Estado americano deben respetar estrictamente tales derechos, de forma que *la actuación de los órganos estatales desemboque en el real cumplimiento y ejercicio de los derechos humanos garantizados en instrumentos internacionales*.

Los actos de un órgano de un Estado americano que tuvieran como efecto situaciones de hecho contrarias al goce efectivo de los derechos humanos fundamentales, serían contrarios a la obligación estatal de adecuar su

conducta a los estándares fijados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En cuanto a la tercera pregunta de la consulta (supra párr. 4)

Es “inaceptable” que un Estado americano subordine o condicione, de cualquier forma, la observancia de los derechos humanos fundamentales a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, soslayando obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otras obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos oponibles erga omnes.

Esto es así, aunque para justificar tal comportamiento se invocaran objetivos de política interna previstos en la legislación doméstica y considerados, desde el punto de vista gubernamental, como legítimos para la consecución de ciertos fines, “incluido por ejemplo, la aplicación de una política de control migratorio basada en la lucha contra el empleo de extranjeros indocumentados”.

Ni siquiera tratándose del orden público -que es el fin último de cualquier Estado de derecho- es aceptable restringir el goce y ejercicio de un derecho. Mucho menos aceptable sería pretender hacerlo invocando objetivos de política interna contrarios al bien común.

Si bien, en algunos casos y bajo condiciones muy específicas, un Estado americano puede restringir o condicionar el goce de un determinado derecho, en el hipotético planteado a la Corte no se satisfarían los requisitos para tal condicionamiento.

El artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla la primacía de la norma más favorable a la víctima, *que obliga a*

buscar, en el corpus iuris gentium, la norma enderezada a conseguir aquello que redunde en beneficio del ser humano como titular principalísimo de los derechos protegidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

Se trata de una especie de “traslación” al Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la cláusula Martens, propia del Derecho Internacional Humanitario, la cual confirma el principio de la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en toda circunstancia, incluso cuando los tratados existentes no regulen determinadas situaciones.

Los efectos jurídicos de las obligaciones erga omnes lato sensu no se despliegan sólo entre las partes contratantes del instrumento de que se trate. Tales efectos *se producen a la manera de derechos en favor de terceros (stipulation pour autrui), reconociéndose así el derecho, e incluso la obligación, para los demás Estados -sean o no Partes del instrumento en cuestión- de garantizar su cumplimiento.*

Al respecto, México invocó las decisiones de la Corte Internacional de justicia en los casos contenciosos de la Barcelona Traction (1970), de East Timor (1995) y de la Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1996).

La jurisprudencia internacional, con excepción de la relativa a crímenes de guerra, *“no ha despejado a plenitud el régimen jurídico aplicable a las obligaciones erga omnes, o en el mejor de los casos lo ha hecho con cautela y quizás cierto temor. La Corte Interamericana de Derechos Humanos está llamada aquí a desempeñar un papel esencial para fijar el derecho aplicable y hacer valer la garantía colectiva que se desprende del artículo 1 de su Estatuto.*

En cuanto a la cuarta pregunta de la consulta (supra párr. 4)

Es abundante *la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones (artículo 38, párrafo d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), que ha sostenido que los derechos humanos fundamentales pertenecen ab initio al dominio de las normas de ius cogens.*

También existen opiniones individuales de jueces en relación con el efecto jurídico que deriva del reconocimiento de que una disposición goza de los atributos inherentes a una norma de jus cogens, conforme al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

México se refirió a los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional a los artículos 40 y 41 del entonces proyecto sobre la responsabilidad de los Estados.

En forma similar a lo que ocurre en relación con las obligaciones erga omnes, *la jurisprudencia ha obrado con precaución o incluso a la zaga de la opinio iuris communis (esta última como manifestación de la conciencia jurídica universal), para consagrar, de una vez por todas, las normas de jus cogens en lo referente a la protección de los derechos humanos fundamentales y hacer luz respecto de su régimen jurídico.*

Luego entonces, contamos con el fundamento teórico y jurídico del Derecho a un Recurso Efectivo de los migrantes en situación irregular, que justifican nuestro objeto de estudio, que si bien están contenidas en los instrumentos internacionales que analizamos, también observamos sus reservas, tal es el caso del **artículo primero** de la **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial** (1965) que establece una excepción al principio de no discriminación, y es precisamente la derivada de la preferencia que un Estado realice entre ciudadanos y no

ciudadanos, lo cual por ende, quiere decir que esta Convención no se puede aplicar en contra de las políticas migratorias de los Estados.

Así como el ejemplo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, encontramos la **Convención internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares** que en su **artículo 35** deja en claro que ninguna de las disposiciones de la misma, implican la regularización de la situación de los trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular, ni siquiera dichas disposiciones implican que su situación sea así regulada, lo cual de igual forma, deja al Estado en total libertad de aplicar las políticas migratorias que considere necesarias, incluso justificándolas con el tema de seguridad nacional y orden público, nuevamente dejando desprotegidos a las personas migrantes en situación irregular.

Sin embargo, la Opinión Consultiva (OC-18/03) del sistema regional de Derechos Humanos brinda un panorama más favorable a favor de los derechos de los migrantes en situación irregular, lo cual brinda una esperanza de poder darse el cambio de paradigma, superando así la teoría de la ciudadanía de T. H. Marshall y e incluyendo cada vez más el Constitucionalismo mundial propuesto por Ferrajoli.

CAPÍTULO SEGUNDO: SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS MIGRANTES Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO MIGRATORIO EN MÉXICO.

“La situación migratoria de un migrante no impedirá el ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano (...).

El Estado mexicano garantizará el derecho a la seguridad personal de los migrantes con independencia de su situación migratoria.”

Artículo 66 Ley de Migración.

I.- EL INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACION.

El extranjero en México goza de todas las garantías establecidas por la Constitución, sin embargo cuando un extranjero decide internarse y permanecer legalmente en el país, debe cumplir con “las disposiciones migratorias de carácter administrativo”⁸⁷ que determine la propia Ley de Migración.

A partir del año 1993, se creó el Instituto Nacional de Migración, el cual es un **Órgano Técnico Desconcentrado de la Administración Pública Federal**, dependiente de la Secretaría de Gobernación encargado de regular el ingreso y la permanencia de los extranjeros en territorio nacional, por lo que se convierte en el Órgano idóneo cuya tarea principal es aplicar la legislación migratoria vigente, así como de *“la planeación, ejecución, control, supervisión y evaluación de los servicios migratorios, y el ejercicio de la coordinación con*

⁸⁷ PEREZNIETO Castro, Leonel, Op. Cit., p.87.

las diversas dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, que concurren en la atención y solución de los asuntos relacionados con la materia”⁸⁸.

Cabe recordar que el régimen de centralización administrativa con desconcentración, o simplemente desconcentración “*se caracteriza por la existencia de órganos administrativos, que no se desligan del poder central y a quienes se les otorgan ciertas facultades exclusivas para actuar y decidir, pero dentro de límites y responsabilidades precisas, que no los alejan de la propia administración. Los organismos centralizados y desconcentrados no tienen autonomía orgánica, ni autonomía financiera independiente, su situación se liga a la estructura del poder central.*”⁸⁹

I.I.- ANTECEDENTES DEL INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACION⁹⁰.

Luego de la independencia de México, debido a la escasa población en el territorio nacional y con el objetivo de aumentar la población, se emitió el Decreto sobre Colonización del 18 de agosto de 1824, el cual ofreció a los extranjeros la posibilidad de establecerse en el territorio nacional, otorgando seguridad jurídica a su integridad física y a sus propiedades, siempre y cuando se sujetasen a las leyes del país.

A mediados del siglo XIX, se publicó el Decreto sobre Extranjería y Nacionalidad de los Habitantes de la República Mexicana del 30 de enero de 1854. Entre otras disposiciones, se estableció que los extranjeros no

⁸⁸Fuente de consulta: <http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/260537/782177/file/FACILITACION%20A%20TURISMO.pdf>. Fecha de consulta: 24/08/2013.

⁸⁹ SIERRA Rojas, Andrés, Op. Cit., p. 524.

⁹⁰De acuerdo a su página de internet. Fuente de consulta: <http://www.inm.gob.mx/index.php/page/Antecedentes> Fecha de consulta: 03/10/2013.

gozarían de derechos políticos, no podrían obtener beneficios eclesiásticos, tampoco podrían ejercer la pesca en las costas mexicanas, ni practicar el comercio por medio de sus buques mercantes; igualmente, no podrían obtener cargos municipales, ni otros similares en el Estado.

Como una secuela de la Reforma, El 16 de marzo de 1861 se instauró un registro para matricular a los extranjeros ante la Secretaría de Estado y del Despacho de Relaciones Exteriores, a efecto de hacer constar su nacionalidad y gozar de los derechos que les concediesen las Leyes y los Tratados que México hubiese firmado con sus respectivas naciones.

Por su parte, la política migratoria de colonización emprendida en el Porfiriato dio origen a la Ley de Extranjería y Naturalización del 20 de mayo de 1886, en la cual se incorporó el derecho de los extranjeros para radicar en el país. Además, se dispuso que los extranjeros gozaran de los derechos civiles y garantías otorgadas por la Constitución mexicana de la misma manera que los nacionales, salvo la facultad del gobierno para deportar a "extranjeros perniciosos".

Ya entrado el siglo XX, el 22 de diciembre de 1908 se publicó la primera Ley de Inmigración o también conocida como Ley de Migración⁹¹, correspondiendo su aplicación a la Secretaría de Estado y del Despacho de Gobernación a través de inspectores, agentes auxiliares y Consejos de Inmigración. Con esta primera ley sobre el tema, se restringió por primera vez la inmigración de los extranjeros en México. Dicha ley estableció restricciones para la admisión de extranjeros, entre otras razones por motivos de salud pública, concretamente epidemias de la peste bubónica, del cólera,

⁹¹ "Los Extranjeros en México", INEGI, documento derivado del XII Censo General de Población y Vivienda 2000, p.3. Fuente de consulta: http://www.inegi.gob.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/estudios/sociodemografico/ext_en_mex/extraen_mex.pdf Fecha de consulta: 07/06/2014.

del beriberi y del tracoma, entre otras, introducidas principalmente por los emigrantes asiáticos provenientes de Estados Unidos de América. Asimismo, determinó que los extranjeros con residencia de más de tres años sin ausencias serían "equiparables" a los ciudadanos mexicanos.

En marzo de 1926, el entonces presidente Plutarco Elías Calles promulgó una nueva Ley de Migración, que derogó a la Ley de Inmigración antes mencionada. Dicha norma respondió a la tendencia nacionalista de la Revolución Mexicana y adoptó una política tendiente a proteger los intereses nacionales y de su economía. Así, estableció la obligación de los extranjeros de comprobar buena conducta y forma honesta de vivir, y atenerse a la inspección de las autoridades migratorias.

Esta Ley enumeró los casos en que se restringía la inmigración de extranjeros, entre ellos a la mano de obra foránea, además de vedar la inmigración de extranjeros narcotraficantes y toxicómanos y **se tipificó por vez primera como delito el tráfico de indocumentados.**

Asimismo, esa Ley estableció el Registro de Extranjeros y Nacionales, obligaba a documentar las entradas y salidas del país, **creó una tarjeta para identificar a los migrantes, registrar los movimientos migratorios y controlar el cumplimiento de las normas**, además de regular la salida de trabajadores mexicanos al extranjero, además se destacaba *“La preocupación por la condición física y la calidad moral del inmigrante mantuvo una importancia elemental en la definición del extranjero que ingresaría al país, por lo que cualquier persona interesada en venir a México debía exhibir, al momento de su ingreso, una carta de buena conducta, tener un oficio o profesión y someterse a un examen de salubridad; los inmigrantes trabajadores debían presentar el contrato previo de trabajo, que no sería menor a un año de duración, o demostrar solvencia económica como para*

afrontar las necesidades individuales y familiares por un término de tres meses, a partir de la fecha de entrada; además, disponer de la suma necesaria para cubrir sus gastos de manutención y transporte hasta su lugar de destino en el país”⁹²

El 30 de agosto de 1930, durante el gobierno de Pascual Ortiz Rubio, fue promulgada una nueva Ley de Migración, la Tercera, que recogió buena parte del espíritu de la anterior y simplificó muchos de sus procedimientos.

Dicha Ley dividió el servicio de migración en central, a cargo del Departamento de Migración de la Secretaría de Gobernación, de puertos y fronteras, e interior y exterior. Dicho instrumento ordenó la creación del Consejo Consultivo de Migración, en tanto que el Registro de Extranjeros quedó a cargo de los ayuntamientos y delegaciones del Distrito y territorios federales. Es curioso que en este sentido, esta Tercera Ley de Migración establecía una clara diferencia en la clase de migrantes, hasta llegar a un punto que bien podríamos considerar como discriminatorio, al establecer que *“se considera de público beneficio la inmigración individual o colectiva, de extranjeros sanos, capacitados para el trabajo, de buen comportamiento y pertenecientes a razas que por sus condiciones, sean fácilmente asimilables a nuestro medio, con beneficio para la especie y para las condiciones económicas del país”*.⁹³

Por otro lado, en agosto de 1936, durante la presidencia de Lázaro Cárdenas del Río, se promulgó la Ley General de Población para regular los asuntos migratorios y los relativos al turismo, la demografía y la identificación y registro de personas. También se creó la Dirección General de Población dentro de la Secretaría de Gobernación.

⁹² *Ibíd.*

⁹³ MÉXICO: Ley de Migración de 1930.

Dicha Ley estableció las calidades migratorias de turistas, transmigrantes, visitante local, visitante, inmigrante e inmigrado, en este último caso después de residir cinco años o por contraer matrimonio con mexicano o mexicana y tener medios necesarios para el sustento. Asimismo, la norma dispuso la figura de los depósitos o fianzas como garantía para que los extranjeros pagasen una "eventual" repatriación.

Con el fin de ampliar algunos aspectos contemplados en la ley anterior, en diciembre de 1947, durante el periodo de Miguel Alemán, se promulgó una nueva Ley General de Población que prevaleció hasta 1974.

Esta Ley facilitó la inmigración colectiva de extranjeros sanos, que demostraran buen comportamiento y fueran fácilmente asimilables. Suprimió el otorgamiento de fianzas o garantías personales de repatriación. Estableció las tres calidades migratorias hasta ahora vigentes: No Inmigrante, Inmigrante e Inmigrado y circunscribió el Registro Nacional de Extranjeros a las dos últimas calidades. Simplificó los requisitos de internación para inversionistas, técnicos, peritos o personal especializado. Por último, dispuso el establecimiento de estaciones migratorias.

De la misma manera, el 7 de enero de 1974, durante el periodo presidencial de Luis Echeverría Álvarez, fue publicada una nueva Ley General de Población. Dicha norma, suprimió la inmigración colectiva y amplió el beneficio de asilo territorial a extranjeros de cualquier nacionalidad. Definió los criterios para negar la entrada al país o el cambio de calidad o característica del extranjero. Determinó la necesidad de permiso previo de la Secretaría de Gobernación para que los extranjeros adquirieran bienes inmuebles, derechos sobre éstos o acciones de empresas. Además, instituyó el delito por el que se sanciona a quienes lucran con migrantes.

En julio de 1977 la Dirección General de Población se transformó en Dirección General de Servicios Migratorios, como el antecedente más inmediato del INM. Desde 1989 se creó el Programa Bienvenido Paisano, para atender a los connacionales que visitan México desde los Estados Unidos, el cual opera actualmente como programa interinstitucional Paisano coordinado por el INM.

En 1990 se adicionaron las características migratorias de refugiados y asimilados a la Ley General de Población, con lo cual fue se dio respuesta efectiva al refugio de guatemaltecos que se registró en la frontera sur de México desde finales de los años 70 y hasta mediados de los años 90.

El 19 de octubre de 1993, fue creado el Instituto Nacional de Migración, el cual tiene por objeto la planeación, ejecución, control, supervisión y evaluación de los servicios migratorios, al igual que las relaciones de coordinación con las diferentes dependencias de la Administración Pública Federal que concurren en la atención y solución de los asuntos relacionados con la materia.

La reforma a la Ley General de Población de 1996 ajustó diversos aspectos de la legislación migratoria, entre los cuales se permite el registro de los hijos de extranjeros nacidos en territorio nacional, sin solicitar la comprobación previa de la legal estancia de los padres. Asimismo, se estableció la obligatoriedad de que los matrimonios y divorcios entre mexicanos y extranjeros se inscriban en el Registro Nacional de Extranjeros, y se incrementaron las sanciones para los traficantes de personas y servidores públicos que incurran en esta conducta delictiva.

En el año 2000 se incorporó en el Reglamento de la Ley General de

Población la facultad de la autoridad migratoria para crear grupos de protección a migrantes, lo cual es el sustento legal para la creación y funcionamiento de los Grupos Beta que coordina el Instituto Nacional de Migración, con la participación de los Estados y Municipios correspondientes. Finalmente, el día 18 de mayo de 2005 mediante acuerdo, es reconocido como instancia de seguridad nacional.

De suerte tal que el extranjero que desee internarse en territorio nacional, deberá contar con una autorización administrativa que debe constar a través de un documento migratorio que determinará su condición de estancia, cuando cumple con los requisitos administrativos será regular, de lo contrario será irregular, de conformidad con el artículo 3 de la Ley de Migración, la condición de estancia se otorga según la intención de residencia y, en algunos casos, en atención a la actividad que desarrollará el extranjero dentro del país.

Siguiendo este orden de ideas, tenemos por una parte que toda persona (nacional o extranjero) goza de los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales de los que México es parte por el solo hecho de encontrarse en territorio nacional, sin embargo, esto no implica que no deban regularse el ingreso y la estancia de los extranjeros en México mediante normas jurídicas que se derivan de una política migratoria y poblacional, como lo indica Leonel Pereznieto:⁹⁴ *“En este último sentido, (regulación del ingreso y estancia de los extranjeros en México) las medidas son de carácter administrativo y de orden público y regulan las actividades del extranjero en México conforme a una política migratoria previamente definida, que varía de tiempo en tiempo de acuerdo con la ideología política del gobierno en turno y con las condiciones económicas del país, como es el caso del empleo, además de criterios poblacionales en general”.*

⁹⁴ PEREZNIETO Castro, Leonel, Op. Cit., p.88.

La Ley de Migración vigente, a su vez establece algunos derechos de los migrantes que están contenidos en el Título Segundo, los cuales vamos a enunciar y analizar:

I.II.- DERECHOS DE LOS MIGRANTES DE ACUERDO CON LA LEY DE MIGRACION).

Recientemente el Instituto Nacional de Migración publicó en su página de internet un Manual sobre los Derechos Humanos de las Personas Migrantes que transitan por México, que finalmente destacan los derechos contenidos en la Ley de Migración vigente, así como las obligaciones a cargo de la autoridad migratoria, es decir, del propio Instituto Nacional de Migración.

Entre los derechos de las personas migrantes, destacan los siguientes:

1.- **Libertad de tránsito.**

2.- **Acceso a los servicios educativos** independientemente de su situación migratoria.

3.- **Recibir atención médica** independientemente de su situación migratoria.

4.- **Autorización de los actos del estado civil**, la expedición de las actas relativas al nacimiento, reconocimiento de hijos, matrimonio, divorcio y muerte, independientemente de su situación migratoria. (Artículo 9 LM)

En este punto, cabe hacer un paréntesis para mencionar que de acuerdo a la teoría existe una diferencia entre Estatuto Personal y Ley Personal.

Dentro del concepto de Estatuto Personal al que podemos describir como “*un concepto jurídico que describe diversos supuestos fáctico-normativos referidos a una persona en la medida en que se encuentra vinculada con un ordenamiento jurídico específico y puede comprender los hechos o actos jurídicos que realiza*”⁹⁵ El Estado Civil y la capacidad de las personas son parte del Estatuto Personal, y a su vez para Leonel Pereznieta⁹⁶ el Estado Civil en México abarca el nacimiento, la familia y la ausencia de personas.

Al respecto, el **Código Civil del Estado de Querétaro** establece lineamientos que rigen el Estatuto Personal para los extranjeros, por ejemplo, en su **artículo 72** se establece que: “Tratándose de la celebración de actos del estado civil en que intervengan extranjeros, deberá exigirse: I.- Que el extranjero acredite su legal estancia en el país; y II- Tratándose de matrimonio o divorcio entre un nacional y un extranjero o entre extranjeros, deberá exhibirse el permiso expedido por la Secretaría de Gobernación en que se autorice la celebración del acto.”

Por su parte el artículo **83 del CCEQ**, establece la obligación de los Oficiales del Registro Civil para inscribir las actas de nacimiento de los hijos de extranjeros independientemente de la condición migratoria de los padres: “*Los Oficiales del Registro Civil inscribirán las actas de nacimiento de los hijos de extranjeros, cuando los hijos hayan nacido en territorio nacional, independientemente de la condición migratoria de los padres o de la persona que presenta al menor.*”

Como mencione anteriormente, el Estado Civil también forma parte del Estatuto Personal, y en el **artículo 95 del CCEQ**, se enuncian los requisitos

⁹⁵ *Ibíd.*, p.57.

⁹⁶ *Ibíd.*, p.39.

que deberán presentar en la solicitud las personas que pretendan contraer matrimonio, entre los cuales no encontramos ningún requisito que haga mención a la situación de estancia del extranjero.

Sin embargo, el **artículo 110** del CCEQ si establece la excepción por la cual los oficiales del Registro Civil pueden negarse a autorizar la celebración de un matrimonio: *“Los Oficiales del Registro Civil, sólo podrán negarse a autorizar un matrimonio, cuando por los términos de la solicitud, por el conocimiento que tengan de los interesados o por denuncia en forma, tuvieren noticia de que alguno o ambos, carecen de aptitud legal para contraer matrimonio. Los interesados podrán ocurrir ante el Director del Registro Civil, quien luego de oírlos, resolverá en definitiva.”*

Y el **artículo 111** del mismo CCEQ establece la sanción para el Oficial que demore injustificadamente la celebración de un matrimonio: *“El Oficial del Registro Civil que, sin motivo justificado, retarde la celebración de un matrimonio, será castigado, la primera vez con multa equivalente a sesenta veces el salario mínimo general diario vigente en la zona; en caso de reincidencia, con la destitución de su cargo, lo cual se solicitará a la autoridad municipal de la cual dependa.”*

5.- El derecho a la preservación de la unidad familiar, solamente en los casos cuando el migrante pretenda ingresar de forma regular al país o que resida en territorio nacional de forma regular.

6.- Derecho a la procuración e impartición de justicia con apego al debido proceso así como presentar quejas en derechos humanos independientemente de su situación migratoria.

En este punto cabe destacar lo que se entiende sobre el debido proceso,

según el **artículo 222** del Reglamento de la **Ley de Migración** vigente consiste “*en que el procedimiento (migratorio) sea sustanciado por autoridad competente; el derecho a ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga; a tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio; a contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, en caso de que no hable o no entienda el español, y a que las resoluciones de la autoridad estén debidamente fundadas y motivadas*”⁹⁷.

7.- Derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, independientemente de su situación migratoria.

8.- Derecho a que se les proporcione información acerca de: a) sus derechos y obligaciones; b) requisitos establecidos por la Ley para su admisión, permanencia y salida; c) la posibilidad de solicitar reconocimiento de la condición de refugiado, de protección complementaria, concesión de asilo político y la determinación de apátrida y sus respectivos procedimientos para obtenerlos.

9.- Cuando no hable el idioma se le nombrará un traductor o interprete que tenga conocimiento de su lengua, independientemente de su situación migratoria. Es el mismo caso para sordomudos. En caso de migrantes que hayan recibido sentencia condenatoria, que se le informe de los tratados y convenciones internacionales suscritos por el estado para tal efecto.

10.- La integración de los migrantes a los distintos ámbitos de la vida en el país solo para aquellos que hayan obtenido la condición de estancia de residentes temporales y residentes permanentes.

⁹⁷ MÉXICO: Artículo 222. Reglamento de la Ley de Migración.

En lo que respecta a las obligaciones del Instituto Nacional de Migración, cuando se trata de menores de edad, este deberá:

- Informar a la niña, niño y adolescente el motivo de su presentación, de sus derechos dentro del procedimiento migratorio, de los servicios a que tiene acceso y se le pondrá en contacto con el consulado de su país, salvo que a juicio del Instituto o a solicitud del menor pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular.
- Una vez resuelta la situación migratoria del niño, niña o adolescente, y en caso de acordarse su retorno asistido se notificará la resolución al Consulado correspondiente, con tiempo suficiente para la recepción del niño, niña o adolescente en su país de nacionalidad o residencia.

I.III.- DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

El procedimiento administrativo migratorio, hoy por hoy es entendido como parte de las facultades discrecionales del Estado, en lugar de aceptar el derecho individual subjetivo de las personas a inmigrar, al respecto el Juez Trindade afirma que: *“a pesar de encontrarse hoy día reconocido el derecho a emigrar, como corolario del derecho a la libertad de movimiento, los Estados todavía no han reconocido el derecho correlato de inmigrar, creando así una situación que ha generado incongruencias y arbitrariedades, muchas veces afectando negativamente el debido proceso legal”*⁹⁸

Como en la mayoría de los procedimientos ya sean convencionales o

⁹⁸ CANCADO Trindade, Antonio Augusto, Op. Cit., p. 64.

administrativos, la ley establece ciertos plazos para la sustanciación del procedimiento que en la mayoría de las veces no se cumplen en la realidad. En el caso de la Ley de Migración por ejemplo, se establece un plazo no mayor de 15 días hábiles contados a partir de la presentación de un extranjero para que el Instituto Nacional de Migración resuelva su situación regular (artículo 111 de la Ley de Migración vigente).

El procedimiento administrativo migratorio comprende, de acuerdo al segundo párrafo del **artículo 68 de la Ley de Migración:**

- A) La presentación;**
- B) El alojamiento en las estaciones migratorias;**
- C) El retorno asistido, y;**
- C) La deportación.**

A continuación revisaré brevemente cada una de las etapas del procedimiento administrativo migratorio, de acuerdo con el artículo 68 de la Ley de Migración vigente, mismo que además de regirse por la propia Ley y su Reglamento, toma en cuenta las disposiciones administrativas de carácter general que emita la Secretaría de Gobernación y de forma supletoria la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y cabe destacar que de acuerdo al espíritu de la Ley de Migración y de conformidad con la Constitución, dicho procedimiento administrativo, deberá respetar plenamente los derechos humanos de los migrantes.

El extranjero que se encuentre bajo un procedimiento administrativo, y en lo que se dicta resolución definitiva, puede otorgar garantía suficiente y a satisfacción de la autoridad, así como establecer domicilio o lugar en el que permanecerá y no ausentarse del mismo.

A).- LA PRESENTACIÓN.

De conformidad con el **artículo 99** de la **Ley de Migración**, la Presentación de los extranjeros en Estaciones Migratorias, es de orden público, y se entiende como *“la medida dictada por el Instituto 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”*.

El extranjero que se encuentra bajo un procedimiento administrativo puede otorgar garantía suficiente y a satisfacción de la autoridad y deberá permanecer el domicilio o lugar que establezca y no ausentarse del mismo en lo que se dicta resolución definitiva.

B).- EL ALOJAMIENTO EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS.

A fin de sustanciar el procedimiento administrativo migratorio, el Instituto Nacional de Migración realiza la presentación de los extranjeros que se encuentren en situación irregular, derivado de las diligencias de verificación y/o revisión migratorias, ante las estaciones migratorias o estancias provisionales que previamente haya habilitado para tal efecto.

De acuerdo al **artículo 106** de la **Ley de Migración** está prohibido alojar a un número de migrantes que supere la capacidad física de la estación migratoria asignada, y en ningún caso utilizar los centros de encarcelamiento, de reclusión preventiva o de ejecución de sentencias como estaciones migratorias.

De acuerdo con la respuesta a la **solicitud de información número 0411100078113**, formulada a través del Sistema **INFOMEX**, mediante el

Oficio número DGCVM/DEM/567/2013 de fecha 15 de octubre del 2013, suscrito por el mayor y licenciado Carlos Alejandro Álvarez Flores, Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración, en respuesta al número de estaciones migratorias dependientes del Instituto Nacional de Migración en el territorio nacional se informa que actualmente existen 32 treinta y dos estaciones migratorias en la República Mexicana.

De acuerdo con datos estadísticos de Sin Fronteras I.A.P., se estima que *“alrededor de 88 mil personas, entre ellas 6 mil niños, niñas y adolescentes fueron detenidas durante 2012 en Estaciones Migratorias de México”*.⁹⁹

Dentro de los requisitos que las Estaciones Migratorias deben tener de acuerdo al **artículo 107** de la Ley de Migración vigente, tenemos las siguientes:

- Prestar servicios de asistencia médica, psicológica y jurídica;
- Atender los requerimientos alimentarios del extranjero presentado, ofreciéndole tres alimentos al día, cuidando la calidad de los alimentos y atendiendo las necesidades especiales de alimentación de niñas, niños, adolescentes, personas de la tercera edad y mujeres embarazadas, o personas que se encuentren bajo algún tratamiento médico;
- Mantener separados a hombres y mujeres a fin de asegurar su integridad física;
- Evitar el hacinamiento;
- Contar con espacios de recreación física;
- Permitir el acceso de representantes legales, o persona de su confianza y la asistencia consular;

⁹⁹Fuente de consulta: <http://www.sinfronteras.org.mx/index.php/es/infografias#dignidad-sin-excepcion-alternativas-a-la-detencion-migratoria-en-mexico> Fecha de consulta: 23 noviembre 2013.

- Permitir la visita de las personas que cumplan con los requisitos establecidos en las disposiciones jurídicas aplicables. (La negativa de acceso deberá entregarse por escrito debidamente fundada y motivada)

El plazo que cuenta al Instituto para resolver la situación de los extranjeros presentados en las Estaciones Migratorias, de acuerdo con el **artículo 111** de la Ley de Migración será en un plazo de 15 días hábiles contados a partir de su presentación. Sin embargo, el alojamiento de los presentados en la Estaciones Migratorias podrá exceder en los siguientes casos:

- Cuando no exista información fehaciente sobre su identidad y/o nacionalidad, o exista “*dificultad para la obtención de los documentos de identidad y viaje*”. Lo cual desde mi punto de vista es ambiguo, discrecional y subjetivo determinar a qué hace referencia la Ley con el término “dificultad para la obtención de los documentos de identidad y viaje”, esto puede prestarse a que la autoridad se conduzca con discrecionalidad al ampliar el plazo de 15 días para resolver la situación regular de un extranjero detenido.
- Cuando los consulados del país de origen requieran mayor tiempo para la expedición de los documentos de identidad.
- Cuando exista impedimento para su tránsito por terceros países u obstáculo para establecer el itinerario de viaje al destino final.
- Cuando por enfermedad o discapacidad física o mental médicamente comprobada, imposibilite viajar al migrante presentado.

Cuando exista alguno de los casos mencionados el alojamiento de los

extranjeros en las Estaciones Migratorias no podrá exceder de 60 días hábiles. En estos casos el Instituto les otorgará la condición de estancia de visitante con permiso para recibir una remuneración en el país, mientras exista el supuesto, y agotado el mismo, el Instituto deberá determinar la situación migratoria de extranjero.

Sin embargo existe otro supuesto que permite que el Instituto Nacional de Migración exceda el plazo inicial de 15 días, y que por su naturaleza, abre la posibilidad de mantener el alojamiento del extranjero por tiempo indefinido, este es el supuesto:

- Cuando se haya interpuesto un recurso administrativo o judicial en que se reclamen cuestiones inherentes a su situación migratoria en 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.

C).- EL RETORNO ASISTIDO.

De acuerdo al **artículo 118** de la **Ley de Migración** vigente, podrán solicitar el beneficio del retorno asistido, los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

I.- Se encuentren irregularmente en territorio nacional y a disposición del Instituto Nacional de Migración.

II.- No exista restricción legal emitida por autoridad competente para que abandonen el país

El retorno asistido de mayores de dieciocho años se llevará a cabo a petición expresa del extranjero y durante el procedimiento se garantizará el pleno respeto de sus derechos humanos. Cabe mencionar que de acuerdo al **artículo 119** de la **Ley de Migración** el extranjero tendrá derecho a:

“I. Ser informado de su derecho a recibir protección de su representación consular y comunicarse con ella. En caso de que el extranjero desee recibir la protección de su representación consular, se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible;

II. Recibir información acerca de la posibilidad de permanecer en el país de manera regular, así como del procedimiento de retorno asistido, incluyendo aquella relativa a los recursos jurídicos disponibles;

III. Avisar a sus familiares, representante legal o persona de su confianza, ya sea en territorio nacional o fuera de éste, para tal efecto, se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible;

IV. Contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, para el caso de que no hable o no entienda el español;

V. Que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente y el derecho a recibir asesoría legal, ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, así como tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio;

VI. Que el Instituto se cerciore que el extranjero posee la nacionalidad o residencia regular del país receptor;

VII. Ser trasladado junto con sus efectos personales, y

VIII. Que en el caso de que el extranjero sea rechazado por el país de destino, sea devuelto al territorio de los Estados Unidos Mexicanos para que el Instituto defina su situación migratoria”.

Cabe mencionar que en el procedimiento de retorno asistido se tomarán en cuenta los principios de preservación de la unidad familiar, y en el caso de

los menores de edad, se tomará en cuenta el interés superior del menor así como su situación de vulnerabilidad para establecer la forma en que serán trasladados a sus país de origen.

Por último, de acuerdo al **artículo 121** de la **Ley de Migración**, el extranjero que se encuentre sujeto al procedimiento de retorno asistido así como al procedimiento de deportación que mencionaré en seguida, en ambos casos permanecerá presentado en la estación migratoria, para lo cual el Instituto Nacional de Migración resolverá su situación regular en un plazo no mayor a 15 días hábiles contados a partir de su presentación, con las excepciones que mencionaré en el punto **III.I.- LA DETENCION PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACION A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES, INCLUIDOS EL DERECHO A LA LIBERTAD Y AL LIBRE TRANSITO** del **Capítulo Tercero** de este trabajo.

D).- LA DEPORTACIÓN.

La deportación entendida como el acto jurídico administrativo dictado por el Instituto Nacional de Migración para hacer abandonar del territorio nacional a la persona extranjera que no reúna los requisitos migratorios para su permanencia en el país, trae consigo ciertos derechos para aquellos extranjeros que se encuentren sujetos a este acto en el entendido que también forma parte del procedimiento administrativo migratorio, de acuerdo al **artículo 122** de la **Ley de Migración**, los derechos de los extranjeros sujetos a este procedimiento son:

- I. Ser notificados del inicio del procedimiento administrativo migratorio;*
- II. Recibir protección de su representación consular y comunicarse con ésta, excepto en el caso de que hayan solicitado el asilo político o el*

reconocimiento de la condición de refugiado. En caso de que el extranjero desee recibir la protección de su representación consular, se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible;

III. Avisar a sus familiares o persona de confianza, ya sea en territorio nacional o fuera de éste, para tal efecto se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible;

IV. Recibir información acerca del procedimiento de deportación, así como del derecho de interponer un recurso efectivo contra las resoluciones del Instituto;

V. Contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, para el caso de que no hable o no entienda el español, y

VI. Recibir asesoría legal.”

Si observamos, los derechos del extranjero en el procedimiento de deportación son más restringidos que en el procedimiento de retorno asistido, debido a que la deportación trae aparejada una restricción para ingresar al país por un tiempo determinado.

Cabe destacar que la Ley de Migración distingue conceptos como **Control migratorio**, **Verificación migratoria** y **Revisión migratoria**, dichos actos administrativos se presentan previo al inicio del procedimiento administrativo, y a continuación analizaré de forma sucinta.

El **Control migratorio** abarca “*la revisión de documentación de personas que pretendan internarse o salir del país, así como inspección de los medios de transporte utilizados para tales fines.*” Lo anterior, por su contenido literal, podemos deducir que el Control migratorio abarca tanto la Verificación migratoria como la Revisión migratoria, sin embargo el Control migratoria podría tener la característica de medida preventiva, pues estas acciones las podrá realizar el Instituto Nacional de Migración con auxilio de la Policía

Federal, y generalmente este control lo realiza el Instituto Nacional de Migración en los lugares destinados al tránsito internacional de personas que pretenden internarse en el país, por lo que se evita la entrada de migrantes que no reúnen los requisitos para el ingreso regular. Sin embargo el Instituto Nacional de Migración puede realizar dicho Control en lugar diferente, siempre a solicitud de la Secretaría de comunicaciones y transportes. Por esta razón creo yo, difícilmente se puede llevar a cabo una Presentación derivada de un Control migratorio, por lo que revisaremos la Verificación y Revisión migratorias, de las cuales sí se puede derivar la Presentación de migrantes.

Por su parte la **Verificación migratoria** son acciones que realiza el Instituto Nacional de Migración con el objeto de comprobar que los extranjeros que se encuentran en territorio nacional cumplan con las obligaciones previstas en esta Ley y su Reglamento. Si bien esta acción es realizada de oficio por el Instituto Nacional de Migración, deberá mediar orden fundada y motivada por parte del propio Instituto Nacional de Migración para verificarse.

Al respecto de la Verificación migratoria, el **artículo 76** de la **Ley de Migración** vigente, establece que el Instituto Nacional de Migración “*no podrá realizar visitas de verificación migratoria en los lugares donde se encuentre migrantes albergados por organizaciones de la sociedad civil o personas que realicen actos humanitarios, de asistencia o de protección a los migrantes*”.

En cuanto a la **Revisión migratoria** estas se realizan con el objeto de comprobar la situación migratoria de los extranjeros que se encuentran dentro del territorio nacional. Para esta revisión también debe mediar una orden del Instituto Nacional de Migración, que como todo acto administrativo debe estar debidamente fundado y motivado, precisando el lugar, la duración

y el personal designado para tal efecto.

La presentación de extranjeros es una medida dictada por el Instituto Nacional de Migración que “*acuerda el alojamiento temporal de un extranjero que no acredita su situación migratoria*”¹⁰⁰ con el objeto de regular su estancia en el país, o la asistirlos para su retorno.

Es recomendable destacar el papel de la representación consular en la defensa de los derechos de los migrantes, por lo que resulta de suma importancia detenernos un poco a revisar la figura del consulado y sus funciones de conformidad con el derecho internacional.

II.- DE LA REPRESENTACIÓN CONSULAR.

Podemos decir que la Representación Consular se trata de un conjunto de acciones que realizan los funcionarios consulares en el exterior encaminadas a la salvaguarda de los derechos de sus connacionales, tomando como marco de referencia el derecho internacional.

Recordemos que de acuerdo con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963, el funcionario consular es “*toda persona, incluido el jefe de oficina consular, encargada con ese carácter del ejercicio de funciones consulares*” y que el artículo 5 de esa Convención establece las funciones consulares, que a decir son:

a) Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus

¹⁰⁰ MÉXICO: Artículo 99. Ley de Migración.

nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional;

b) Fomentar el desarrollo de las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas entre el Estado que envía y el Estado receptor, y promover además las relaciones amistosas entre los mismos, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención;

c) Informarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas;

d) Extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía, y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado;

e) Prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas;

f) Actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor;

g) Velar, de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, en los casos de sucesión por causa de muerte que se produzcan en el territorio del Estado receptor;

h) Velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del

Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela;

i) Representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente;

j) Comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor;

k) Ejercer, de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía, los derechos de control o inspección de los buques que tengan la nacionalidad de dicho Estado, y de las aeronaves matriculadas en el mismo y, también, de sus tripulaciones;

l) Prestar ayuda a los buques y aeronaves a que se refiere el apartado k) de este artículo y, también, a sus tripulaciones; recibir declaración sobre el viaje de esos buques, encaminar y refrendar los documentos de a bordo y, sin perjuicio de las facultades de las autoridades del Estado receptor, efectuar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán, los oficiales, los marineros, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado que envía;

m) Ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que éste no se oponga, o las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor.

Al propósito de este tema, y la importancia de la representación consular, sobre todo en el caso que nos ocupa, es decir, el caso de los migrantes en situación irregular, existe una opinión consultiva en la cual participó con su voto concurrente quien fuera Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Antonio Augusto Cancado Trindade respecto de “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal (**OC-16/99, del 01.10.1999, Serie A, n.16**) dentro de la cual refleja el impacto del **artículo 36 (1) (b)** de la **Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963**, y en palabras del Juaz Trindade, quien resalta la importancia de la asistencia y representación consular: *“efectivamente en este final de siglo, ya no hay cómo pretender disociar el referido derecho a la información sobre la asistencia consular del corpus juris de los derechos humanos”*¹⁰¹

Además agrega que: *“La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones de jure, notadamente vis-á-vis los migrantes), en un mundo “globalizado” en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no a los*

¹⁰¹ CANCADO Trindade, Antonio Augusto, Op. Cit. p. 15.

seres humanos. Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar.”¹⁰²

Lo anterior, aunado a la opinión **(OC-16/99, del 01.10.1999, Serie A, n.16)** en sí reafirman el derecho de los extranjeros a la asistencia y protección consular: *“3.- Que la expresión “sin dilación” utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.”¹⁰³*

Por otra parte dentro de la protección y asistencia consular, cuando se trate de niños, niñas o adolescentes migrantes que viajen solos, se realiza una tarea en coordinación con el Consulado del país de nacionalidad o residencia del niño, niña o adolescente o de la institución de asistencia a la infancia del país de que se trate, con el objetivo de buscar a sus familiares adultos, salvo que a juicio del Instituto Nacional de Migración, en opinión conjunta con los Oficiales de Protección a la Infancia, o a solicitud del niño, niña o adolescente pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular.

Otra importancia relevante que cobra el papel de la representación consular en la defensa de los derechos de los migrantes en situación irregular, en

¹⁰² *Ibíd.*, p. 23.

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Fuente de consulta: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf Fecha de consulta: 07/06/2014.

especial en la defensa al acceso a un recurso efectivo, cobra vigencia de acuerdo al **artículo 101** de la **Ley de Migración** que establece la posibilidad, una vez que haya sido emitido el acuerdo de Presentación de un migrante en situación migratoria irregular ante alguna Estación Migratoria, y cumplidos con los requisitos exigidos, poder entregar en custodia a la persona, con la obligación del extranjero de permanecer en el domicilio ubicado en la circunscripción territorial en donde se encuentre la Estación Migratoria, para dar seguimiento al procedimiento administrativo.

Para que la custodia le sea otorgada a la representación consular del país que es originario el migrante, de conformidad con el **artículo 214** del **Reglamento de la Ley de Migración**, la autoridad migratoria debe estar impedida legalmente para resolver en definitiva la situación migratoria de una persona extranjera, ya sea debido a que el extranjero esté sujeto a un proceso penal o haya sido necesario ampliar el plazo de alojamiento en la Estación Migratoria del extranjero por motivos del **artículo 111** de la Ley de Migración, motivos que analizaremos más adelante en el punto **III.I.- LA DETENCION PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACION A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES, INCLUIDOS EL DERECHO A LA LIBERTAD Y AL LIBRE TRANSITO** del Capítulo Tercero de este trabajo.

Adicionalmente, para que el extranjero pueda ser entregado bajo custodia a la representación consular del país que es originario el migrante, éste deberá cumplir con ciertos requisitos, como son:

- No contar con alerta migratoria.
- No haber infringido en más de una ocasión la Ley.
- No encontrarse sujeto a proceso penal.

Una vez entregada la custodia, a la representación consular país que es originario el migrante, el extranjero deberá entregar la garantía que haya sido previamente fijada a juicio de la autoridad migratoria, además de estar obligado a comparecer periódicamente conforme lo determine la autoridad migratoria

CAPÍTULO TERCERO: LOS MIGRANTES EN SU TRÁNSITO POR QUERÉTARO.

“En nuestros días, no se pueden reducir los derechos del hombre a los derechos del ciudadano por consistir estos últimos en un factor de exclusión y desigualdad. La ciudadanía contradice la universalidad de los derechos reconocidos en Constituciones estatales, declaraciones y pactos internacionales”

Luigi Ferrajoli.

I.- LA RUTA MIGRATORIA EN QUERÉTARO POR FERROCARRIL.

Como es bien sabido, el sistema ferroviario se ha convertido en el medio de transporte más usado por los migrantes en situación irregular durante su tránsito por el territorio mexicano, por lo que cabe detenernos en este punto a revisar la ruta por la que transitan a diario miles de personas en situación migratoria irregular en México.

De acuerdo con el **artículo 4** de la **Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario** cuya reforma se encuentra en discusión actualmente¹⁰⁴, dice: *“Son de jurisdicción federal las vías generales de comunicación ferroviaria, el servicio público de transporte ferroviario que en ellas opera y sus servicios auxiliares”*. Actualmente la nación mexicana únicamente es propietaria de la

¹⁰⁴ El 04/02/2014 El Pleno de la Cámara de Diputados aprobó en lo general y en lo particular reformas y adiciones a diversos artículos de la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario. El 06/03/2014 concluyó el foro organizado por el Senado para analizar la propuesta de reforma, y su estudio se encuentra actualmente en la Cámara de Senadores (21/04/2014).

infraestructura ferroviaria sin embargo, tiene concesionada la prestación de servicios del ferrocarril¹⁰⁵

De acuerdo con el Anuario Estadístico Ferroviario de la Dirección General de Transporte Ferroviario y Multimodal de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes publicado en el año 2011, por Querétaro atraviesa el Ferrocarril del Noreste, que es un ferrocarril de carga que conecta el puerto de Lázaro Cárdenas en el Océano Pacífico, el puerto de Veracruz en el Golfo de México y los cruces fronterizos de Matamoros (Brownsville TX) y Nuevo Laredo (Laredo TX) con los centros industriales mexicanos en la Ciudad de México, Querétaro, San Luis Potosí, Ramos Arizpe y Monterrey. Una ramificación en San Luis Potosí conecta estas ciudades con la ciudad industrial de Aguascalientes y el puerto de Tampico en el Golfo de México. En Matamoros y Nuevo Laredo existen conexiones ferroviarias con el Union Pacific Railroad de Estados Unidos. El ferrocarril es operado por **Kansas City Southern de México**, propiedad de Kansas City Southern Industries, bajo una concesión gubernamental de 50 años (comenzando en 1997)¹⁰⁶.

Sin embargo, el Ferrocarril Pacífico Norte y el Ferrocarril del Sureste quienes actualmente están operadas por la empresa **Ferromex** y **Ferrosur** (fusionadas en 2011¹⁰⁷) atraviesan el Estado de Querétaro, como podemos

¹⁰⁵ Fuente de consulta: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lic/capasso_g_ag/capitulo5.pdf Fecha de consulta: 20/04/2014.

¹⁰⁶ Fuente de consulta: <http://www.ciltec.com.mx/es/infraestructura-logistica/ferrocarril/sistema-ferroviario-mexicano/ferrocarril-del-noreste> Fecha de consulta: 20/04/2014.

¹⁰⁷ Luego de seis años en tribunales, finalmente se determinó la procedencia de la fusión entre Ferromex, concesionario a Grupo México de Germán Larrea, y Ferrosur, asignado a Inbursa de Carlos Slim Helú. Ferromex informó este lunes a inversionistas que el primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Distrito Federal resolvió desechar el recurso de revisión interpuesto por la Comisión Federal de Competencia en contra de la sentencia del pleno del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. En virtud de lo anterior, la adquisición de Ferrosur por parte de ITM (Infraestructura y Transportes México, operadora de Ferromex) se debe entender aprobada en forma definitiva, ya que no existe recurso alguno en contra de la resolución del TFJFA. Fuente de consulta: Periódico *La Jornada* Martes 29 de marzo de 2011, p. 36.

observar en las siguiente imágenes, siendo estas dos empresas **Kansas City Southern de México** y **Ferromex** las que abarcan la totalidad del territorio nacional.



This map was elaborated by Jean-Paul Rodrigue and cannot be reproduced for commercial purposes. Non-commercial use is allowed upon request. Please contact the author at jean-paul.rodrigue@hofstra.edu.

Imagen 1. Se observa en color amarillo la ruta ferroviaria operada por **Kansas City Southern de México** (Ferrocarril del Noreste) y en color verde, la ruta operada por la empresa **Ferromex** (Ferrocarril Pacífico Norte, Vía Corta Ojinaga Topolobampo, Vía corta Nacozari, Ferrocarril del Sureste, y Vías corta Oaxaca y Sur).



Imagen 2. Se observa que la ruta de **Ferromex** atraviesa por la comunidad de Viborillas, en el Municipio de Colón, Querétaro.



Imagen 3. Se observa que la ruta del Ferrocarril del Noreste, operada por la empresa **Kansas City Southern de México**, atraviesa varias comunidades den el Estado de Querétaro como “El Ahorcado” en el Municipio de Pedro Escobedo, “Viborillas” en el Municipio de Colón, y el Municipio de Querétaro, Querétaro.

Mapa de localización de la vía ferroviaria en el estado de Querétaro

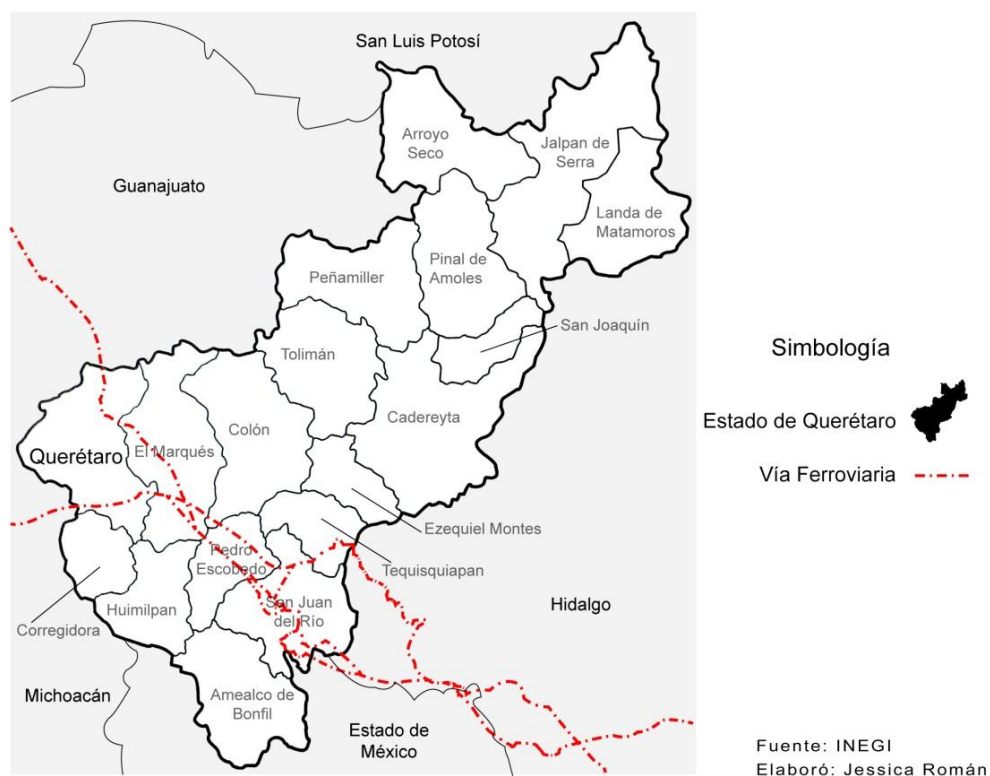


Imagen 4. Se observa la localización de la vía ferroviaria a través del Estado de Querétaro.

Mapa de localización de la vía ferroviaria en el estado de Querétaro

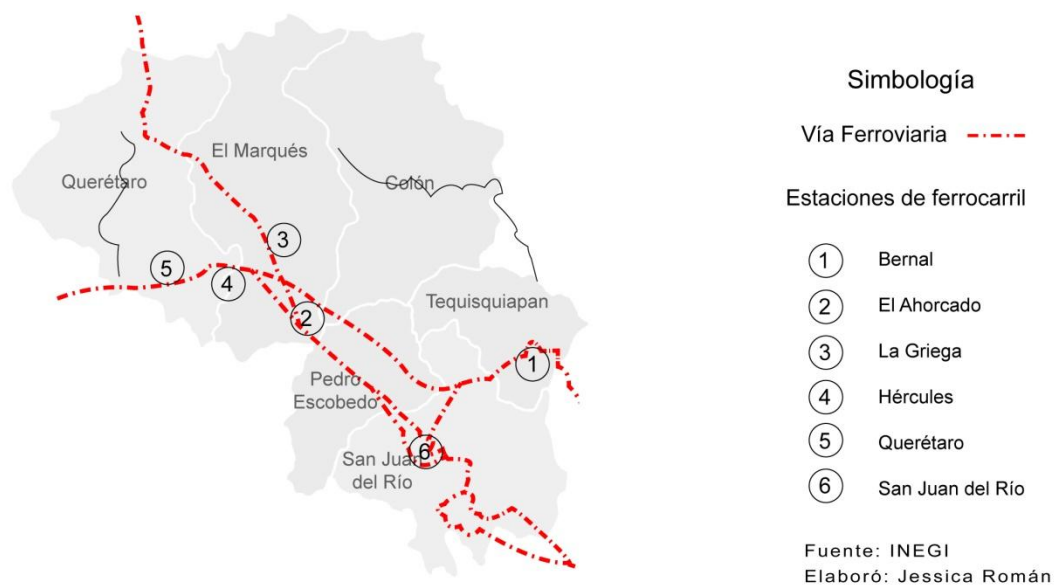


Imagen 5. Se observa la localización de las estaciones de ferrocarril en el Estado de Querétaro.

II.- VERIFICACIONES MIGRATORIAS EN EL ESTADO DE QUERETARO.

Con el fin de cuantificar la frecuencia con que se presentan estos actos administrativos por parte del Instituto Nacional de Migración, realicé un ejercicio de acceso a la información pública, mediante el cual formulé la solicitud correspondiente a través del **sistema Infomex**¹⁰⁸ a la cual le fue asignada el número de **folio 0411100078113** respecto de cuántas verificaciones migratorias realiza el Instituto Nacional de Migración anualmente en el Estado de Querétaro, teniendo en cuenta que la **Verificación Migratoria** son acciones que realiza el Instituto Nacional de Migración con el objeto de comprobar que los extranjeros que se encuentran en territorio nacional cumplan con las obligaciones previstas en la Ley de Migración y su Reglamento, y que si bien esta acción es realizada de oficio por el Instituto Nacional de Migración para que se lleve a cabo debe mediar orden fundada y motivada por parte del mismo Instituto para llevarse a cabo.

A dicha solicitud se respondió con el **Oficio Número INM/DGCVM/DCVM/2013** de fecha 15 de octubre de 2013 suscrito por la Subdirectora de Verificación Migratoria, del cual cito textualmente: *“Con base en los registros históricos con lo que se cuenta en la Dirección de Control y Verificación Migratoria se tiene conocimiento de que por lo que hace a los años 2011, 2012, y al 30 de septiembre de 2013, se localizó la información que a continuación se detalla(...)”*

De dicho documento se desprende que:

- En el año 2011 se realizaron un total de **163 visitas de Verificación**

¹⁰⁸ Es el nuevo sistema para solicitar información al Gobierno Federal a las más de 230 instituciones del Poder Ejecutivo Federal. Fuente de consulta: https://www.infomex.org.mx/gobiernofederal/materiales/respuestas_a_preguntas_frecuentes_sobre_infomex.pdf Fecha de consulta: 22/04/2014.

Migratoria;

- Para el año 2012 se practicaron un total de **152 visitas de Verificación Migratoria**, y;
- Por lo que respecta al 2013 hasta el 30 de septiembre del mismo año se llevaban contabilizadas **145 visitas de Verificación Migratoria**.

Cabe mencionar que respecto de la Verificación Migratoria, el **artículo 76** de la **Ley de Migración**, establece que el Instituto Nacional de Migración “*no podrá realizar visitas de verificación migratoria en los lugares donde se encuentre migrantes albergados por organizaciones de la sociedad civil o personas que realicen actos humanitarios, de asistencia o de protección a los migrantes*”. Al menos en la experiencia de la organización queretana “Estancia del Migrante González y Martínez” A.C.¹⁰⁹ desde formal constitución el 2011 no se han efectuado verificaciones migratorias dentro de las instalaciones del albergue.

Lo preocupante de dicha Verificación Migratoria se deriva cuando los extranjeros no cuentan con los documentos que acrediten su situación regular, ya que, de acuerdo con el **artículo 95** de la **Ley de Migración**, en estos casos, se pondrá al extranjero a disposición del Instituto Nacional de Migración para que resuelva su situación migratoria.

¹⁰⁹ La Estancia del Migrante González y Martínez A. C. es una organización de la Sociedad Civil sin Fines de Lucro, que trata el tema de la Migración y los Derechos Humanos; desde donde se demandan justicia social y una mayor hermandad y empatía de los unos con los otros. La misión de la Estancia del Migrante González y Martínez, A.C. consiste en asistir a los migrantes en sus necesidades más básicas y proporcionarles la debida orientación para fortalecer, difundir y proteger sus derechos, procurando que sean tratados dignamente mediante la sensibilización de la sociedad civil hacia este fenómeno; logrando esto a través de procesos integrales entre la población local en general y los grupos de los diferentes sectores e instituciones que tienen que ver con esta problemática a nivel local, nacional e internacional. Fuente de consulta: <http://estanciadelmigrante.blogspot.mx/p/quienes-somos.html> Fecha de consulta: 22/04/2014.

Al respecto, como ya lo analizábamos en el desarrollo de este trabajo, la presentación de extranjeros ante el Instituto Nacional de Migración es de orden público, y consiste en una medida mediante la cual se acuerda el alojamiento temporal de un extranjero que no acredita su situación migratoria para la regulación de su estancia o la asistencia para el retorno.

II.I.- LAS REVISIONES MIGRATORIAS.

Por otra parte tenemos las revisiones migratorias, actos administrativos que se encuentran regulados en la **Ley de Migración** en su capítulo IV, para lo cual faculta a llevar a cabo al Instituto Nacional de Migración, de igual forma que las Verificaciones Migratorias, mediante una orden debidamente fundada y motivada en la que se especifique la duración, el personal asignado para realizarla así como la duración de la misma.

La línea que diferencia las **Verificaciones Migratorias** de las **Revisiones Migratorias** es muy delgada, y desde mi punto de vista, podrían considerarse como sinónimos, entre otras cosas porque dentro del apartado de Verificación Migratoria, se establece en el **artículo 94** de la **Ley de Migración**, que *“los extranjeros cuando sean requeridos por el Instituto deberán comprobar su situación migratoria regular en el país”* sin embargo, la propia **Ley de Migración** realiza una distinción de cada supuesto al colocarlos en dos capítulos por separado dentro del Título Sexto “Del Procedimiento Administrativo Migratorio”, por una parte el Capítulo III para las Verificaciones Migratorias y por la otra el Capítulo IV para las Revisiones Migratorias y el único punto de distinción que ofrece es encuentra en su objeto, es decir:

- Mientras que las **Verificaciones Migratorias** se realizan “*para comprobar que los extranjeros que se encuentren en territorio nacional cumplan con las obligaciones previstas en esta Ley y su Reglamento*”:
- Las **Revisiones Migratorias** se realizan “*a efecto de comprobar la situación migratoria de los extranjeros*” Como ya lo mencionaba, el objeto de las Revisiones Migratorias se encuentra dentro del apartado que describe los alcances de la Verificación Migratoria.

Para ilustrar mejor lo anterior expongo el siguiente cuadro comparativo:

ACTO	OBJETO	FUNDAMENTO	SUPUESTOS	RESULTADO
Verificación Migratoria	Comprobar que los extranjeros que se encuentren en territorio nacional cumplan con las obligaciones previstas por la Ley de Migración y su Reglamento	Capítulo III LM (aa. 92-96)	1.- Para confirmar la veracidad de los datos proporcionados en trámites migratorios. 2.- Cuando se advierta que ha expirado la vigencia de estancia de extranjeros en el país. 3.- Para la obtención de	1.- Se pondrá a al extranjero a disposición del Instituto para que resuelva su situación migratoria. 2.- El Instituto Nacional de Migración puede atender y recibir

	.		elementos necesarios para la aplicación de la LM, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables, siempre que funde y motive su proceder.	denuncias que se formulen en contra de extranjeros por una presunta comisión de algún delito
Revisión Migratoria	Comprobar la situación migratoria de los extranjeros en territorio nacional.	Capítulo IV LM (aa. 97 y 98)	Además de los lugares destinados al tránsito internacional de personas establecidos, podrán llevarse a cabo las revisiones migratorias dentro del territorio nacional.	Se pondrá a al extranjero a disposición del Instituto para que resuelva su situación migratoria.

Otro punto de diferencia entre estos dos actos administrativos a los que está facultado llevar a cabo únicamente el Instituto Nacional de Migración, es el relativo a que dentro de las diligencias de Verificación Migratoria, de acuerdo

al **artículo 93** de la **Ley de Migración**, el Instituto Nacional de Migración puede atender y recibir denuncias que se formulen en contra de extranjeros por una presunta comisión de algún delito, y en estos casos, deberá turnar dichas denuncias en forma inmediata, a la autoridad competente.

III.- VIOLACIONES PROTOTÍPICAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MIGRANTES.

Saúl Azarel Sánchez Jiménez, del Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba A.C.¹¹⁰ identifica ciertas violaciones prototípicas a los Derechos Fundamentales de los migrantes detenidos bajo la jurisdicción del Instituto Nacional de Migración, entre las que se encuentran:

1. La falta de acompañamiento legal, desde el momento de rendir declaración ante la autoridad migratoria hasta la deportación.
2. La falta de información sobre sus derechos, obligaciones y rumbo del procedimiento.
3. Negación de participar activamente dentro de la causa migratoria, (por ejemplo en lo relativo a ofrecer, desahogar y objetar pruebas, presentar alegatos).

La Comisión Nacional de Derechos Humanos en un informe publicado en

¹¹⁰ El Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba, A.C. es una organización de la sociedad civil, fundada en 1994, que trabaja en la defensa y promoción de los derechos humanos de las personas migrantes en la frontera sur de México. Teniendo como ejes principales, brindar asesoría e información para que las personas realicen sus trámites migratorios; representación legal en casos de violación a derechos humanos; capacitación y difusión en materia de derechos humanos y migración; e incidencia en los espacios de toma de decisión; difusión de información entre los medios de comunicación; desde un enfoque de derechos humanos y un lenguaje incluyente. Fuente de consulta: <http://www.cdhfraymatias.org/quienes-somos> fecha de consulta: 22/02/2014.

2010¹¹¹ da a conocer de viva voz de los migrantes que encuesta durante las visitas que realiza a los centros de ayuda y atención a los migrantes, algunos de los Derechos Humanos que más se les vulnera, entre los que se encuentran: Seguridad jurídica, Trato digno, Integridad y Seguridad personal, Legalidad y la Libertad.

De conformidad con el **artículo 109** de la **Ley de Migración** vigente, todo migrante cuenta con los siguientes derechos desde el momento en que es presentado e ingresado a la estación migratoria correspondiente:

- 1) Conocer la ubicación de la estación migratoria en la que se encuentra.
- 2) Ser informado del motivo de su ingreso, del procedimiento migratorio y de su derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, apátrida y del derecho a regularizar su estancia o en su caso de solicitar voluntariamente el retorno asistido a su país de origen, y del **derecho a interponer un recurso efectivo contra las resoluciones del Instituto**.
Como observamos, formalmente está contemplado el derecho a un recurso efectivo dentro de la legislación interna.
- 3) Recibir protección consular y mantener comunicación con ella.
- 4) Recibir por escrito sus derechos y obligaciones así como de las instancias donde puede presentar sus denuncias y quejas.
- 5) Que el proceso sea sustanciado por autoridad competente y el derecho a recibir asesoría legal y en general al debido proceso.

¹¹¹BATISTA Jiménez, Fernando, Derechos humanos y Migración, Artículo-Ponencia, IJ UNAM. Fuente de consulta: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3064/15.pdf> Fecha de consulta: 07/06/2014.

- 6) En su caso contar con un traductor o intérprete.
- 7) Tener acceso a la comunicación telefónica
- 8) A recibir durante su estancia un espacio digno, alimentos enseres básicos y atención médica.
- 9) A ser visitado por familiares y por su representante legal.
- 10) Participar en actividades recreativas, educativas y culturales que se organicen dentro de las estancias.
- 11) No ser discriminado.
- 12) Recibir un trato digno y humano durante toda su estancia.
- 13) Que las estancias cuenten con áreas separadas para mujeres y hombres.
- 14) Que las estancias cuenten con áreas separadas para niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados.

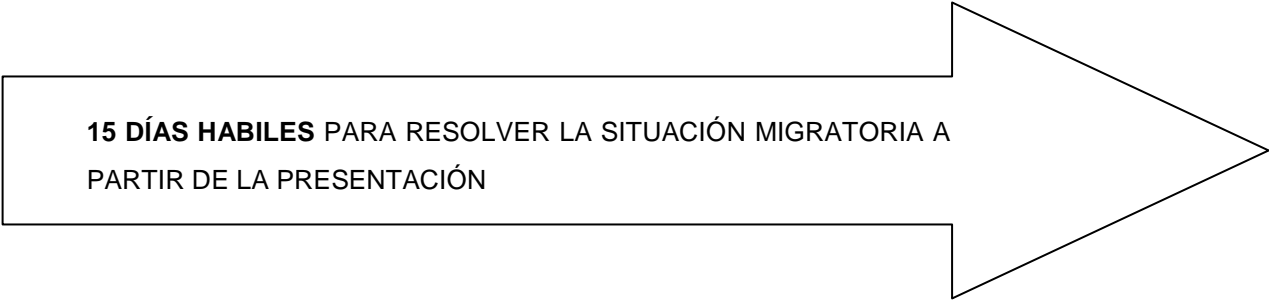
Como podemos observar se trata de una serie de derechos para los extranjeros detenidos en las estaciones migratorias, que formalmente existen, sin embargo la pregunta que cabe hacernos es si realmente estos derechos se materializan.

III.I.- LA DETENCION PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACION A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES, INCLUIDOS EL DERECHO A LA LIBERTAD Y AL LIBRE TRANSITO.

En este apartado, para lograr un mejor entendimiento, vale la pena diferenciar algunos supuestos que establece la Ley de Migración respecto a las detenciones en las estaciones migratorias.

Como ya lo mencionaba en el apartado **II** de este **Capítulo Tercero**, las detenciones en las estaciones migratorias se derivan de las diligencias de Verificación y/o Revisión Migratorias, e inician con la Presentación de los extranjeros ante el Instituto Nacional de Migración en las estaciones migratorias o lugares habilitados para ello. Dicha presentación es de orden público y deriva en el acuerdo por el cual se declara el alojamiento temporal del extranjero que no logró acreditar su situación migratoria regular, con el fin de lograr una regularización de su estancia o, la asistencia para su retorno al país de donde es originario.

La **Ley de Migración** establece que se emitirá el Acuerdo de Presentación correspondiente dentro de las 24 horas siguientes a la puesta a disposición. Sin embargo en ningún caso podrá exceder del plazo de 36 horas establecido por el artículo 21 constitucional, que permite duren las detenciones de libertad efectuadas por autoridades administrativas.



15 DÍAS HABLES PARA RESOLVER LA SITUACIÓN MIGRATORIA A PARTIR DE LA PRESENTACIÓN

1.-PRESENTACIÓN

- Ante el INM.
- Acuerdo de presentación en **24 a 36 horas máximo.**
- Se le deben informar motivos de la presentación y sus derechos.

2.- ALOJAMIENTO

- En estación migratoria en tanto se resuelve su situación migratoria.
- Puede ser entregado en custodia.
- Debe dar fianza en caso de que quiera regular su estancia.
- 15 días hábiles prorrogables a 60 días máximo
- En caso de recurso judicial o administrativo interpuesto, por tiempo indefinido.

3.- RESOLUCION

- Retorno asistido
- Deportación
- Oficio de salida para regulación migratoria

Este tipo de detenciones violan principalmente el derecho a la libertad y el derecho al libre tránsito. Partiré primeramente de la base de establecer el marco jurídico que se relaciona con esta problemática:

1) Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 14.- (...) Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. (...)

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. (...)

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

Artículo 21.- Compete a la autoridad administrativa la aplicación de 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 a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

2) Ley de Migración.

Artículo 68.- La presentación de los migrantes en situación migratoria irregular sólo puede realizarse 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 disposición.

Artículo 11.- 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.

El alojamiento en las estaciones migratorias únicamente podrá exceder de los 15 días hábiles a que se refiere el párrafo anterior cuando se actualicen cualquiera de los siguientes supuestos:

I. Que no exista información fehaciente sobre su identidad y/o nacionalidad, o exista dificultad para la obtención de los documentos de identidad y viaje;

II. Que los consulados o secciones consulares del país de origen o residencia requieran mayor tiempo para la expedición de los documentos de identidad y viaje;

III. Que exista impedimento para su tránsito por terceros países u obstáculo para establecer el itinerario de viaje al destino final;

IV. Que exista enfermedad o discapacidad física o mental médicamente acreditada que imposibilite viajar al migrante presentado, y

V. Que se haya interpuesto un recurso administrativo o judicial en que se reclamen cuestiones inherentes a su situación migratoria en 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.

En los supuestos de las fracciones I, II, III y IV de este artículo el alojamiento de los extranjeros en las estaciones migratorias no podrá exceder de 60 días hábiles.

Transcurrido dicho plazo, el Instituto les otorgará la condición de estancia de visitante con permiso para recibir una remuneración en el país, mientras subsista el supuesto por el que se les otorgó dicha condición de estancia. Agotado el mismo, el Instituto deberá determinar la situación migratoria del extranjero.

Además del marco jurídico interno que representa la Constitución y la propia Ley de Migración, contamos con casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisdicción a la cual está sujeto México, y que por lo tanto es importante mencionar como referencia la jurisprudencia de este tribunal.

3) Informe de Admisibilidad y Fondo de la CIDH en el Caso de Rafael Ferrer- Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel contra los Estados Unidos de América.

“La petición fue interpuesta en nombre de nacionales de la República de Cuba que formaban parte de la Flotilla Libertad del Mariel que se dirigió a los Estados Unidos en 1980. Cuando se interpuso la petición en abril de 1987, se decía que unas 3,000 personas de nacionalidad cubana habían sido detenidos en los Estados Unidos por su ingreso irregular al país. En la petición original, quienes representaban a las personas peticionarias se proponían iniciar la acción de petición en nombre de 335 de estos cubanos y

cubanas, bajo el nombre de Rafael Ferrer- Mazorra y otros, quienes fueron detenidos y detenidas en diez centros de detención federales, estatales o locales de Estados Unidos.

Se concluyó que el Estado era responsable de la violación de los artículos I, II, XVII, XVIII, y XXV de la Declaración, en relación con la privación de libertad de los peticionarios. Asimismo, se solicitó al Estado que ofreciera algunas actividades mínimas de desarrollo personal, permitiéndoles utilizar su tiempo en forma constructiva y dándoles medios para mejorar sus circunstancias personales con miras a obtener la libertad”¹¹²

4) Sentencia de la Corte IDH en el caso de Vélez Loor contra Panamá.

“Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, fue retenido en Panamá por no portar la documentación necesaria para permanecer en dicho país, y llevado a la Cárcel Pública de Panamá. Luego de constatar que había sido deportado anteriormente de Panamá, se resolvió imponerle la pena de dos años de prisión. La resolución no fue notificada al señor Vélez Loor y fue trasladado a un Centro Penitenciario. La Directora Nacional de Migración resolvió dejar si efecto la pena impuesta, y el señor Vélez Loor fue deportado hacia la República de Ecuador.

La Corte IDH declaró responsable internacionalmente al Estado de Panamá por la violación de los derechos a la libertad personal, garantías judiciales, principio de legalidad e integridad personal, así como por no haber emprendido una investigación sobre los alegados actos de tortura denunciados, y por el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia.

¹¹² Resumen obtenido del Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten personas migrantes y sujetas de protección internacional, SCJN, primera edición, México, septiembre 2013, p. 40.

Durante el tiempo que el señor Vélez Looor estuvo recluido, el Estado reconoció que existían “entre otros, documentados por las distintas autoridades panameñas (...) los siguientes problemas: deficiencias estructurales en los centros de detención, problemas en el suministro regular de agua, sobrepoblación penitenciaria, deficiencia de los sistemas de clasificación de las personas privadas de libertad, deficiencias de los programas de resocialización y educación.

La Corte IDH manifestó que serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central sea la detención obligatoria de las personas migrantes irregulares, sin que las autoridades verifiquen, en cada caso, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines.”¹¹³

5) Sentencia de la Corte IDH en el caso de Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana.

“El caso se relaciona con el uso excesivo de la fuerza por agentes militares dominicanos en contra de un grupo de nacionales de Haití en el que perdieron la vida siete personas y varias más resultaron heridas. Adicionalmente, algunas víctimas fueron expulsadas sin las garantías debidas. Se determinó que, en ningún momento durante la privación de libertad, las personas fueron informadas sobre las razones y motivos de la misma.

Las detenciones no fueron llevadas a cabo con la finalidad de realizar un procedimiento capaz de determinar las circunstancias y estatus jurídicos de

¹¹³ Resumen obtenido del Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten personas migrantes y sujetas de protección internacional, SCJN, primera edición, México, septiembre 2013, p. 41.

las personas detenidas, o para realizar un procedimiento migratorio formal con vistas a su deportación o expulsión, lo que las convirtió en detenciones con fines ilegítimos y por lo tanto, arbitrarias.

La Corte encontró que, en vista de la expulsión expedita, las víctimas migrantes carecieron de toda oportunidad de accionar un recurso adecuado que tutelara la ilegalidad de la detención, por lo que concluyó que el Estado violó el derecho a la libertad personal.

Resolvió también que el Estado es internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, de circulación, y a la protección judicial, así como por el incumplimiento de los deberes de adecuar su derecho interno y de no discriminar.¹¹⁴

Como podemos observar estos casos resultan paradigmáticos al resolver cuestiones directamente relacionadas con los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, derecho a la libre circulación y a la protección judicial, sobre todo porque crean precedentes y jurisprudencia respecto de estos derechos humanos.

Una vez analizado brevemente el marco jurídico, procederé a realizar un análisis muy sucinto sobre las detenciones migratorias prolongadas y arbitrarias que representan una violación al Derecho al Libre Tránsito y sobre todo a la Libertad de las personas migrantes que son detenidas.

¹¹⁴ Resumen obtenido del Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten personas migrantes y sujetas de protección internacional, SCJN, primera edición, México, septiembre 2013, p. 42.

A).- LA DETENCION PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACION AL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO.

Toda vez que el **artículo 11 constitucional** establece la libertad de tránsito para todas las personas que se encuentren en el territorio nacional, la detención de extranjeros por más de 36 horas en las estaciones migratorias o lugares habilitados para ellos, por el Instituto Nacional de Migración, constituye una restricción y violación a este Derecho.

Sin embargo, como ya lo mencionaba dentro del Capítulo Primero en el punto I.I.- **SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL, EL DERECHO MIGRATORIO Y EL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO COMO OBJETO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO MIGRATORIO** inciso **C) EL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO COMO OBJETO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO MIGRATORIO**, el **artículo 11 constitucional** enuncia también una limitación a este Derecho, al establecer que: *“El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”* Con esta limitante consagrada en la misma Constitución, no se puede alegar que la autoridad migratoria está violando el Derecho al Libre Tránsito pues la misma Ley Suprema lo está previendo en su texto.

Además, esto representa en sí el problema más importante jurídicamente, ya que es el fundamento que utiliza la autoridad para justificar que la detención de los extranjeros en las Estaciones Migratorias no limitan el Derecho a la Libertad Personal ni tampoco el Derecho al Libre Tránsito, en experiencia de

Sin Fronteras I.A.P.¹¹⁵: *“El problema que esto ocasiona es que, los términos de aseguramiento y alojamiento que son utilizados reiteradamente tanto por el Instituto Nacional de Migración como por el Poder Judicial para minimizar el acto real privativo de que se trata y, adicionalmente, el Instituto Nacional de Migración ha logrado “convencer” a los Jueces de que el aseguramiento no es una privación de la libertad sino una “restricción al libre tránsito” consagrada en el artículo 11 Constitucional, sienta este su argumento más recurrente”*¹¹⁶.

Además agrega: *“Es importante mantener como elementos relevantes de la definición del aseguramiento, que se trata de un acto privativo de la libertad perfectamente equiparable al concepto de detención en materia penal y que la afectación que se causa a la persona se traduce en una violación al derecho de libertad personal”*¹¹⁷

B).- LA DETENCION PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACION AL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

El **artículo 14 constitucional** establece expresamente que nadie podrá ser privado de la libertad o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con

¹¹⁵ Sin Fronteras I.A.P. es una organización civil mexicana, laica, apartidista y sin fines de lucro, que trabaja para contribuir al cambio de las condiciones en las que ocurren las migraciones internacionales y el asilo, a fin de que estos se den en un marco de pleno respeto de los derechos humanos de los migrantes internacionales, solicitantes de asilo, refugiados y sus familiares. Más adelante, en el Capítulo Cuarto analizaremos parte de su trabajo en beneficio de los derechos humanos de estas personas.

¹¹⁶ Sin Fronteras I.A.P. “La Detención de Personas Extranjeras en Estaciones Migratorias y la Privación de la Libertad”, Sin Fronteras I.A.P., primera edición, México 2012, p. 14.

¹¹⁷ *Ibíd.*

anterioridad al hecho, luego entonces se viola este Derecho cuando a los extranjeros se les priva de su Libertad por tiempo indefinido que rebasa las 36 horas, o en su caso los 60 días, sin que medie un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho, no obstante se utilice una terminología eufemística para disfrazar la palabra Privación de la Libertad con la de “alojamiento” en las Estaciones Migratorias.

A lo anterior, debemos agregar que el **artículo 21 constitucional** establece la facultad y limitación a las autoridades administrativas de imponer sanciones e infracción, cuya limitación expresamente consistirá únicamente en multa y/o arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad, y en ningún caso podrá exceder de treinta y seis horas de arresto, lo que se traduce en que dicha disposición también aplica para la detención o privación de la libertad, y por lo tanto también para el alojamiento.

C).- LA DETENCION PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACION AL DERECHO AL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO.

Se presenta cuando el Instituto Nacional de Migración infringe el plazo concedido en el **artículo 111** de la **Ley de Migración** para resolver la situación regular de los extranjeros, mismo que es de 15 días contados a partir de la presentación del extranjero en la estación migratoria, o que será prorrogable a 60 días hábiles cuando por las circunstancias del caso se requiera mayor tiempo, sin embargo este plazo resulta por tiempo indefinido en el caso que el extranjero interponga algún recurso administrativo o

judicial, en el que reclame cuestiones inherentes a su situación migratoria.

Podemos decir que se viola este Derecho al Acceso a un Recurso Efectivo puesto que, los extranjeros al permanecer privados de su Libertad en una Estación Migratoria con motivo de la sustanciación de un Recurso, esto motiva su desistimiento del mismo, debido al tiempo que tarda el proceso.

A lo anterior habría que agregar que además constituye una violación al mismo **artículo 101** de la **Ley de Migración** que establece que, mientras no se dicte resolución respecto la legal estancia de un extranjero en el país, éste pueda ser entregado en custodia a su representación diplomática, bajo la obligación de permanecer en determinada circunscripción territorial, en lugar de permanecer en las estaciones migratorias.

Al respecto del uso de la figura de la Custodia en México, en los casos que involucran personas extranjeras con situación migratoria irregular, Sin Fronteras I.A.P. menciona que: *“La Ley de Migración contempla como mecanismo la custodia para evitar, bajo ciertos parámetros, la detención. Así pues, desde Sin Fronteras I.A.P. establecemos como estrategia, el fomento del uso de la figura de la custodia provisional (contemplada en los artículos 101 y 102 de la Ley de Migración), por ejemplo, como alternativa que existe en México en contra de la Detención, tanto durante la sustanciación del procedimiento administrativo migratorio, como una vez decretada la expulsión del país”*.¹¹⁸

Además, al respecto debemos agregar que en plano internacional el **“Informe de Admisibilidad y Fondo de la CIDH en el caso de Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) contra los Estados Unidos de América**, así como las sentencias de la Corte IDH en el **caso de**

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 15.

Vélez Loor contra Panamá y en el **caso de Nedege Dorzema y otros contra República Dominicana** aportan elementos sustanciales respecto a la detención en Estaciones Migratorias, como ya lo mencione en el punto **3), 4)** y **5)** del apartado **III.I.- LA DETENCION PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACION A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES, INCLUIDOS EL DERECHO A LA LIBERTAD Y AL LIBRE TRANSITO.**

En el primero de los casos, el de **Rafael Ferrrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) contra los Estados Unidos de América)**, se determinó que Estados Unidos violó los siguientes derechos: Derecho a la libertad, a la igualdad, al reconocimiento de los derechos de esas personas, al acceso a la justicia en contra de los actos de autoridad que violaron los derechos de esas personas, por ser privados de su libertad en 10 centros de detención federales o locales de ese país.

En el caso **Vélez Loor contra Panamá** la Corte IDH declaró que serán arbitrarias las políticas migratorias basadas en la detención obligatoria de las personas migrantes irregulares, sin que las autoridades verifiquen, de acuerdo a cada caso, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar los fines propuestos por cada política implementada.

Y por último, en el caso de **Nedege Dorzema y otros contra República Dominicana** se determinó que las detenciones fueron arbitrarias debido a que no se realizaron con la finalidad de llevar a cabo un procedimiento migratorio formal que concluyera en determinar la situación jurídica de los extranjeros y resolver su deportación o expulsión, adicionalmente su expulsión del país fue realizada sin las garantías procesales debidas, a todas luces violatorio de su derecho a la libertad, el derecho al debido proceso y el

derecho al acceso a un recurso efectivo.

D).- LA DETENCION PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACION AL DERECHO DE LIBERTAD.

El análisis de los tres incisos anteriores nos lleva a concluir que en definitiva se viola, además de los Derechos ya mencionados, el Derecho a la Libertad., por lo cual organizaciones de la sociedad civil como Sin Fronteras I.A.P. han dedicado sus esfuerzos en difundir entre las autoridades migratorias y autoridades judiciales, mediante el litigio estratégico, que el aseguramiento o privación de la libertad de las personas extranjeras debe ser la excepción y no la regla.

Ahora bien, sabemos pues que la Detención en Estaciones Migratorias restringe el Derecho a la Libertad al equipararse el “alojamiento” o “aseguramiento con una “privación de la libertad” a pesar del lenguaje eufemístico que utiliza la autoridad migratoria para denominar este acto, por ello es importante determinar en qué momento nos encontramos frente a una Detención que además sea Prolongada y Arbitraria en las Estaciones Migratorias, para lograr identificar en qué momento la Detención pasa de ser una “restricción al libre tránsito” contemplada dentro del mismo artículo 11 Constitucional, a ser un acto arbitrario y privativo del Derecho a la Libertad de la personas detenidas en las Estaciones Migratorias.

En este orden de ideas, nuevamente Sin Fronteras I.A.P. nos brinda una luz: *“A partir de un rango posterior al de 15 días, ya se estaría ante la posibilidad de que se produzca un aseguramiento prolongado, si no existe una*

resolución de deportación puesto que los primeros quince días se otorgan como el plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo migratorio, según lo señalado por el artículo 111 de la Ley de Migración (...) Es decir, hablar del aseguramiento prolongado debe contarse, en principio, a partir de que fenece el plazo para la sustanciación del procedimiento administrativo migratorio, lo que no significa que durante dicho procedimiento tenga que estar la persona forzosamente privada de su libertad”¹¹⁹

Sin embargo puede darse el caso de que la persona asegurada en una Estación Migratoria haya sido notificada de la resolución y exista una causa justificable para que no se haya ejecutado por ejemplo los establecidos en el artículo 111 de la Ley de Migración, en cuyo caso no podríamos hablar de la existencia de un aseguramiento prolongado a pesar de que el tiempo transcurrido haya sobre pasado los 15 días hábiles, siempre y cuando no excedan los 60 días hábiles previstos en el mismo artículo citado de la Ley de Migración.

Para Sin Fronteras I.A.P., *“Si la autoridad migratoria no puede resolver el problema que tiene para llevar a cabo la deportación de la persona en los plazos (...) de conformidad con el artículo 111 de la Ley de Migración, tendría que ponerla en libertad, otorgándole la condición de estancia de visitante con permiso para poder desarrollar actividades laborales¹²⁰ en el país, mientras subsista el supuesto por el que se le otorgó dicha condición de estancia”¹²¹*

¹¹⁹ *Ibíd.*, p.16.

¹²⁰ De acuerdo al artículo 52 de la Ley de Migración, la condición de estancia de Visitante con Permiso para realizar actividades remuneradas, autoriza al extranjero que cuente con una oferta de empleo, con una invitación por parte de alguna autoridad o institución académica, artística, deportiva o cultural por la cual perciba una remuneración en el país, o venga a desempeñar una actividad remunerada por temporada estacional en virtud de acuerdos interinstitucionales celebrados con entidades extranjeras, para permanecer en territorio nacional por un tiempo ininterrumpido no mayor a ciento ochenta días, contados a partir de la fecha de entrada.

¹²¹ Sin Fronteras I.A.P. Op. Cit., p. 16.

El otorgar visas a extranjeros con situación migratoria irregular, tal como lo sugiere Sin Fronteras I.A.P., o "permisos temporales" para migrantes en tránsito como una alternativa para reducir las agresiones contra centroamericanos que buscan llegar a Estados Unidos durante su tránsito en México, es sin duda un tema controvertido, pues si bien, es una respuesta humanitaria que puede brindar un mínimo de seguridad y respeto a los derechos humanos de este sector vulnerable, es también un arma de doble filo visto desde la perspectiva del Estado, pues podría argumentar que la seguridad nacional y el orden públicos corrían peligro con esta medida en tanto aliente el número de personas que transiten en estas condiciones por el territorio nacional.

CAPÍTULO CUARTO: PROPUESTA DE TRABAJO EN CONJUNTO:
ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL, ABOGADOS
POSTULANTES Y ACADEMIA

“Nos hemos acostumbrado a entender como un derecho del Estado la facultad de cerrar el paso a los habitantes de otro Estado que quieran acceder a su territorio”

Miguel Carbonell.

En base a lo expuesto en el desarrollo de esta tesis, y para dar paso a este último Capítulo, me parece importante hacer un breve recuento para ordenar las ideas que he expuesto en los pasados capítulos, a fin de que nos sirva a definir el objetivo de este Capítulo Cuarto.

PRIMERO.- Identificados los derechos a que son sujetos los migrantes independientemente de su situación migratoria (ver **Capítulo Segundo** punto **I.II.- DERECHOS DE LOS MIGRANTES DE ACUERDO CON LA LEY DE MIGRACION**) como son, por mencionar algunos: Libertad de tránsito, Acceso a los servicios educativos, Recibir atención médica, Derecho a la preservación familiar, Derecho a que se les proporcione información, etcétera, nos enfocaremos principalmente en dos de ellos: a) El Derecho a la Libertad, y b) El Derecho al Acceso a un Recurso Efectivo, cuyos fundamentos jurídicos fueron analizados en el **Capítulo Primero** punto **VI.- FUNDAMENTO JURIDICO DEL DERECHO AL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD PARA LOS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR.**

SEGUNDO.- Retomo los puntos mencionados en el **Capítulo Primero** apartado **VI.III.- FUNDAMENTO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E**

INTERNACIONAL, que de acuerdo con Víctor Hugo Montoya Chávez¹²² nos ayudan a identificar mejor qué es el Derecho a un Recurso Efectivo:

1.- Recurso efectivo no significa que el fallo que se emita en sede nacional resulte favorable para el peticionario, sino que únicamente la persona debe contar con un recurso ante una autoridad nacional para que decida su petición, y de resultar apropiado, para obtener una reparación.

2.- Debe existir una relación estrecha entre las garantías contra los abusos y la existencia de recursos efectivos que permitan obtener una reparación por la violación a esos derechos o garantías.

3.- No basta con la existencia formal de recursos, sino que estos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida. Es decir, útiles, prácticos.

4.- El recurso no tiene que ser resuelto necesariamente por una autoridad judicial.

Claro está que las situaciones anteriores, están relacionadas directamente con los casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en concreto con los **Casos Klass y Silver** que se mencionaron en el mismo apartado **VI.III.- FUNDAMENTO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL** del **Capítulo Primero**.

En este mismo orden de ideas, el autor de igual forma deja constancia de que este Derecho a un Recurso Efectivo funge no solo como derecho humano, sino también como garantía judicial y como carácter interpretativo

¹²² MONTOYA Chavez, Victor Hugo, Op. Cit., p.181.

pro homine (**Caso Klass**) y como una guía para la actuación del Estado (**artículo 2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25.1 Convención Americana de Derechos Humanos**).

TERCERO.- De acuerdo a la respuesta brindada a mi solicitud de información formulada a través del sistema *Infomex* con número de **folio 0411100078113**, por medio del **Oficio número INM/DGJDHT/DAJ/0046/13** de fecha 11 de noviembre de 2013, suscrito por el Director de Asuntos Jurídicos de la Dirección General Jurídica de Derechos Humanos y Transparencia de la Secretaría de Gobernación-Instituto Nacional de Migración respecto de si existen registros de solicitudes de recursos interpuestos por migrantes en situación migratoria irregular o de migrantes en general en contra de alguna autoridad mexicana y cuál fue su resolución o qué proceso se encuentra su tramitación y sobre qué temas versaron dichos recursos, la Dependencia contestó lo siguiente:

“(...) derivado de los escritos sobre recursos de revisión que se han recibido, se tiene conocimiento de 39 medios de impugnación en un periodo del 11 de octubre de 2012 a la fecha de la solicitud en cuestión”

De esta forma se resumen a continuación:

Nº	Acto impugnado	Sentido de la resolución	Estado procesal
20	Regulación migratoria	Se confirmaron	Concluidos
1	Regulación migratoria	Se revocaron	Concluidos
1	Regulación migratoria	En trámite	En trámite
4	Cambio de condición de estancia	Se confirmaron	Concluidos
4	Cambio de condición de estancia	Se revocaron	Concluidos

8	Cambio de condición de estancia	En trámite	En trámite
1	Renovación de documento migratorio	En trámite	En trámite

Lo anterior indica que en un periodo de 1 año (11/10/2012 a 11/10/2013) el 51.2% de los recursos que se tramitan por migrantes en contra de las autoridades migratorias referentes a la regularización migratoria fueron confirmados, mientras que el 2.5% fueron revocados. Lo anterior refleja que son relativamente pocos los casos que se tramitan sobre regularización migratoria, en comparación con el número de migrantes irregulares que transitan anualmente por el país, y por ende, muestra la necesidad de apoyar a este sector vulnerable para que logren tener un mayor acceso a sus derechos.

Además, si observamos con detenimiento, el 56.4% de los actos impugnados versan sobre la regulación migratoria que solicitan los extranjeros.

Sin embargo, estas estadísticas comienzan a cambiar, sobre todo a partir del **Caso Stephen Compton**¹²³, que mencionaré más adelante.

¹²³ Primer migrante en demandar al Instituto Nacional de Migración la reparación de daño luego de que estuvo privado de su libertad por más de cuatro meses en el centro de detención para migrantes “Las Agujas” de la Ciudad de México. Compton no fue informado sobre sus derechos, como el acogerse a un programa de regularización vigente en nuestro país desde el 2007, ni se le dio el motivo de su detención. El caso representa un precedente en México porque es la primera vez que un migrante hace uso de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, que otorga el derecho a los ciudadanos de recibir una indemnización por el daño que pudieran percibir. Las violaciones a su debido proceso legal terminaron en una orden de deportación, a pesar de que Stephen Compton, al momento de su detención, cumplía los requisitos necesarios para su regularización migratoria. En marzo de 2010, fue liberado tras haber ganado un amparo, luego de que la organización civil Sin Fronteras asumiera su defensa legal. A través de ella demandó al Instituto Nacional de Migración la reparación integral del daño por violaciones a derechos humanos por dos millones de pesos. Además de la indemnización, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, ordenó al Instituto Nacional de Migración que publique en el Diario Oficial de la Federación, de un extracto de la sentencia, que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma. Fuente de consulta: <http://mexico.cnn.com/nacional/2014/05/02/un-australiano-gana-una-historica-demanda-al-inm-por-maltrato> Fecha de consulta: 07/06/2014.

CUARTO.- Partiendo de esta base, propongo el trabajo coordinado por una parte, de las Organizaciones de la Sociedad Civil que aporten las actividades que cada una realiza a favor de los derechos humanos de los migrantes, y por otra parte, de los profesionales y estudiantes de Derecho, para que aporten sus conocimientos con el objeto de disminuir las violaciones prototípicas a los derechos fundamentales de los migrantes que ya mencioné en el **Capítulo Tercero** punto **III.- VIOLACIONES PROTOTÍPICAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MIGRANTES.**

Para ello, primero es importante conocer y reconocer el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil que realizan trabajo en pro de los derechos de los migrantes, entre algunas de ellas destaco el trabajo del **Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba A.C.** que trabaja desde la frontera sur de Chiapas, y menciono en particular el trabajo de **Sin fronteras I.A.P.** y la **Estancia del Migrante González y Martínez A.C.** mismo que analizo en los siguientes capítulos:

I.- LA IMPORTANCIA DEL TRABAJO DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN PRO DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES Y LA SALVAGUARDA DEL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO.

Las Organizaciones No Gubernamentales dedicadas a la protección y defensa de los derechos humanos, han tenido un papel muy importante en los últimos años al grado que algunos afirman que su aparición ha sido la nota más vital en el escenario de los derechos humanos de los últimos decenios

““El pueblo de Seattle¹²⁴” y las distintas ONG dedicadas a los derechos humanos son fiel reflejo de la incapacidad que han demostrado los tradicionales circuitos de deliberación representación públicas para dar cauce a las preocupaciones de la gente y para atender sus necesidades.”¹²⁵

Al respecto Miguel Carbonell explica “La sociedad civil organizada, mucho más amplia que aquella que compone “el pueblo de Seattle”, crea espacios para discutir el tema de los derechos, contribuyendo a su difusión, formula políticas alternativas a las oficiales para el desarrollo de los derechos sociales, envía contrainformes a los organismos internacionales para descalificar la información sesgada o simplemente falsa que producen los gobiernos, organiza actos y manifestaciones de resistencia civil pacífica, **presta asistencia jurídica gratuita a grupos desaventajados, promueve acciones ante los tribunales para forzarlos a pronunciarse contra las medidas gubernamentales restrictivas de los derechos**, pone en evidencia a las empresas de los países industrializados que violan derechos de los trabajadores en países en vías de desarrollo, etc.”¹²⁶

Cabe hacer mención de las sociedades non-profit que abarcan el llamado Tercer Sector, que abarcan ampliamente la promoción y sobre todo el desarrollo de ciertos derechos, “Se trata de una nueva forma de ética solidaria sobre la que conviene poner atención, pues quizá en ella se

¹²⁴ El pueblo de Seattle es una denominación que se utilizó para referirse en un principio a las manifestaciones contra la Organización Mundial de Comercio (OMC) surgidas en Seattle y que posteriormente fueron precedidas de centenares de luchas de nuevo tipo en todo el mundo, por ejemplo contra la degradación alimentaria promovida por las cadenas alimentarias de la agricultura industrial; en rechazo al comercio de los organismos genéticamente modificados; contra la discriminación y el racismo; en oposición a la pretensión de patentar formas de vida. En síntesis, a favor de la globalización de los derechos y la ciudadanía universal. Se dice que detrás de el "Pueblo de Seattle" se encuentra una convergencia de redes y coaliciones planetarias construidas a lo largo de dos décadas y que las modernas redes informáticas, la proliferación de centenares de ONG y las facilidades para viajar por el mundo han posibilitado la formación de bolsas de resistencia que traspasan las fronteras nacionales y que han generado un nuevo internacionalismo. Fuente de consulta: <http://www.rebellion.org/hemeroteca/sociales/navarro281002.htm> Fecha de consulta: 04/10/2013.

¹²⁵ CARBONELL Miguel, Op. Cit., p. 43.

¹²⁶ *Ibíd.*

encuentre una de las formas para el desarrollo de los derechos sociales.”¹²⁷

II.- EL TRABAJO PRO BONO, UN ÁREA DE OPORTUNIDAD PARA LA PROFESION LEGAL EN MÉXICO, EJEMPLO DEL TRABAJO PRO BONO DE SIN FRONTERAS I.A.P.

De acuerdo con su propia Misión, Sin Fronteras I.A.P. es una organización civil mexicana, laica, apartidista y sin fines de lucro, que trabaja para contribuir al cambio de las condiciones en las que ocurren las migraciones internacionales y el asilo, a fin de que estos se den en un marco de pleno respeto de los derechos humanos de los migrantes internacionales, solicitantes de asilo, refugiados y sus familiares. Su trabajo lo realiza desde un enfoque de derechos humanos y cuya capacidad de incidencia se traduce en el acceso efectivo de la población migrante internacional, solicitante de asilo y refugiada a sus derechos.

De acuerdo con la “Declaración de Trabajo pro bono para el Continente Americano”, Pro bono se deriva de la frase latina “Pro bono público”, que se refiere a acciones realizadas “por el bien público” y significa prestar servicios legales gratuitamente o sin la expectativa de recibir pago, y que benefician principalmente a personas o comunidades pobres o menos privilegiadas y a las organizaciones que los asisten. Estos pueden incluir la representación y asesoría de personas, comunidades u organizaciones en temas de interés público, que de otra manera no las obtendrían de una manera efectiva.

De acuerdo con la publicación “Acceso a la Justicia para personas migrantes y refugiadas en México: Experiencias de trabajo de la red de abogados Pro

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 44.

Bono de Sin Fronteras I.A.P.”¹²⁸ el trabajo pro bono es una herramienta para garantizar que los grupos marginados o en situación de vulnerabilidad, puedan acceder a la justicia, ya que al tratarse de una asesoría jurídica de calidad, implica informar a las personas de sus derechos, el alcance de los mismos y la manera de ejercitarlos, además de que una asesoría o representación jurídica de este tipo, reduce el tiempo que las personas tienen que invertir en darle seguimiento a sus asuntos jurídicos, por ejemplo, no tienen que acudir a los juzgados directamente a solicitar copias de su expediente.

Esta misma publicación a que hago referencia en el párrafo inmediato anterior, se hace referencia a las ventajas que el trabajo Pro Bono ofrece a los abogados privados de acuerdo con Joan Vermeulen¹²⁹

- 1.- El trabajo Pro Bono ayuda en el reclutamiento y la retención de buenos abogados;
- 2.- El trabajo Pro Bono proporciona para los asociados buenas experiencias de enfrentamiento y puede a menudo ser más desafiante que mucho de lo que hace un asociado de menor antigüedad en una firma.
- 3.- El trabajo Pro Bono ayuda a tratar los problemas de moralidad decadente y falta de satisfacción profesional que los abogados pueden experimentar durante sus vidas profesionales, y;

¹²⁸ Sin Fronteras I.A.P. “Acceso a la Justicia para personas migrantes y refugiadas en México: Experiencias de trabajo de la red de abogados Pro Bono de Sin Fronteras I.A.P., México, Diciembre 2011, p. 10.

¹²⁹ VERMEULEN, Joan, ¿Qué consideran las consejerías jurídicas de los Estados Unidos como ventajas de hacer trabajo Pro Bono? Artículo. Fuente de consulta: <http://www.probono.cl/documentos/documentos/Ventajas%20del%20Pro%20Bono%20%28J.%20Vermeulen%29.pdf> Fecha de consulta: 09/11/2013.

4.- El trabajo Pro Bono es bueno para el rango de la profesión legal y del sistema legislativo en los ojos del público general.

Sin Fronteras I.A.P. se dio a la tarea de reclutar diversas firmas de abogados privados, abogados independientes, así como algunas clínicas jurídicas de diversas universidades, para crear una red de Abogados Pro Bono que actualmente está integrada por 16 miembros. Para el correcto funcionamiento de dicha red los abogados de Sin Fronteras realizan un diagnóstico previo de las necesidades jurídicas de la población que van a atender, para poder satisfacer su demanda, las cuales dividen en:

a) Necesidades por materia: Son los casos más recurrentes en la población objetivo (migrantes, refugiados y solicitantes de asilo en México) que corresponden a conflictos laborales, problemas familiares y de violencia familiar, y asesoría y representación jurídica en materia penal.

b) Necesidades por espacio: De acuerdo al lugar donde se requiera litigar al asunto.

El procedimiento de canalización a un miembro de la Red de Abogados Pro Bono de Sin Fronteras I.A.P., comienza con una evaluación preliminar del asunto que se turna por parte de la planta de abogados de Sin Fronteras I.A.P., de esta forma la atención de los usuarios se hace más eficaz y efectiva y el tiempo y esfuerzo que el usuario invierte en el caso se reduce, por ejemplo al detectar cuando se trata de una simple asesoría respecto de temas básicos de conocimiento general para cualquier profesional del derecho, o aquellos casos que requieran abogados especialistas en determinada materia, o la identificación de aquellos casos en que las pretensiones de los usuarios sean evidentemente improcedentes. En función a estas variables los abogados de planta canalizan los asuntos a los diversos

miembros de la Red.

De acuerdo con la “Guía para la implementación de programas Pro Bono en las firmas de abogados de Latinoamérica”¹³⁰ La práctica pro bono es una buena forma para que los abogados obtengan conocimientos y habilidades útiles para su desempeño dentro de la firma, por ejemplo, para que los nuevos abogados recién graduados de la licenciatura que se incorporan al campo laboral, aceleren su proceso de maduración mediante la redacción de escritos judiciales o contratos o la preparación de alegatos.

Otro beneficio que tiene la práctica pro bono es que puede ayudar a las firmas tanto en el proceso de reclutamiento de nuevos abogados como a retener a sus abogados, ya que una práctica pro bono consolidada puede jugar como un factor que favorezca a una firma y le permita diferenciarse de la competencia, además de que el carácter voluntario de esta práctica, contribuye a la comunidad y trabajando en proyectos libremente seleccionados, la práctica pro bono produce una satisfacción distinta de la que proporciona el trabajo para clientes comerciales.

Por otro lado, el hacer pro bono es una variable atractiva y positiva al trabajo habitual, muchas veces rutinario o tedioso. También, mejora en general la moral de la firma, ya que todos se sienten orgullosos de ser parte de una firma que es socialmente responsable. Por último, el pro bono hace que aumente entre sus abogados la sensación de lealtad hacia la firma.

Con lo anterior, Sin Fronteras I.A.P. concluye que sería deseable que todos los despachos de abogados contaran con un área de responsabilidad social donde en trabajo Pro Bono se asuma como una práctica institucional. Estos

¹³⁰Fuente de consulta: <http://www.probono.cl/wp-content/uploads/2013/08/guia-pro-bono-para-estudios-juridicos-de-latinoamerica.pdf> Fecha de consulta: 09/11/2013.

esfuerzos, por aislados que parezcan, benefician a personas concretas y pueden substancialmente, mejorar la vida de seres humanos, contribuyendo a la dignificación de las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo en México.

III.- RED DE ORGANISMOS Y ORGANIZACIONES DE DERECHOS HUMANOS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN TRANSITO.

Es natural que las Organizaciones de la Sociedad Civil sigan el sabio consejo que reza “*la unión hace la fuerza*”, por lo que no es extraño que para lograr mejor sus objetivos, se organicen entre varias de ellas para formar lazos de colaboración, tal es el ejemplo de la “RED DE ORGANISMOS Y ORGANIZACIONES DE DERECHOS HUMANOS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN TRANSITO” (RED HD) que tiene como principal objetivo ser una Red permanente de acción y colaboración entre los organismos y organizaciones de derechos humanos que se constituya como un mecanismo de defensa transnacional de los derechos de las personas migrantes en tránsito.

Dentro de sus objetivos también se encuentra la realización de acciones de fortalecimiento de las capacidades de los organismos y organizaciones que integran dicha red, para la atención, investigación y documentación de violaciones a los derechos de las personas migrantes; así como la elaboración de estrategias de incidencia política y de cooperación institucional, principalmente en el ámbito local, para que las autoridades respondan efectivamente a su obligación de protección de todas las personas, con enfoque a las personas migrantes en tránsito.

III.I.- AMICUS CURIAE, UNA HERRAMIENTA DE UTILIDAD ENTRE LA RED DH.

Como parte del desarrollo del trabajo de estas organizaciones de la sociedad civil, al estar involucradas, la mayoría de ellas en casos de litigio estratégico, recientemente con la demanda de amparo¹³¹ interpuesta por la Fundación

¹³¹ MÉXICO, D.F. (aparo).- El Juzgado Décimo Primero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal admitió para su trámite, el pasado viernes 17, un juicio de amparo contra la actuación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en la recomendación relacionada con la masacre de 72 migrantes en San Fernando, Tamaulipas.

La solicitud fue interpuesta por familiares de las víctimas, la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, el Comité de Familiares de Migrantes Desaparecidos de El Salvador (Cofamide) y el Comité de Familiares de Migrantes Desaparecidos de El Progreso (Cofamipro).

En un comunicado, los familiares manifiestan su inconformidad por el deficiente proceso de investigación realizado por la CNDH, además de que en la recomendación 80/2013 no se pronunció respecto de la masacre de 72 personas. “No señaló si se violó el derecho a la vida y si el Estado está involucrado por acción u omisión”, puntualiza el texto.

Señala que la demanda de amparo no sólo pretende “reivindicar los derechos de los familiares de las víctimas”, sino también exigir a la CNDH “el estándar que una institución garante de derechos humanos debe tener frente a graves violaciones a los derechos humanos de la población migrante”.

Contrario a la posición que en otras ocasiones ha manifestado el organismo presidido por Raúl Plascencia Villanueva a favor de las víctimas, como ocurrió con Florence Cassez, en el caso de los 72 migrantes la recomendación “no da ningún lugar a los familiares de las víctimas en tanto que nunca los buscó, no los escuchó, no respetó sus derechos de acceso a la justicia, ni analizó las condiciones de particular vulnerabilidad que enfrentan por no ser nacionales de México”, subraya.

Peor aún, apunta, “la Comisión no clasificó como violación grave a los derechos humanos los eventos, minimizando con esto el impacto sobre las víctimas y la sociedad en general”.

Las organizaciones firmantes también solicitan al Poder Judicial federal que se pronuncie por la constitucionalidad del artículo 47 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, toda vez que “no prevé un medio de inconformidad o de impugnación a las resoluciones de la Comisión, mientras sí lo hace en el caso de las comisiones estatales”.

Los demandantes recuerdan que en el contexto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, así como la promulgación de la Ley de Víctimas, aunado al reconocimiento que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) hizo a la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), es inaplazable la intervención del Poder Judicial Federal, frente a “un escenario en el que la máxima autoridad federal que debe velar por el respeto a los derechos humanos (la CNDH) es quien los viola”.

Para los familiares de los migrantes masacrados en agosto de 2010 en San Fernando, supuestamente a manos de Los Zetas, la labor de la CNDH en este caso, “uno de los hechos más repudiados por la comunidad nacional e internacional” –que no desarrolló el organismo–, “es establecer la verdad histórica sobre el papel del Estado en los hechos, en la investigación del caso y la atención a las víctimas y sus familiares”.

La recomendación 80/2013 de la CNDH, publicada el pasado 23 de diciembre, está dirigida a la Procuraduría General de la República y al gobernador de Tamaulipas.

En dicha recomendación, el organismo identificó la responsabilidad de 18 funcionarios estatales y siete

para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, el Comité de Familiares de Migrantes Desaparecidos de El Salvador (Cofamide) y el Comité de Familiares de Migrantes Desaparecidos de El Progreso (Cofamipro) en contra de la recomendación 80/2013 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos respecto del caso de la masacre de los 72 migrantes en San Fernando, Tamaulipas, se ha implementado el uso de “amicus curie” entre los miembros de la “Red DH” como una herramienta cuyo origen proviene del derecho romano¹³² y que actualmente significa “la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”¹³³ lo anterior con el objetivo de fortalecer sus recursos al momento de presentar su defensa ante los tribunales judiciales.

Al respecto podemos comentar que, si bien es una herramienta utilizada principalmente en los países del common law, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y de amparo, puede llegar a ser muy útil su implementación sobre todo, en los casos de tramitación de amparos, por violaciones a los derechos de las personas migrantes en tránsito.

federales en las investigaciones realizadas para la identificación de los cuerpos de las víctimas. La CNDH detectó fallas en la preservación de las evidencias en el lugar del crimen, en la recolección de indicios y el maltrato a los cadáveres, errores que inciden para que 12 de las 72 víctimas no hayan sido identificadas hasta ahora y permanezcan en una fosa común. Fuente de consulta: <http://www.proceso.com.mx/?p=363092> Fecha de consulta: 03/05/2014.

¹³² El origen de la figura de “amicus curie”, que literalmente se forma de las palabras latinas “amicus” o amigo, haciendo referencia más bien a la relación entablada entre personas por razones de familia o de honestidad, y la palabra “curia”, referente a cada una de las parroquias o comunidades en que se dividían las tres tribus primitivas que fundaron Roma. El empleo de este término lo encontramos en los tribunales de la antigua Roma, a los cuales sus provincias para ciertas ocasiones podían acudir ante el consejo de personas que ilustraban las resoluciones de los jueces.

¹³³ INTERNACIONAL: Artículo 2 punto tercero del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

IV.- LA DETENCIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS EN ESTACIONES MIGRATORIAS EN MEXICO, UN CASO PARA LITIGIO ESTRATÉGICO¹³⁴ POR PARTE DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL.

Partiendo de la base jurídica que mencionábamos en el punto **III.I.- LA DETENCIÓN PROLONGADA Y ARBITRARIA EN LAS ESTACIONES MIGRATORIAS, COMO VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES, INCLUIDOS EL DERECHO A LA LIBERTAD Y AL LIBRE TRANSITO** del **Capítulo Tercero** y concretamente de lo que establece el **artículo 16 Constitucional** respecto de la detención, que por su importancia vuelvo a la letra cito:

“Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.”

Al hablar de los casos de personas extranjeras detenidas en las estaciones migratorias podemos asemejarlas con la incomunicación de los detenidos en las cárceles y sus graves consecuencias, tal como lo refiere la Corte IDH en el **Caso Suárez Rosero vs. Ecuador**: *“90. Una de las razones por las cuales la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional es por los graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular*

¹³⁴ Más adelante en el punto VI de este Capítulo me referiré a lo que se entiende por litigio estratégico y el modelo propuesto para llevarlo a cabo.

vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles”¹³⁵

Respecto a esta problemática de incomunicación que sufren la mayoría las personas detenidas en las estaciones migratorias, son muchas las organizaciones de la sociedad civil que realizan litigio estratégico encaminado a la solución de la misma, la vía más común e idónea en nuestro sistema, es el amparo.

Tal es el caso de Internacional Detention Coalition¹³⁶ (IDC) cuyos abogados en México han detectado ciertos obstáculos al interponer los amparos indirectos como defensa de los migrantes incomunicados en las estaciones migratorias, entre las cuales destaco:

- Respecto de la suspensión del acto reclamado por regla general siempre se es negado.
- La privación de la libertad funge como el acto reclamado.
- La custodia debe servir como una alternativa a la detención de personas en las estaciones migratorias, sin embargo, esto sucede muy poco en la práctica o es casi nulo, debido a dos razones principalmente, por un lado, debido al compromiso que requeriría por

¹³⁵ Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, Párrafo 90. Fuente de consulta: <http://www.bjdh.org.mx/BJDH/busqueda> Fecha de consulta: 20/01/2014.

¹³⁶ The International Detention Coalition (IDC) es una red de organizaciones de la sociedad civil sin fines de lucro con sede en Melbourne, Australia, que está integrada por 300 organizaciones no gubernamentales, grupos religiosos, académicos, profesionales e individuos, que trabajan en 50 países alrededor del mundo. Los miembros Coalition, promueven y proporcionan servicios directos a refugiados, solicitantes de asilo y personas migrantes. IDC fue fundada con el generoso apoyo de organizaciones filantrópicas e individuos de todo el mundo.

IDC promueve el mayor respeto a los derechos humanos de las personas detenidas, lo cual incluye, la prevención, el uso limitado, así como la búsqueda de alternativas y formas menos restrictivas a la detención migratoria.

parte de las oficinas consulares para con sus connacionales detenidos, misma que no existe debido a que alegan imposibilidad material y física para albergar a sus connacionales dentro de sus oficinas consulares, y por otro lado, debido a la desconfianza que existe por parte de la autoridad migratoria en México, para permitir la custodia de personas detenidas a favor de las Organizaciones de la Sociedad Civil dedicadas a la defensa de sus derechos, lo anterior a pesar de estar contemplado dentro del artículo 101 de la Ley de Migración.

Asimismo han identificado que la capacitación de abogados para llevar a cabo litigio estratégico en estas áreas es indispensable para lograr un avance significativo en la defensa de los derechos humanos de los migrantes, así como también la institución de Defensorías de oficio que brinden un servicio profesional y adecuado para los detenidos en estaciones migratorias o aquellas personas que requieran el uso de este servicio, además de continuar con el trabajo de los abogados pro-bono dentro del trabajo desarrollado por las Organizaciones de la Sociedad Civil y, no menos importante, el apoyo de las clínicas legales de las Universidades y Facultades de Derecho, de forma tal, sirvan como semillero y centros de capacitación para los estudiantes y egresados en derecho, en estos temas, dentro del marco nacional e internacional en derechos humanos.

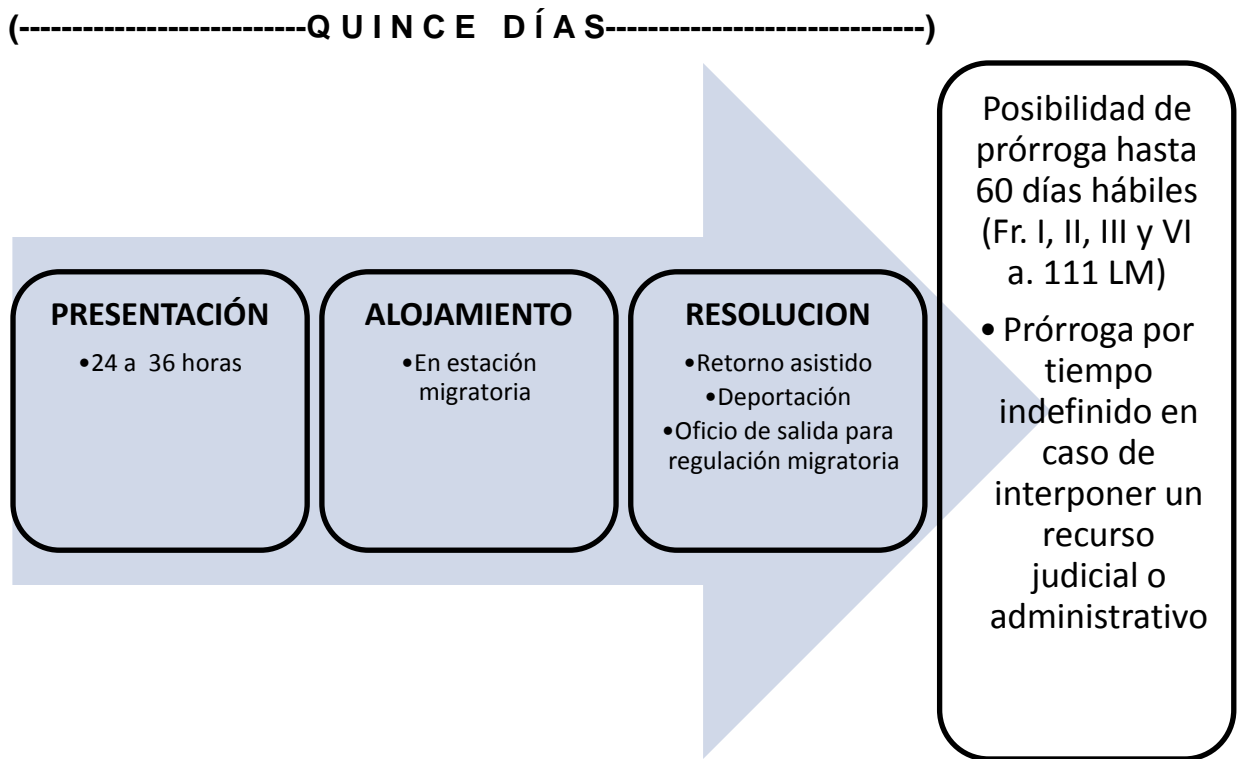
Ahora bien, dentro del litigio a favor de los derechos humanos de los migrantes detenidos en estaciones migratorias, Sin Fronteras I.A.P. ha logrado sentar un precedente histórico en este ámbito con el **Caso Stephen Compton** en el cual el pasado miércoles 30 de abril del 2014 la sala superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) definió que el Estado mexicano debe indemnizar al australiano Stephen Compton, por haber sido privado de su libertad en el centro de detención para migrantes

“Las Agujas” (estación migratoria) de la Ciudad de México, de esta forma, el voto del magistrado presidente definió la discusión sobre si se otorgaba la reparación integral del daño a Stephen, decidiendo finalmente que el Estado era responsable de los daños causados por la privación ilegal de la libertad en la estación migratoria del Distrito Federal, y que era procedente la reparación integral del daño.

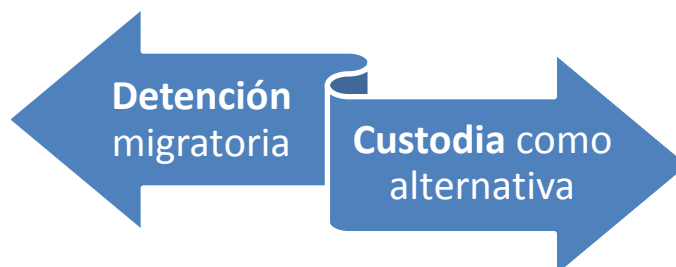
Con este Caso, Stephen Compton se convierte en el primer migrante que demanda al Instituto Nacional de Migración y también *“La decisión del TFJFA es histórica, puesto que es la primera vez que se obliga al Instituto Nacional de Migración a pagar una reparación integral del daño por actividad administrativa irregular, reconoce que Stephen Compton era trabajador migratorio, y que independientemente de su situación migratoria, tiene derechos, recuerda a las autoridades que violar derechos humanos en el país tiene consecuencias y que la detención de personas en la estación migratoria debe hacerse únicamente en los casos que sea necesaria, proporcional e idónea”*.¹³⁷

Para entender mejor como las detenciones migratorias llegan a ser ilegales, podemos ilustrar gráficamente el procedimiento administrativo migratorio de la siguiente manera:

¹³⁷Fuente de consulta: http://www.sinfronteras.org.mx/attachments/Comunicado_30_Abril_2014_Stephen_Compton.pdf
Fecha de consulta: 03/05/2014.



Es justo en la posibilidad que ofrece el procedimiento administrativo de ampliar por tiempo indefinido la detención de personas extranjeras en las estaciones migratorias, donde se encuentra el argumento y sustento del litigio estratégico para los casos de detención arbitraria.



V.- LOGROS DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES.

No podríamos terminar la mención de este apartado, si dejamos de reconocer y mencionar, por lo menos algunos de los logros que han llevado a cabo estas Organizaciones de la Sociedad Civil, dentro del desarrollo de su trabajo a favor de la promoción y defensa de los derechos humanos de los migrantes y personas sujetas de protección internacional.

V.I.- PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.

Cabe destacar que la creación de este Protocolo surge de una iniciativa por parte de la sociedad organizada en México, concretamente me refiero a la organización Sin Fronteras I.A.P. cuyo acercamiento con el Poder Judicial, en un primer plano en busca de una concientización por parte de este sector identificado como estratégico para lograr el desarrollo y reconocimiento de los derechos humanos de las personas migrantes y sujetas de protección internacional, ya reconocidas en la legislación interna a partir de las multicitadas reformas en materia de derechos humanos, derivó en el encargo que hizo el máximo tribunal de justicia en nuestro país, a esta organización para la elaboración del documento. Lo cual, ya por el solo hecho de lograr dicho encargo fue un gran logro, la instrumentación del mismo supone un antecedente sin precedentes antes visto en nuestro país, ya que por primera vez el trabajo de una organización de la sociedad civil hace eco de forma tal en la labor de un órgano impartidor de justicia, en este caso el máximo tribunal de justicia en México.

Este documento es una especie de manual que “proporciona las reglas de actuación para garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes y sujetas de protección internacional”¹³⁸ en otras palabras, proporciona al impartidor de justicia, las herramientas necesarias para aplicar los instrumentos normativos nacionales e internacionales que favorecen más al respeto de los derechos humanos de las personas migrantes, en México.

Su contenido se reparte en diez capítulos, en los primeros tres capítulos se realiza una pequeña introducción al tema, teniendo en cuenta que es un tema relativamente nuevo para los impartidores de justicia en nuestro país; el capítulo cuarto expone el marco jurídico tanto internacional como nacional que brinda protección a los derechos de las personas migrantes y sujetas de protección internacional, el capítulo quinto establece una serie de principios básicos reconocidos internacionalmente y recientemente adoptados por nuestro ordenamiento jurídico nacional, que dan luz a los impartidores de justicia respecto de su actuación frente a este sector vulnerable; el capítulo sexto hace mención específica de los derechos para hacer efectivo el acceso a la justicia, los capítulos siete y ocho exponen ciertas reglas de actuación sobre todo dirigidas a los impartidores de justicia y también a los funcionarios públicos que laboran en las instituciones que fungen como autoridad administrativa en materia migratoria; y por último los capítulos nueve y diez reflejan las expectativas sobre la aplicación del documento y brindan toda la bibliografía, respectivamente.

¹³⁸ Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten personas migrantes y sujetas de protección internacional, SCJN, primera edición, México, septiembre 2013.

V.II.- PUNTOS DEBILES DEL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.

Partiendo de la base que se trata de la primera edición del Protocolo y que el mismo se enriquecerá de las opiniones y sugerencias que los operadores de justicia realicen par la segunda edición, podemos identificar los siguientes puntos débiles:

- El Protocolo va dirigido principalmente a operadores de la justicia, y pudiera llegar a dejar de lado la actuación de las autoridades administrativas en materia migratoria, entre otras razones por cuestiones de competencia.
- Debido al principio de independencia judicial en los niveles de impartición de justicia, el Protocolo no puede ser obligatorio para todos los jueces, ni en todos los niveles de impartición de justicia.
- No existe una estrategia que supervise la efectividad del Protocolo, ni existen parámetros para comparar en qué medida está siendo utilizado por los operadores de justicia.

A pesar de estos puntos, no deja de ser muy plausible y reconocible el valioso esfuerzo de las organizaciones de la sociedad civil e instituciones académicas que se unieron junto con Sin Fronteras I.A.P. para la elaboración del Protocolo, y sobre todo, no deja de ser un parteaguas y nuevo paradigma de la actuación del máximo tribunal de justicia en México, en busca de un reconocimiento más pleno de los derechos de las personas migrantes y personas sujetas de protección internacional en nuestro país.

VI.- PROPUESTA: CREACIÓN DE LA “CLÍNICA JURÍDICA DE LITIGIO ESTRATÉGICO EN DERECHOS HUMANOS” FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE QUERÉTARO Y ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL.

Hasta este momento he identificado la existencia formal de los derechos humanos para las personas migrantes independientemente de su situación migratoria y he descubierto también que el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la promoción y defensa de los derechos humanos de este sector hace posible que estos derechos pasen del plano meramente formal, a la realidad y se materialicen.

Es por ello, que surge desde mi punto de vista la necesidad de vincular el trabajo realizado en las Universidades, y de manera especial hablo de las Universidades Públicas como la nuestra, con el trabajo que realizan este tipo de Organizaciones de la Sociedad Civil para materializar los Derechos Humanos en general y en particular los de personas migrantes independientemente de sus situación migratoria.

Ya lo decía Fray Tomás González Castillo¹³⁹ en las Primeras Jornadas de Migración en Querétaro¹⁴⁰ realizadas el pasado 29 y 30 de abril del 2014, que es necesaria la vinculación de los defensores de los Derechos Humanos

¹³⁹ Premio Franco-Alemán de Derechos Humanos "Gilberto Bosques" que le fue otorgado el pasado 25 de septiembre de 2013. Director de la Casa del Migrante "La 72" hogar-refugio para personas migrantes en el Municipio de Tenosique, Tabasco. Fue clave en la organización y realización de la Marcha "Paso a Paso por la Paz" que en 2011 atrajo la atención del mundo hacia México y el tema de los derechos humanos de los Centroamericanos violados a su paso por el territorio nacional y más recientemente de la "Caravana Viacruz del Migrante" que llegó el pasado miércoles 23 de abril del 2014 a reunirse con funcionarios de la Secretaría de Gobernación en sus instalaciones.

¹⁴⁰ Ciclo de conferencias realizadas en la Universidad Autónoma de Querétaro y la Universidad Marista de Querétaro con el Objetivo de promover y proteger los derechos humanos de Personas Migrantes que transitan por el Estado de Querétaro.

con la Academia para “hacer mancuerna” en la defensa y promoción de los derechos humanos de los migrantes.

Es por ello que tomando en consideración que:

1.- El Derecho de Interés Público es *“aquel que admite que el Derecho puede aportar al cambio social, en miras a lograr el fortalecimiento de la democracia y el empoderamiento de los miembros oprimidos, silenciados e invisibilizados de la sociedad”*¹⁴¹

2.- En el entendido de que por litigio estratégico en derechos humanos, *“se entiende el esfuerzo por aterrizar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) a nivel nacional de manera que se haga realidad el goce de los mismos”*. Y que al implementar esta *“actividad dirigida a fortalecer la institucionalidad democrática, es una de las formas en que la sociedad civil organizada articula las demandas respecto al goce de los derechos humanos, y de manera importante, provee un ámbito de debate en donde los tribunales están llamados a encontrar el equilibrio entre intereses de distintos sectores de la sociedad dentro de un marco de respeto a estos derechos fundamentales.”*¹⁴²

Ahora bien, el hecho de que una de las características principales del litigio estratégico sea llevar los casos ha instancias internacionales, no significa que no se pueda aplicar el litigio estratégico interno, para agotar primero las instancias que el Derecho Interno disponga.

¹⁴¹BLANCO Camila, “El interés público como eje de la abogacía en la era democrática”, Artículo, Fuente de consulta:http://www.derecho.uach.cl/documentos/el_interes_publico_como_eje_de_la_abogacia_en_la_Era_democratica.pdf Fecha de consulta: 04/05/2014.

¹⁴² SANCHEZ, Matus Fabián: “El litigio estratégico como herramienta del Derecho de interés público”, p. 7. /en/ Sánchez Matus, Fabián (Coordinador): *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la Sociedad Civil*, OACNUDH, México, 2007.

3.- Tomando la experiencia que ofrecen organizaciones como la **Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C** en la implementación de modelos exitosos de Clínicas Jurídicas, para lograr efectivamente que las clínicas de derechos humanos e interés público sean “ *un espacio de práctica de litigio de interés público y reflexión jurídica, en el que se trabaja sobre casos reales de violaciones de derechos humanos para que a través de ellas se genere, entre estudiantes y profesionales del derecho, un mayor grado de conciencia social así como la interacción con situaciones que se están llevando a cabo en la realidad y no sólo de manera hipotética*”.¹⁴³

4.- Añadiendo los beneficios para la Universidad Pública al ofrecer a sus estudiantes la enseñanza clínica del derecho, ya que de esta forma “*mediante la enseñanza clínica se procura proveer un efectivo acceso a la justicia a víctimas que no tienen acceso a una defensa legal y que los y las estudiantes adquieran destreza profesional y entiendan el derecho como una herramienta de cambio social y generador de políticas públicas. Estas clínicas de litigio con compromiso social utilizan una estrategia que es conocida como **litigio estratégico o paradigmático**, pero también como litigio de interés público o de las causas justas*”.¹⁴⁴ Este último término de litigio de interés público o de las causas justas¹⁴⁵ es utilizado precisamente como sinónimo de litigio estratégico o paradigmático.

¹⁴³ GUTIERREZ Contreras, Juan Carlos, RINCON Covelli, Tatiana, CANTU Martínez, Silvano, “Litigio estratégico en Derechos Humanos, modelo para armar”, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., México 2011, p. 10.

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ VILLARREAL, Marta: “El litigio estratégico como herramienta del Derecho de interés público”, p. 3. /en/ Sánchez Matus, Fabián (Coordinador): *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la Sociedad Civil*, OACNUDH, México, 2007.

5.- Y por último señalando las ventajas que obtienen los alumnos de las facultades de derecho sobre la enseñanza del mismo en clínicas de litigio estratégico como las siguientes¹⁴⁶:

a) Enfrenta a los estudiantes a problemas y situaciones que viven los abogados y juristas en la práctica;

b) De ser posible, se exige a los estudiantes que resuelvan esos problemas con casos y clientes reales;

c) Se permite a los estudiantes interactuar con otras personas con el objetivo de identificar y solucionar el problema planteado;

d) Los casos elegidos tratan problemas sociales o de interés público, y los clientes que se atienden son personas de escasos recursos económicos, que sólo pueden optar al beneficio de justicia gratuita;

e) El estudiante es sometido a un intenso control y evaluación personal, que comienza por el fomento de la autoevaluación;

f) Fuera de ésta, el control y supervisión se lleva a cabo por profesores universitarios.

En base a lo anterior, propongo la creación de la **“CLÍNICA JURÍDICA DE LITIGIO ESTRATÉGICO EN DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO” DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO** que sigue el modelo que funciona ya en otras Universidades en el país y en el extranjero

¹⁴⁶ GUTIERREZ Contreras, Juan Carlos, RINCON Covelli, Tatiana, CANTU Martínez, Silvano, Op. Cit., p.11.

Dicha Clínica, seguirá la metodología¹⁴⁷ para implementar litigio estratégico cuyas etapas propuestas para su implementación, son: A) Conocer la situación, B) Buscar un plan, C) Conocer el derecho, y D) Un caso paradigmático, y E) Pensar en términos de justicia.

También propongo que una vez creada dicha Clínica, se integre un directorio de Organizaciones de la Sociedad Civil en el Estado de Querétaro, cuya línea de acción esté dirigida a la defensa y promoción de los Derechos Humanos en general, que estén interesadas en recibir asesoría jurídica en conjunto para analizar los casos que sean violatorios de Derechos Humanos y proponer una posible solución a través de la implementación del litigio estratégico.

Por último, propongo que dicha Clínica se una a la Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas¹⁴⁸, para reforzar los lazos y el aprendizaje con Clínicas semejantes de otras Universidades del país y de América Latina y de esta forma mantener un continuo fortalecimiento.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p., 26

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ El Programa de Litigio de Interés Público surge en varias Universidades Latinoamericanas en los años 90. La Red se constituye en el espacio más adecuado para el fortalecimiento de estas nuevas propuestas pedagógicas a través de las alianzas y encuentros que se coordinan desde la Universidad Diego Portales en Chile, con el apoyo de ONGs y las Universidades. La Red es una iniciativa de la Universidad Diego Portales en Chile, Universidad que desarrolla la Coordinación de la misma. A la Red pertenecen universidades tan importantes como la UBA en alianza con el CELS, la Universidad de Córdoba, la Universidad de Tucumán en Argentina, la Universidad Católica del Perú, la Universidad del Rosario, Medellín y la Universidad de los Andes en Colombia. Luego se vinculan a la red otras universidades de México, Ecuador, Colombia, Bolivia y Estados Unidos.

El objetivo de esta red es **fortalecer la enseñanza clínica** y a través de este instrumento intervenir en la defensa del interés público y los derechos humanos mediante el litigio estratégico como herramienta. La Red ha generado cambios significativos en la docencia e investigación jurídica en América Latina y su integración garantiza la participación de docentes y estudiantes en la propuesta, desarrollo y evaluación de las causas de interés público que adelanta. Fuente de consulta: <http://www.clinicasjuridicas.org/clinicas-juridicas.htm> Fecha de consulta: 04/05/2014.

CONCLUSIONES.

Al concluir este trabajo y como resultado del mismo, puedo afirmar que efectivamente existe el derecho a un recurso efectivo para los migrantes en situación irregular, derecho que está fundamentado principalmente en diversos instrumentos internacionales como La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XVIII; La Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su artículo 25.1; La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 8); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23; La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial en su artículo 6; y La Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias en su artículo 18.

Dejo constancia que la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos, contienen el derecho a la circulación y libre tránsito, derechos que son la base y razón de ser del Derecho Migratorio, sin embargo, este derecho a la circulación y al libre tránsito no es un derecho absoluto, sino que cuenta con diversas restricciones y modalidades que limitan el ejercicio del mismo. Dichas restricciones surgen en gran medida basadas en la teoría de T.H. Marshall que condiciona ciertos derechos, entre ellos el derecho al libre tránsito, residencia y circulación, a la obtención de los derechos de ciudadanía.

Las políticas migratorias del Estado Mexicano, y yo me atrevería a afirmar que también de la mayoría de los países occidentales, siguen respondiendo en gran medida a las ideas de la teoría de T. H. Marshall. Sin embargo surgen nuevas tendencias que pugnan por un constitucionalismo mundial y su consecuente apertura al reconocimiento universal de los

Derechos Humanos.

Que independientemente del enfoque que tomen las políticas migratorias de un Estado, que finalmente vienen siendo un reflejo de la Soberanía tanto como carácter esencial del Estado como atributo del Poder, los migrantes independientemente de su situación migratoria, cuentan con el Derecho a un Recurso Efectivo, el cual no contiene restricción alguna y sí representa un gran paso para el reconocimiento de los demás Derechos de este sector altamente vulnerable.

Que existen casos prácticos del ejercicio del Derecho a un Recurso efectivo, por ejemplo dentro de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de los Casos Kudla contra Polonia sentencia del 30 de octubre de 1999, Rotaru contra Rumania sentencia del 4 de mayo del 2000, Caso Klass contra Alemania sentencia del 6 de septiembre de 1978, Caso Jabari contra Turquía sentencia del 11 de julio del 2000 en donde la violación del derecho a la integridad personal, el derecho al respeto a la vida privada, el alcance de vigilancia secreta de la correspondencia y la obtención de la condición de refugiado, respectivamente, fueron de la mano con la defensa a un recurso efectivo para con ello lograr el resarcimiento y respeto a su derecho violado. Lo cual nos indica un camino para ejercer el derecho al acceso a un recurso efectivo y a su vez asegurar respeto a los demás derechos humanos.

Que en México el ejercicio de este Derecho a un Recurso Efectivo contribuiría de manera favorable a la disminución de las violaciones de los Derechos Humanos de los migrantes, especialmente de aquellos que se encuentran en situación irregular, como ejemplo tenemos el caso Stephen Compton.

Que una efectiva protección consular permitiría disminuir y, en su caso, denunciar las deficiencias del servicio migratorio mexicano a favor de los intereses de sus connacionales.

Que el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil en México debe ser reconocido y junto con la academia se puede lograr a través de diversas estrategias, el Acceso a un Recurso efectivo para la protección de los Derechos Fundamentales de los migrantes en situación irregular.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- BASAVE Fernández Del Valle Agustín, Filosofía y Derecho Internacional, IJ-UNAM, México 1985.
- 2.- CANCADO Trindade, Antonio Augusto, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esencia y trascendencia, (votos en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, 1991-2006)” Editorial Porrúa, México 2007.
- 3.- CARBONELL Sánchez Miguel, “Los derechos humanos en la actualidad: Una visión desde México”, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colombia 2001. Ensayo.
- 4.- CASTELLANOS, Fernando “Lineamientos elementales de derecho penal” (parte general), 39ª edición, Editorial Porrúa, México 1998.
- 5.- CERVANTES Ahumada, Raúl “Derecho Mercantil”, primer curso, 4ta edición, Editorial Herrero, México 1990.
- 6.- CUEVAS Cancino, Franciso “Manual de Derecho Internacional Privado Mexicano”, Editorial Porrúa, México 2007.
- 7.- “Diccionario de Derecho Romano”. Editorial Sista. 4º edición, México 2007.
- 8.- ETIENNE Llano, Alejandro “La protección de la persona humana en el Derecho Internacional, Los Derechos Humanos”, Editorial Trillas, México 1987.

9.- FERRAJOLI, Luigi, "Derechos y garantías. La ley del más débil", traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3a. edición, Editorial Trotta, Madrid 1999.

10.- FERRAJOLI, Luigi "Los fundamentos de los derechos humanos" Editorial Trotta, Madrid 2001.

11.- G.I. TUNKIN, "El Derecho y la Fuerza en el Sistema Internacional", versión castellana de Manuel Becerra Ramírez, UNAM, México 1989.

12.- GUTIERREZ Contreras, Juan Carlos, RINCON Covelli, Tatiana, CANTU Martínez, Silvano, "Litigio estratégico en Derechos Humanos, modelo para armar", Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., México 2011.

13.- IJ-UNAM, "Diccionario Jurídico Mexicano" Editorial Porrúa, primera edición, México 2004.

14.- MARTINEZ Morales I. Rafael, "Diccionario de Derecho Administrativo y burocrático", Editorial Oxford, México 2008.

15.- Pequeño Larousse Ilustrado, 1969, 6ta tirada, Editorial Larousse.

16.- PEREZNIETO Castro, Leonel "Derecho Internacional Privado. Parte general, Oxford, 8ª edición, México 2003.

17.- PORRUA Pérez, Francisco "Teoría del Estado, Porrúa, 37 edición, México 2013.

18.- PETIT Eugene, "Tratado elemental de Derecho Romano", Editorial

Porrúa, México 2001.

19.- SANCHEZ, Matus Fabián: “El litigio estratégico como herramienta del Derecho de interés público”, p. 7. /en/ Sánchez Matus, Fabián (Coordinador): *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la Sociedad Civil*, OACNUDH, México, 2007.

20.- SIERRA Rojas, Andrés “Derecho Administrativo- Primer curso”, Editorial Porrúa, México 2009.

21.- SILVA Carreño, Jorge Armando “Derecho Migratorio Mexicano”, Editorial Porrúa, México 2004.

22.- Sin Fronteras I.A.P. “La Detención de Personas Extranjeras en Estaciones Migratorias y la Privación de la Libertad”, Sin Fronteras I.A.P., primera edición, México 2012.

23.- Sin Fronteras I.A.P. “Acceso a la Justicia para personas migrantes y refugiadas en México: Experiencias de trabajo de la red de abogados Pro Bono de Sin Fronteras I.A.P., México, Diciembre 2011.

24.- VILLARREAL, Marta: “El litigio estratégico como herramienta del Derecho de interés público”, p. 3. /en/ Sánchez Matus, Fabián (Coordinador): *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la Sociedad Civil*, OACNUDH, México, 2007.

LEGISLACIÓN:

MÉXICO: Ley de Migración. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011.

MÉXICO: Ley de Migración de 1930.

MÉXICO: Reglamento de la Ley de Migración.

INTERNACIONAL: Artículo 2 punto tercero del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

FUENTES ELECTRÓNICAS:

1.- Tendencias de las Naciones Unidas relativas al contingente internacional total de migrantes: La revisión de 2008, <http://esa.un.org/migration/index.asp?panel=1> de acuerdo a la página web <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/facts--figures-1.html>. Fecha de consulta 29/06/2013.

2.- BATISTA Jiménez, Fernando, “Derechos humanos y Migración”, Artículo-Ponencia, IIJ UNAM. Fuente de consulta: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3064/15.pdf> Fecha de consulta [01/06/2014](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3064/15.pdf) Fecha de consulta 09/06/2014.

3.- Fuente de consulta:
<http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Bloque%20de%20constitucionalida>

[d.pdf](#) Reforma DH, Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), Primera edición, México 2013. Fecha de consulta 01/06/2014.

4.- Fuente de Consulta:
http://www.unlp.edu.ar/articulo/2011/4/15/antonio_augusto_cancado_trindade_honoris_causa Fecha de consulta: 12/03/2014.

5.- VICTAL Adame, Óscar “Derecho Migratorio Mexicano”, Miquen Ángel Porrúa y la Universidad Anáhuac del Sur, México 1999, p.65 / en CARRILLO Espinosa, Gabriel “Reconceptualización del Derecho Migratorio en México” artículo, Fuente consultada:
<http://epikeia.leon.uia.mx/old/numeros/10/epikeia10-reconceptualizacion.pdf>
Fecha consultada: 09/06/2014.

6.- Fuente de consulta: <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/key-migration-terms-1.html#Migraci%C3%B3n>. Fecha de consulta 29/06/2013.

7.- CARBONELL Sánchez, Miguel “¿Se justifican las fronteras en el siglo XX?”, Ensayo, p.37-38, Fuente de Consulta:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2993/5.pdf> Fecha de consulta: 09/06/2014.

8.- BATISTA Fernando, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Biblioteca jurídica virtual, IJ-UNAM. Ensayo. Fuente de consulta:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/17/rb/rb11.htm> Fecha

consulta: 16/09/2013

9.- Fuente de consulta: <http://www.linguee.es/ingles-espanol/traduccion/ius+standi.html> Fecha de consulta: 17/09/2013.

10.- Fuente de consulta: <http://www.un.org/es/documents/udhr/quiz.asp>
[Fecha de consulta 02/04/2014.](#)

11.- Fuente de consulta:
http://www.frontlinedefenders.org/manual/sp/udhr_m.htm Fecha de consulta:
02/04/2014

12.- Fuente de consulta: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/> Fecha
de consulta: 18/09/2013.

13.- Fuente de consulta:
<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cmw/index.htm> Fecha de consulta:
28/09/2013.

14.- Fuente de consulta:
<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm> Fecha de
consulta: 27/09/2013.

15.- Fuente de consulta: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/index.htm>
Fecha de consulta: 27/09/2013.

16.-
<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/SRMigrants/Pages/SRMigrantsIndex.aspx> Fecha de consulta: 28/09/2013.

17.- Fuente de consulta: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> Fecha de consulta: 30/09/2013.

18.- Fuente de consulta: <http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.antecedentes.htm> Fecha de consulta 30/09/2013.

19.- Fuente de consulta: <http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.antecedentes.htm> Fecha de consulta 30/09/2013.

20.- Fuente de consulta: <http://personal.us.es/juanbonilla/contenido/CM/TRIBUNAL%20EUROPEO%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS/JURISPRUDENCIA%20TEDH/PRINCIPALES%20CRITERIOS%20JURISPRUDENCIALES%20DEL%20TEDH.pdf> Fecha de consulta: 03/05/2014.

21.- MONTOYA Chávez, Víctor Hugo, “El derecho a un recurso efectivo (artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Análisis a partir de los paradigmáticos casos “Klass” y “Silver”. IJ-UNAM, Ensayo, p.181. Fuente de consulta: www.juridicas.unam.mx Fecha de consulta: 04/06/2014

22.- Hoja informativa del ACNUR. Fuente de consulta: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2367.pdf?view=1> Fecha de consulta: 13/08/2013.

23.- Fuente de consulta: <http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/260537/782177/file/FACILITACION%20AL%20TURISMO.pdf>. Fecha de consulta: 24/08/2013.

24.- De acuerdo a su página de internet. Fuente de consulta: <http://www.inm.gob.mx/index.php/page/Antecedentes> Fecha de consulta: 03/10/2013.

25.- Los Extranjeros en México”, INEGI, documento derivado del XII Censo General de Población y Vivienda 2000, p.3. Fuente de consulta: http://www.inegi.gob.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/estudios/sociodemografico/ext_en_mex/extraen_mex.pdf Fecha de consulta: 07/06/2014.

26.- Fuente de consulta: http://www.sinfronteras.org.mx/index.php/es/infografias#dignidad-sin-excepción_alternativas-a-la-detención-migratoria-en-méxico Fecha de consulta: 23 noviembre 2013.

27.- Fuente de consulta http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lic/capasso_g_ag/capitulo5.pdf Fecha de consulta 20/04/2014.

28.- Fuente de consulta: <http://www.ciltec.com.mx/es/infraestructura-logistica/ferrocarril/sistema-ferroviario-mexicano/ferrocarril-del-noreste> Fecha de consulta: 20/04/2014.

29.- Fuente de consulta: https://www.infomex.org.mx/gobiernofederal/materiales/respuestas_a_preguntas_frecuentes_sobre_infomex.pdf Fecha de consulta: 22/04/2014.

30.- Fuente de consulta: <http://estanciadelmigrante.blogspot.mx/p/quienes-somos.html> Fecha de consulta: 22/04/2014.

31.- Fuente de consulta: <http://www.cdfracmatias.org/quienes-somos> fecha de consulta: 22/02/2014.

32.- Fuente de consulta: <http://mexico.cnn.com/nacional/2014/05/02/un-australiano-gana-una-historica-demanda-al-inm-por-maltrato> Fecha de consulta: 07/06/2014.

33.- Fuente de consulta: <http://www.rebelion.org/hemeroteca/sociales/navarro281002.htm> Fecha de consulta: 04/10/2013.

34.- VERMEULEN, Joan, ¿Qué consideran las consejerías jurídicas de los Estados Unidos como ventajas de hacer trabajo Pro Bono? Artículo. Fuente de consulta: <http://www.probono.cl/documentos/documentos/Ventajas%20del%20Pro%20Bono%20%28J.%20Vermuelen%29.pdf> Fecha de consulta: 09/11/2013.

35.- Fuente de consulta: <http://www.proceso.com.mx/?p=363092> Fecha de consulta: 03/05/2014.

36.- Fuente de consulta: http://www.sinfronteras.org.mx/attachments/Comunicado_30_Abril_2014_Stephen_Compton.pdf Fecha de consulta: 03/05/2014.

37.- BLANCO Camila, “El interés público como eje de la abogacía en la era democrática”, Artículo, Fuente de consulta: http://www.derecho.uach.cl/documentos/el_interes_publico_como_eje_de_la_abogacia_en_la_Era_democratica.pdf Fecha de consulta: 04/05/2014

38.- Fuente de consulta: <http://www.clinicasjuridicas.org/clinicas-juridicas.htm>

Fecha de consulta: 04/05/2014.

39.- OVILLA Mandujano, Manuel "Teoría del derecho" Edit. Duero, México, 1985, 273pp. Fuente de consulta: http://www.bibliouin.com.mx/cgi-bin/koha/opacdetail.pl?biblionumber=32029&shelfbrowse_itemnumber=5113

[5#shelfbrowser](#) Fecha de consulta 09/06/2014.

PERIÓDICO:

1.- Periódico La Jornada Martes 29 de marzo de 2011, p. 36.

DOCUMENTOS PÚBLICOS:

1.- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional. SCJN. México 2013.

2.- Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, Párrafo 233. Fuente de consulta: <http://www.bjdh.org.mx/BJDH/busqueda> Fecha de consulta 02/01/2014.

3.- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack Chang.

4.- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Fuente de consulta: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf Fecha de consulta: 07/06/2014.

5.- Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, Párrafo 90. Fuente de consulta: <http://www.bjdh.org.mx/BJDH/busqueda> Fecha de consulta: 20/01/2014.