

CAPÍTULO 7

LEY DE MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

LEY DE MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES*

Javier Cruz Angulo

Clínica de Interés Público, CIDE

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos –en teoría inalienables– han probado su ineficacia cuando las personas que pretenden ejercerlos son migrantes o tienen la condición de apátridas.¹ El primer problema de una persona que migra de su país es abandonar su Estado-nación, y dejar atrás el lugar que tenía al interior de esa comunidad; el segundo punto –sin duda, el más grave– es encontrar una nueva comunidad que lo acepte, reconozca y respete sus derechos, es decir, hallar un lugar en una sociedad organizada. Usualmente, el rechazo que enfrenta aquél que migra no responde a una cuestión de sobrepoblación, sino a un asunto de organización política que se niega a reconocer que las personas migrantes son iguales a los individuos que ya integraban la comunidad política a la que llegan.² La igualdad de las personas y sus derechos es, hoy en día, el centro del debate en la cuestión migratoria.

El presente capítulo aborda, desde una visión constitucionalista, los derechos de las personas migrantes en los Estados Unidos Mexicanos y ofrece una reflexión informada desde la práctica del ejercicio de estos derechos durante los procesos administrativos migratorios. Para lograr lo anterior, en primer tér-

* El presente capítulo analizaba originalmente la compatibilidad entre la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la legislación que afectaba derechos de las personas migrantes en México. Sin embargo, es puntual señalar que días antes de la entrega de este texto (24 de mayo de 2011) se aprobó la primera Ley de Migración. Así las cosas, la conclusión principal del capítulo es un cotejo abstracto entre la Ley de Migración y su unísono con los derechos fundamentales de las personas migrantes.

¹ Cfr. Hannah Arendt (2003), *The Portable Hannah Arendt*, Edited with and Introduction by Peter Baher, Estados Unidos, Penguin Books, p. 34.

² Cfr. *op. cit.*, p. 35.

mino se desarrollan algunas características de los derechos constitucionales. En segundo lugar, se ponen a disposición del lector las excepciones o modulaciones que tienen los derechos en lo general, más adelante se enuncian las excepciones y modulaciones a las garantías individuales de las personas migrantes, en particular lo concerniente al artículo 11 de la Constitución mexicana. De igual manera, se presenta un análisis de la recién aprobada Ley de Migración, su reglamento y lo relativo a las estaciones migratorias a partir de un punto de vista constitucional. En términos generales, el presente texto pretende explicar de manera sencilla y metódica, de lo general a lo específico, los derechos fundamentales de toda persona y, en especial, brindar un panorama de las garantías individuales de los migrantes desde la perspectiva de la igualdad.

Derechos fundamentales, sus excepciones, modulaciones y los absolutos

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene una categoría de normas jurídicas conocida como derechos fundamentales o garantías individuales. Estas garantías son el piso mínimo de derechos que posee toda persona dentro del territorio nacional y que le son oponibles a la totalidad de las autoridades del Estado mexicano. El hilo conductor de estos derechos es la igualdad de todos los seres humanos –no de nacionales o extranjeros, sino de toda persona dentro del territorio nacional–. El estado constitucional de derecho no se concibe sin la existencia de las garantías individuales, a saber, “[...] uno de los criterios para determinar la ‘legitimidad’ del poder estatal, en general, gira en torno a la ‘elevación’ de la pretensión de garantizar el respeto de los derechos y garantizar su ejercicio [...]”.³ Por nuestra parte, señalamos que el objetivo mencionado sólo se logra con el unísono que deben formar todas las leyes secundarias con los derechos fundamentales constitucionales.

Por otra parte, los derechos fundamentales contienen una serie de mandatos específicos dirigidos a un universo de personas determinadas. Así las cosas, podemos encontrar derechos exclusivos de la infancia, de grupos indígenas, de personas de un género determinado, de consumidores, etcétera. Estas normas

³ E. Tugendhat (1998), “Die Kontroverse um die Menschenrechte”, en *Philosophie der Menschenrechte*, p. 49. Citado en Laura Clérico (2009), *El Examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, 1ª. edición, Buenos Aires, UBA-EUDEBA, p.23.

jurídicas se encuadran en lo que la doctrina denomina *affirmative action*;⁴ es decir, la acción afirmativa por parte del legislador constitucional que reconoce las diferencias *de facto* entre los seres humanos y ordena un tratamiento de equidad independiente de las diferencias entre cada universo particular de personas. En el caso de personas migrantes, el artículo 1º de la Constitución prohíbe la discriminación con motivo de nacionalidad;⁵ y con ello *afirma* los derechos fundamentales de toda persona dentro del territorio nacional, cualquiera que sea su procedencia. En suma, no hay distinción constitucional entre nacionales y no-nacionales para el ejercicio de las garantías individuales. A manera de insistir, el poder constituyente afirma la existencia de esta diferencia justamente para prohibir cualquier tipo de discriminación por razón de nacionalidad. Lo anterior es fundamental; no obstante, los derechos encuentran fronteras, modulaciones y reservas, aspecto que se desarrolla en los siguientes apartados.

Los derechos fundamentales, sus excepciones y modulaciones

La ingeniería constitucional ha construido excepciones, modulaciones y absolutos en el terreno de las garantías individuales para lograr un equilibrio en el ejercicio de los derechos de todos los miembros de la sociedad y para resguardar valores que le dan definición al Estado mexicano. Nuestra doctrina constitucional conoce este principio, como la prohibición del absoluto. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia lo explica con las siguientes líneas: “[...] los derechos fundamentales, como cualquier otro derecho, no son derechos ilimitados, y es legítimo en principio que los poderes Legislativo y Ejecutivo emitan normas que inciden y modulen su ejercicio dentro de los límites marcados por el necesario respeto a la Constitución [...]”.⁶ Existen tres razones de lo anterior: primero, se busca no afectar derechos de terceros; segundo, se intenta generar un balance en el ejercicio de los derechos; y, tercero, se pretende preservar los valores constitucionales del Estado mexicano.

⁴ El concepto semántico se inicia en el derecho anglosajón (*Executive order* 102591-1961). Son diversos los doctrinarios que han llenado de contenido este concepto. No se hace cita expresa de alguno para no constreñir el concepto al ideario de un solo autor.

⁵ Véase artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶ Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* XXV, febrero de 2007, p. 632, Tesis: 1a. LIX/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Censura previa. Su prohibición como regla específica en materia de límites a la libertad de expresión.

En efecto, la mayoría de los derechos fundamentales contiene excepciones, modulaciones o reservas para su ejercicio. A modo de ejemplo, podemos señalar que la libertad de expresión se encuentra limitada para no afectar derechos de terceros;⁷ la libertad de asociación se encuentra restringida a los ministros de culto para resguardar el estado laico;⁸ los derechos de participación política se modulan por las fronteras de la ciudadanía; y así un largo etcétera. En principio los derechos fundamentales sólo deben ser acotados o modulados en una cláusula constitucional cerrada. Lo anterior, por un lado, tiene el objetivo de que los gobernados sepan con toda claridad los límites de sus derechos o las modulaciones y, por otro lado, con ello se reduce el riesgo de que el legislador ordinario u otros poderes extiendan la excepción o modulación hasta convertirse en prohibición.

Así, los derechos fundamentales están sujetos a excepciones y modulaciones siempre y cuando no se infrinja el propio texto constitucional o se rebasen los márgenes de lo intolerable en materia de derechos fundamentales. El ámbito de lo tolerable dentro de nuestro sistema constitucional, se podría conceptualizar como la no afectación a los derechos absolutos, las excepciones o modulaciones ilimitadas. “[...] En el caso de la tolerancia, quien se salta el cerco de lo intolerable, pierde todo criterio para precisar qué es lo tolerable. Si no hay nada que sea intolerable no es posible saber qué sentido tiene decir que algo es tolerable [...]”.⁹ De esta forma, las excepciones o modulaciones dentro de un sistema constitucional tienen un límite para que el propio sistema adquiera sentido.¹⁰

Con esta breve introducción resultará sencillo entender que existen modulaciones a los derechos de las personas migrantes. En el contexto mexicano, la única excepción—dentro del texto constitucional—a los derechos de las personas migrantes es la participación política. En efecto, uno de los valores del Estado mexicano es que la arena de la política está reservada para los ciudadanos mexicanos. Desde esta “cláusula constitucional cerrada” se explica cualquier excepción constitucional en esta materia. Cabe decir que esta excepción o modulación es un concepto compartido en la mayoría del derecho comparado¹¹

⁷ Véase artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸ Véase artículo 9 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹ Robert Alexy (2007), *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, 1ª. reimpresión, México, Distribuciones Fontamara, p. 17. [Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004].

¹⁰ *Idem*, pp. 16-19.

¹¹ A guisa se cita que la Constitución de los Estados Unidos de América contiene una modulación en los requisitos para cargos populares en su artículo 1, sección 3; así mismo, el artículo 172 de la Constitución de Colombia contiene una excepción similar a la mexicana en cuanto acceso a cargos públicos federales.

que reconoce que la relación entre participación política y ciudadanía es una prerrogativa del ciudadano por su relación con el Estado-nación. Es decir, las prerrogativas de la ciudadanía no son derechos fundamentales sino privilegios que emanan de la construcción del Estado-nación.¹² Este argumento empieza a delinear la problemática de las personas en migración. El asunto central estriba en que el derecho constitucional tiene como valor común el otorgar prerrogativas a *sus ciudadanos*, lo cual resquebraja la idea de igualdad entre los individuos y construye un lenguaje de asimetría entre personas nacionales y personas migrantes.

Las excepciones, modulaciones y su tratamiento por los jueces constitucionales

Un hecho posible sobre el que pocas veces se reflexiona es que las normas jurídicas pueden entrar en colisión. Esto es, el poder legislativo es un ente imperfecto que puede emitir leyes contradictorias; incluso, el legislador constitucional puede crear normas fundamentales que entran en contradicción. La mayoría de las veces, estos problemas de contradicción se evidencian por medio de casos concretos que ponen en colisión los derechos fundamentales. Lo anterior es particularmente importante para el caso que nos ocupa, pues expone con claridad la necesaria intervención de los jueces constitucionales en la ponderación de los derechos fundamentales de los migrantes en nuestro país, dada la nueva Ley de Migración. De esta forma, la colisión de las normas jurídicas es de suma relevancia para la situación del migrante en México y, por ello, uno de los objetivos centrales de este texto es exponer al lector lo que consideramos una contradicción entre el legislador ordinario y la Constitución en materia de derechos de los migrantes.

Los conceptos fundamentales sobre contradicción de normas y ponderación apuntan que: a) la ponderación sólo se verifica cuando colisionan los principios o valores constitucionales y b) las leyes secundarias que entran en conflicto con la Constitución deben ser expulsadas del orden jurídico o ser inaplicadas. La ley de la ponderación señala que debe existir una relación entre el grado de afectación de un derecho y la necesidad de afectarlo, o en su caso, la relación

¹² Cfr. Reinhold Zippelius (1981), *Teoría General del Estado, ciencia de la política*, 2ª. edición, México, Editorial Porrúa, p. 50.

para disminuir el ejercicio de dos o más principios constitucionales.¹³ Por ejemplo, cuanto más se limite la libertad de libre tránsito, más altos deberán de ser los estándares del interés público para justificar la limitante. En este caso, esta contradicción es uno de los puntos centrales de crítica en materia migratoria. Ahora bien, la justificación para la interferencia o afectación de un derecho sólo es un modelo argumentativo¹⁴ que sirve para justificar dicha afectación, pues, en esencia, no debería de existir ponderación de los derechos sin colisión concreta, ya que el conflicto con el interés público es demasiado abstracto para tasar el peso de cada derecho. No resulta así en otro tipo de derechos tal y como se ilustra en el siguiente caso: la libertad de culto *versus* el estado laico. El planteamiento de esta alternativa pone sobre la mesa la siguiente disyuntiva: ¿Debe prevalecer el derecho fundamental o el estado laico?¹⁵ Para la doctrina alemana, la respuesta fue clara: prevaleció el estado laico como valor constitucional sobre el derecho fundamental. El Tribunal Federal Alemán consideró que la afectación del derecho particular –la limitante de la libertad de culto– era menor que la afectación que causaba al estado laico la expansión de la libertad mencionada en las universidades públicas (que era el espacio de disyuntiva). En tanto, la doctrina constitucional mexicana tampoco está exenta de este tipo de conflictos que se originan en la colisión de los principios constitucionales. Un ejemplo claro de ello es la disyuntiva libertad de expresión *versus* derecho a la intimidad. En esta situación concreta, los jueces constitucionales han decidido crear estándares para la resolución de cada caso¹⁶ (como ya se adelantó, en su momento, se retomará el modelo de la ponderación para observar si las leyes secundarias en materia de migración respetan el modelo antes señalado).

Por su parte, las leyes secundarias que entran en aparente contradicción con lo dispuesto por la Constitución deben ser evidentes ante los ojos de los jueces constitucionales, con el fin de que éstos aporten una interpretación o sentido constitucional, y en caso de clara confrontación con el texto constitucional, el Poder Judicial Federal está llamado a expulsarlas del orden jurídico.

¹³ Cfr. Laura Clérico (2009), *El Examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, 1ª. edición, Buenos Aires, UBA-UDEBA, p. 196.

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ Cfr. Resolución del Tribunal Federal Alemán del 24 de septiembre de 2004 sobre el uso del velo en las universidades públicas.

¹⁶ Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXI, marzo de 2010, p. 928, Tesis: 1a. XLIII/2010, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Libertad de expresión, derecho a la información y a la intimidad. Parámetros para resolver, mediante un ejercicio de ponderación, casos en que se encuentren en conflicto tales derechos fundamentales, sea que se trate de personajes públicos o de personas privadas.

En México, la labor del Tribunal Constitucional en ponderación, o expulsión, de leyes del orden jurídico es fundamental en la materia de los derechos de los migrantes. Lo anterior se observará con toda claridad en el apartado que analiza la Ley de Migración, siendo dicha normatividad la que da contorno a la modulación de la libertad de tránsito de los migrantes en México.

Las excepciones y modulaciones por el Poder Legislativo ordinario

El poder constituyente delega, en ciertos casos, en el legislador ordinario las excepciones, modulaciones y ampliaciones de los derechos fundamentales. Esto sucede en materia de derechos de personas migrantes, lo mismo que en otros ámbitos. A modo de ejemplo, dos casos concretos, antes de exponer el tema que nos ocupa: derechos indígenas y derecho de los individuos a poseer armas de fuego.

Sobre el primero, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló en materia de derechos indígenas que

[...] En consecuencia, los Congresos Locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben hacerlo bajo el criterio de que los que se otorgan en ella a la población indígena son derechos mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias [...].¹⁷

Es decir, aquí el legislador constitucional hizo un piso mínimo de derechos y confía en el legislador ordinario para la continua construcción de estos derechos. Un ejemplo adicional es el derecho de toda persona a tener armas de fuego, prerrogativa consagrada en la Constitución general que, no obstante, encuentra su modulación en las leyes secundarias en cuanto a los requisitos, lugares y casos en los que se puede portar un arma de fuego y el tipo de arma. En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha mencionado “[...] el derecho de poseer armas de fuego en el domicilio no es ilimitado, [...] sino que la reglamentación relativa se dejó a cargo del legislador

¹⁷ Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* XVI, noviembre de 2002, p. 446, Tesis: 2a. CXXXIX/2002, Tesis Aislada Materia(s): Constitucional, Derechos de los indígenas. Los establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pueden ser ampliados por las legislaturas locales dentro del marco de aquella.

ordinario federal, quien en congruencia con el mencionado proceso legislativo emitió la Ley Federal de Armas de Fuego [...]”¹⁸.

Modulaciones por el Poder Legislativo ordinario a los derechos fundamentales de las personas migrantes

El Constituyente de 1857¹⁹ no modulaba la libertad de tránsito, por razón de nacionalidad. La modulación más importante en materia de personas migrantes se generó en el Constituyente originario²⁰ de 1917; sin embargo, no fue hasta el 4 de diciembre de 2006 que el órgano revisor de la Constitución crea la prohibición de discriminar por razón de la nacionalidad. A su vez, la primera Ley General de Población –que afecta a la población migrante– data de 1947, fue luego de 62 años que se expide una Ley de Migración como tal (mayo de 2011). Este trayecto legislativo evidencia varios aspectos: a) el desarrollo del tema de migración y derechos fundamentales en México le pertenece al siglo XXI; b) el mandato que prohíbe la discriminación por motivo de nacionalidad es un asunto cuya visión constitucional tiene apenas cinco años, y c) la legislación especializada nació apenas este año, lo cual da cuenta de la ausencia de una política pública en materia migratoria legislada.

En efecto, el Constituyente de 1917 plasmó una serie de modulaciones a la libertad de tránsito, a saber: a) una orden judicial en materia penal o civil, b) determinaciones de las autoridades migratorias conforme a las leyes de la materia, c) determinaciones en materia de salud pública y d) extranjeros perniciosos. Los grados de restricción a la libertad de tránsito no están en cláusula constitucional cerrada. Así, la libertad de las personas en México está conferida en su mayoría al Poder Legislativo ordinario, aunque nuestra doctrina constitucional sea enfática en limitar a los congresos locales o asambleas para respetar los propios cercos impuestos por la Constitución.

¹⁸ Cfr. Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* XXV, junio de 2007, p. 202, Tesis: 1a. CXVIII/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Penal, Posesión de armas de fuego. Para efectos del lugar en el que puede ejercerse ese derecho, las negociaciones mercantiles no quedan comprendidas dentro de la acepción “domicilio” a que se refiere el artículo 10 de la Constitución federal.

¹⁹ Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>.

²⁰ El texto del artículo 11 de la Constitución no se ha modificado como se puede apreciar en: *La Constitución del Pueblo Mexicano* (2004), 2ª. edición, México, Cámara de Diputados-Investigación Académica José Luis Soberanes-Editorial Porrúa, p. 37.

Lo expuesto en párrafos anteriores es el eje del presente capítulo: si la libertad de tránsito de las personas migrantes está en manos del Poder Legislativo ordinario, el punto toral será revisar la Ley de Migración y el respeto de ésta a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los derechos fundamentales absolutos

Existen derechos fundamentales absolutos, es decir, dentro de la categoría de normas jurídicas conocida como garantías individuales hay derechos que no aceptan modulaciones, excepciones o reservas. A saber, la integridad personal es un derecho absoluto; en otras palabras, no existe argumento alguno para que el Estado mexicano pueda afectar nuestra integridad física o psicológica. En igualdad de circunstancias, la garantía de audiencia es un derecho absoluto, por lo que el Estado mexicano no puede privar de sus derechos a una persona hasta que haya sido oída y vencida en un juicio justo ante la autoridad judicial. Por último, los procesos judiciales para proteger las garantías individuales tampoco pueden estar sujetos a limitación alguna.²¹

MIGRACIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La pregunta que resulta a todas las luces pertinente para los efectos de este trabajo es ¿qué derechos especiales tutela el derecho internacional con relación a los migrantes? A este respecto, cabe destacar que México solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) una opinión consultiva buscando aclarar precisamente esa y otras cuestiones referentes a la migración y los derechos de las personas.

Coincidiendo con lo ya expresado anteriormente, la CoIDH estableció que existen prerrogativas a las que toda persona, sin importar su nacionalidad o condición legal, tiene derecho (valga la redundancia). Desde la visión del

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Resolutivos).

Tribunal, los derechos fundamentales son inherentes a la persona humana y, por lo tanto, corresponde a todos los Estados tutelar.

El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales. La CoIDH ha entendido respecto del aludido principio que:

[1]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.²²

En suma, la perspectiva del Tribunal de San José hace incompatible nuestro sistema constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos en materia migratoria. Esta incompatibilidad se debe a que el sistema constitucional mexicano contiene excepciones y modulaciones a los derechos de las personas migrantes, así como prerrogativas a favor de los ciudadanos mexicanos. Más adelante se observará que la Ley de Migración acentúa la distinción entre nacionales y no-nacionales, lo cual se contradice con la reciente reforma constitucional que ingresa al bloque de constitucionalidad los tratados de derechos humanos. El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Ley fundamental.²³ La concesión en procesos, lapsos y ajustes para la implementación de los tratados de derechos humanos –de cada país signatario– no puede ser sinónimo de francas contradicciones.²⁴

²² Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 45; y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 55.

²³ Tribunal Constitucional Colombiano, Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Citado en biblioteca digital.icesi.edu.co/biblioteca digital.

²⁴ Cfr. Thomas Buergenthal (1996), *Derechos Humanos Internacionales*, 2ª edición, México, Editorial Ger-nika, pp. 45-54. De manera particular, la relación de oposición al Estado de los derechos fundamentales.

Conclusión general sobre los derechos fundamentales de las personas migrantes

Las personas migrantes gozan de todos los derechos que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con excepción de la participación política. En regla absoluta gozan de los derechos de respeto a la integridad personal y acceso a los procesos judiciales que resguardan derechos fundamentales. En igualdad de circunstancias—como cualquier mexicano—los migrantes disfrutan del resto de los derechos fundamentales con las reglas y grados que la propia ley fundamental señala para cada caso. Respecto a la libertad de tránsito, la modulación es más laxa para nacionales, lo anterior se tendría que leer como una categoría asimilable a las prerrogativas del ciudadano para no extender el lenguaje de la asimetría o dar pie al discurso de la desigualdad. Por otro lado, lo que no podría acontecer es que el artículo 11 constitucional se interprete como una prohibición absoluta a la libertad de tránsito o como una patente de corzo para afrentar la libertad personal de migrantes.

El Constituyente originario de 1917 hizo una distinción entre nacionales y extranjeros para el ejercicio de la libertad de tránsito. La distinción, del Constituyente originario, se decantó por el legislador constitucional contemporáneo mediante la reforma que prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad, garantía individual de todas las personas, oponible al Estado.²⁵ Ante ello, se puede concluir que la política migratoria del Estado mexicano debe guiarse por los parámetros de igualdad.

ANÁLISIS DE LA LEY DE MIGRACIÓN

Los derechos fundamentales de las personas migrantes han sido delineados desde la perspectiva del derecho nacional e internacional. Sin tener una pretensión exhaustiva, sino la de brindar un panorama general sobre las garantías individuales y su hilo conductor, la igualdad, se hará un análisis de la Ley de Migración, entendiendo ésta como aquel sistema de normas jurídicas encargadas de desarrollar el mandato constitucional de los artículos 1º y 11.

La Ley de Migración crea un régimen diferenciado entre nacionales y extranjeros. En efecto, el legislador ordinario no acata a cabalidad el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la igualdad y

²⁵ *Ídem*, pp. 62-63.

la prohibición de no discriminación y, por ende, la inexistencia de regímenes diferenciados. Sin duda, esto representa un punto ciego para el legislador ordinario, sin que con ello se trate de afirmar la imposibilidad del Estado mexicano para generar una política migratoria. Para sustentar estas afirmaciones se hace un análisis pormenorizado de la Ley en los siguientes párrafos.

El cerco de lo tolerable

En primer término, el principio que permitirá dibujar la línea de lo permisible se encuentra en la siguiente frase: “[...] si no hay nada que sea tolerable no es posible saber qué sentido tiene decir que algo es intolerable [...]”.²⁶ Así las cosas, los Poderes de la Unión están llamados a crear reglas y grados a la libertad de tránsito en territorio nacional en el ámbito de lo tolerable.

La expectativa de conducta del Congreso de la Unión es la emisión de leyes que respeten la excepción constitucional –materia política– y que modulen con respeto al principio de igualdad y no discriminación, el tránsito de toda persona por territorio nacional; de tal suerte que el actuar del Poder Legislativo debe guardar un justo equilibrio entre su potestad para regular la política migratoria y el irrestricto respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Desde esta perspectiva, se analiza la Ley de Migración en los siguientes epígrafes.

La Ley de Migración es el primer texto legislativo que da cuenta de la existencia de una política migratoria del Estado mexicano, cuyo propósito en palabras de la propia ley es “[...] el conjunto de decisiones estratégicas [...] para atender el fenómeno migratorio de México de manera integral, como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrante”.²⁷ Más adelante se señalan algunos de los principios que deberían de guiar la Ley: “[...] el respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria [...]”.²⁸

En conclusión, sin lugar a dudas, los primeros párrafos de la Ley de Migración se tienen que celebrar por dos razones fundamentales: la primera, es haber cristalizado en normas jurídicas la política migratoria del Estado mexicano;

²⁶ *Op. cit.* Robert Alexy.

²⁷ *Cfr.* artículo 2 de la Ley de Migración.

²⁸ *Ídem.*

la segunda, son los principios plasmados en ella. Ahora bien, llama la atención que a lo largo del texto de la Ley de Migración no se hace una mención explícita de igualdad de derechos entre mexicanos y migrantes. Tal y como se verá más adelante, la legislación es una dicotomía entre el ámbito de lo tolerable y la violación a los derechos fundamentales.

El estándar de análisis de la Ley de Migración

La fuerza normativa de los principios democráticos y de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado –y entre ellos, el juzgador constitucional– deben respetar la libertad de configuración con que dispone el Congreso de la Unión, en el marco de sus atribuciones. Así, el legislador tiene mayor discrecionalidad en ciertas materias, en la mayor parte de hecho. Eso significa que la intensidad del control es ordinaria y, en consecuencia, en esos temas las posibilidades de injerencia del juez constitucional son menores que sus posibilidades en *categorías sospechosas* donde la revisión constitucional debe ser reforzada.²⁹ En contraste, en los asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Poder Legislativo, la intervención y control de los tribunales constitucionales debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella.³⁰ Las categorías sospechosas se han desarrollado a partir de la lista de categorías incluidas en el artículo 1º constitucional que prohíbe la discriminación, por estimar que éstas requieren un escrutinio especialmente reforzado. De este modo, el estándar de análisis de cada disposición de la Ley de Migración debe ser reforzado, ya que puede afectar el principio de no discriminación e igualdad de todas las personas, nacionales o migrantes que señala el mencionado artículo constitucional.

Ley de Migración

La novedosa legislación en su artículo 2 pretende colocarse en el cerco de lo tolerable; sin embargo, el artículo 3 contiene una disposición, en especial,

²⁹ Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* XXX, diciembre de 2009, p. 1255, Tesis: P./J.120/2009, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Motivación legislativa, clases, concepto y características.

³⁰ *Ídem*.

que cae en el ámbito de lo intolerable, como se desarrolla en las siguientes líneas.

El derecho de libre tránsito se asocia con el concepto mismo de la libertad, es decir, la capacidad de un ser humano de desplazarse a donde éste quiera. Colocar a un ser humano en un espacio delimitado, contra su voluntad, no es otro hecho que ponerlo en prisión. Las estaciones migratorias han sido los espacios físicos donde se colocan a las personas que ingresan al país de manera irregular. Estos lugares hoy se definen por la Ley como “la instalación física que establece el Instituto Nacional de Migración para alojar temporalmente a los extranjeros que no acrediten su situación migratoria regular, en tanto se resuelve su situación migratoria”.

En nuestra opinión, el término *alojar* es un eufemismo de privación de la libertad. En este sentido, se sostiene que dichas estaciones migratorias son inconstitucionales por las siguientes razones. El ingreso irregular al país es una falta administrativa y estas faltas están reguladas por el artículo 21 de la Constitución, el cual permite a la autoridad administrativa (i) imponer una multa y (ii) un arresto hasta por 36 horas. Por tanto, el Instituto Nacional de Migración (INM) es una autoridad administrativa que no puede privar o *alojar* a un ser humano por un plazo mayor de treinta y seis horas. Tal y como se expuso en títulos anteriores, las personas migrantes tienen una excepción constitucional, una modulación a su libertad de tránsito y gozan del resto de las garantías individuales, en esta línea de pensamiento es claro que la prohibición a las autoridades administrativas de privar de la libertad a una persona por un término mayor a 36 horas le resulta aplicable al INM. La Ley de Migración además incluye en su artículo 111 la posibilidad de que una persona esté *alojada* por un lapso superior a 15 días. Entonces, habremos de recordar que los jueces están llamados a expulsar del orden jurídico o a desaplicar las normas jurídicas cuando éstas afrenten el texto constitucional, como es el caso de marras. La Ley de Migración también incluye la posibilidad de extender el término de detención, por un lapso mayor a 60 días, en caso de que se interponga un juicio de amparo,³¹ ¿será que el legislador quiere otorgar incentivos negativos en contra del juicio de amparo?

En este momento se va a retomar el concepto de ponderación. Líneas atrás, se mencionó que la ponderación implicaba medir el grado de afectación de un

³¹ Artículo 111 fracción V de la Ley de Migración.

derecho en aras de hacer preservar otro derecho o el interés público. El artículo 11 de la Constitución contiene la modulación a la libertad de tránsito que tanto se ha descrito. Ahora bien, la Ley de Migración entraña diversos medios de verificación migratoria, donde se auxilia de la Policía Federal, y proporciona conceptos como seguridad nacional y soberanía. Para poder legitimar que una garantía constitucional resulte afectada por la intervención de miembros de seguridad del Estado habría que sujetar esta medida a la regla de la ponderación y de la proporcionalidad de la medida. Si bien no existe una base de datos sobre el número de sentencias condenatorias de personas migrantes, también es cierto que, por un lado, la percepción nacional no registra la migración como una causa del delito, como se muestra a continuación:

TABLA I. RESULTADOS DE LA ENCUESTA NACIONAL SOBRE SEGURIDAD A LA PREGUNTA: ¿CUÁL CREE USTED QUE SEAN LAS CAUSAS DEL DELITO?



Fuente: Datos de la Séptima Encuesta Nacional sobre Seguridad, elaborada en 2010 por el Instituto Cuidadano de Estudios sobre la Seguridad A.C. Disponible en: http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ENSI7_resultados_nacional_y_por_entidades_federativas.pdf.

Por otro lado, la Ley de Migración comulga en su exposición de motivos y principios con la protección de las personas migrantes ante el fenómeno delictivo. Así mismo, el migrante como víctima del delito (en México³² y en otras latitudes³³) fue uno de los detonantes para la emisión de las normas jurídicas que hoy se analizan.

En suma, no se encuentra un propósito constitucional válido o una necesidad de interés público, para incorporar a los miembros de la seguridad pública en el tema de verificación o revisión migratoria. Por lo anterior, se considera que se debe atravesar por un tamiz de racionalidad constitucional la intervención de la policía federal en el tema de revisión y verificación migratoria.

El ámbito de lo tolerable y de la igualdad

A pesar de que la legislación contiene un lenguaje que caracteriza dos distintos tipos de individuos (mexicanos y extranjeros), también es de destacar la inclusión de pasajes de igualdad. Por ejemplo, el artículo 9 de la Ley de Migración mandata el acceso a la justicia y a los actos del estado civil de los migrantes, sea cual sea su condición migratoria. Mientras que durante el siglo XX se negó este derecho a los migrantes e incluso el caso estuvo en la mira de la Corte,³⁴ el día de hoy, la legislación gira el timón de la política migratoria y de acceso a la justicia hacia la igualdad.

La legislación se celebra en muchos de los apartados: otorga mayor participación a la sociedad civil, a las representaciones consulares y la defensa de los derechos humanos de las personas migrantes. Además, la Ley genera, por primera vez en la historia de la legislación migratoria, un procedimiento con garantía de audiencia para el interesado y recursos dentro de dicho procedimiento. También comprende un catálogo de derechos con perspectiva de género e infancia tales como los artículos 2, 30, 109, sólo por citar algunos.

En suma, la legislación en la materia demuestra estar dividida entre una legítima preocupación por la situación de los migrantes en México y el trato

³² Por ejemplo, noticias como “Un nuevo récord: Rescatan a 513 inmigrantes en Chiapas”, *Excelsior*, 18 de mayo de 2011, http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_notas=737623.

³³ El caso de la migración en Europa, ver “The Killing Seas”, *New York Times*, <http://www.nytimes.com/2011/05/19/opinion/19lucht.html?emc=etal>.

³⁴ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 543/2003, Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

diferenciado, como la preservación de las estaciones migratorias o la autorización de revisión de documentación migratoria por miembros de seguridad pública.

Aproximación práctica de los derechos de las personas migrantes

1. Los consulados de los países latinoamericanos tendrán que generar recursos materiales y humanos para aprovechar el grado de participación que ahora les otorga la Ley de Migración. Este espacio de actuación significa que cada vez que una persona sea asegurada, la representación consular puede ser llamada para su intervención (artículo 109 de la Ley de Migración); además puede brindar asesoría jurídica a las personas que así lo soliciten.
2. Las representaciones diplomáticas también deben estar preparadas para recibir a las personas que se encuentren en las estaciones migratorias, y que sean puestas a disposición de éstas conforme al procedimiento del artículo 101 de la Ley mencionada.
3. El tema de las estaciones migratorias tiene que someterse al más alto escrutinio constitucional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues es claro que su existencia afrenta el artículo 21 de la Constitución. Así mismo, la intervención de los miembros de la seguridad pública del Estado tiene que estar sujeta a un examen de proporcionalidad y ponderación constitucional para observar si existe un fin constitucionalmente válido y sus métodos.
4. La generación de diálogo y redes entre la sociedad civil, las representaciones diplomáticas, personas migrantes y el juicio de amparo es vital para que la Ley sea interpretada en los más altos estándares de igualdad.

CONCLUSIÓN

El presente trabajo es un análisis inicial –muy preliminar– de la nueva Ley de Migración que busca dar cauce, por primera vez en nuestra historia constitucional, a la política migratoria. La creación de la Ley es fiel muestra de la importancia que ha adquirido el tema migratorio para el país en la última dé-

cada y también de la poca atención que se prestó al tema en décadas anteriores. La Ley y sus especificaciones también dan cuenta de los múltiples retos que enfrenta el Estado mexicano para tratar de manera respetuosa y humanitaria un fenómeno que se convierte, por momentos, en un problema de la esfera pública. La ponderación de los derechos y su modulación son tema central de análisis. Todavía son muchas las aristas que faltan por estudiar no sólo de esta legislación, sino de su futura instrumentación y puesta en práctica. No obstante lo anterior, la Ley de Migración es una gran oportunidad para replantear el tema de la igualdad entre todas las personas. Los últimos criterios estarán en manos de los jueces constitucionales y, por ende, es importante llevar ante estas instancias todos los procedimientos hasta lograr que se cumpla la voluntad de la Constitución: igualdad y no discriminación ♦