



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 31, julio-diciembre 2014

## CONEXIONES ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y LA SEGURIDAD ¿ES POSIBLE AFIRMAR QUE EL DERECHO MEXICANO CRIMINALIZA LA MIGRACIÓN INDOCUMENTADA?

### *CONNECTIONS BETWEEN THE HUMAN RIGHTS OF MIGRANTS AND SECURITY. IS IT POSSIBLE TO ARGUE THAT UNDOCUMENTED MIGRATION IS CRIMINALIZED BY MEXICAN LAW?*

José Antonio GUEVARA BERMÚDEZ\*

**RESUMEN:** Este artículo pretende esclarecer la política migratoria actual en México y su relación con la lógica de la denominada *securitización* que ha permeado muchas decisiones de diseño institucional y de política pública en los Estados Unidos de América. Asimismo, busca desentrañar la causa de tal situación que vulnera los derechos humanos de los migrantes en tránsito por el país. Igualmente se analiza las definiciones legales sobre seguridad reconocidas en la Constitución, para evidenciar que el vínculo entre seguridad y migración es una construcción que inicia en el siglo XIX y se cristaliza en la legislación migratoria vigente. Posteriormente se realiza un recorrido histórico de la legislación en materia migratoria desde la Independencia, para resaltar las diversas justificaciones empleadas para limitar o restringir los derechos de las personas migrantes. Por último, se efectúan una serie de conclusiones y recomendaciones con el objeto de cesar las violaciones sistemáticas de derechos humanos de las personas migrantes.

**ABSTRACT:** This article intends to clarify the contemporary migratory Mexican policies and their relationship with the concept securitization. Such concept has imprinted relevant decisions of institutional design and the instrumentation of public policies in the United States of America. Also it pretends to unravel the root causes of the human rights violations of migrants in transit through Mexican territory. Likewise the article analyses legal definitions of security as recognized in the Mexican Constitution, to evidence that the links between security and migration were originated in the XIX Century and such link is clearly stated only in the current migratory legislation. Also the paper makes an historical review of relevant legislation applicable to migration since the Mexican Independence from Spain in the XVIII Century. Such analysis highlights the justifications used in such pieces of legislation to limit the rights of migrants, as opposed to nationals. Finally the article includes a series of conclusions and recommendations with the purpose to prevent the systematic human rights violations of human rights of migrants in Mexico.

**Palabras clave:** derechos humanos, personas migrantes, discriminación, seguridad nacional, criminalización.

**Descriptors:** human rights, migrants, discrimination, national security, criminalization.

\* Licenciado en derecho por la Universidad Iberoamericana y doctor en derechos fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid.

## I. INTRODUCCIÓN

México, en su calidad de país emisor, de tránsito, destino y retorno de personas migrantes, tiene el enorme reto de reconocer, garantizar y promover los derechos humanos de este sector de la población. De acuerdo con cifras oficiales, en el país residen 492,617 personas no-nacionales;<sup>1</sup> mientras que 1'112,273 nacionales emigraron al exterior (entre 2005 y 2010), de las cuales el 90% lo hizo a los Estados Unidos de América.<sup>2</sup> Sobre la población migrante en tránsito por territorio mexicano no hay cifras oficiales; sin embargo, el relator de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas migrantes estima que alrededor de 400 mil no-nacionales anualmente atraviesan el país de sur a norte.<sup>3</sup>

La Encuesta Nacional sobre Discriminación<sup>4</sup> concluye que seis de cada diez personas migrantes, de la totalidad consultada, consideran que en México se respetan *poco* sus derechos, es decir el 58.1% de dicha población. Uno de cada diez —es decir, 7.2% de los encuestados— considera que sus derechos se respetan *nada*. Sin embargo, dichos porcentajes aumentan cuando se aplica la encuesta en diferentes ciudades. Por ejemplo, en la ciudad de Guadalajara 90.8% y en la ciudad de México 90.4% de las personas migrantes encuestadas señalaron que sus derechos se respetan poco o no se respetan. En la frontera norte, particularmente en Ciudad Juárez, Chihuahua, el porcentaje es de 84.4%, mientras que en Tijuana, Baja California, es de

<sup>1</sup> Censo Nacional de Población y Vivienda 2010. Migración Internacional (población nacida en otro país residente en México por entidad federativa según sexo 2000-2010), Instituto Nacional de Geografía y Estadística, <http://www.inegi.org.mx/Sistemas/temasV2/Default.aspx?s=est&c=17484>. Guevara Bermúdez, José Antonio, Marco Institucional y Normativo en Materia de Migración Internacional en México. Análisis y Propuestas, México, Instituto de Estudios y Divulgación sobre Migración, 2011, Documento de Trabajo núm. 3. Para una aproximación a los retos globales del fenómeno migratorio con perspectiva de derechos humanos, véase Moses, Jonathon W., *International Migration. Globalization's Last Frontier*, Londres-Nueva York, Zed Books, 2006.

<sup>2</sup> Consultar INEGI <http://www.inegi.org.mx/Sistemas/temasV2/Default.aspx?s=est&c=17484>.

<sup>3</sup> Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes derivado de su Visita a México (9-15 de marzo de 2008), del 24 de marzo de 2009, Documento de la Organización de las Naciones Unidas: A/HRC/11/7/Add.2, párr. 22.

<sup>4</sup> Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Encuesta Nacional sobre Discriminación en México. Enadis 2010, México, Conapred, 2011, p. 94.

73.1%. En la frontera sur, en Tapachula, Chiapas, 12% considera que sus derechos son poco respetados.<sup>5</sup>

Lo anterior se constata, por ejemplo, con las 13 recomendaciones (de un universo de 86) que emitió la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre violaciones a los derechos humanos de los migrantes tan solo en 2010.<sup>6</sup> En 2011, dicha Comisión informó que abrió 1,116 expedientes de quejas por violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes;<sup>7</sup> hizo público el Informe Especial sobre Casos de Secuestro de Migrantes en México, en el que señala que se identificaron 11,333 víctimas de ese delito,<sup>8</sup> y emitió tres recomendaciones en la materia, de un total de 95 en dicho año.<sup>9</sup>

En un reciente proyecto de investigación de la División de Estudios Internacionales del Centro de Investigación y Docencia Económicas se concluyó que:

Los mexicanos prefieren a inmigrantes con afinidad cultural, pero tienen una opinión menos favorable de los extranjeros provenientes de América Latina que de Estados Unidos y Europa. La demanda de derechos es con frecuencia mayor a la disposición a concederlos. Los mexicanos insisten en la legalización de indocumentados en Estados Unidos, pero deportarían a los indocumentados centroamericanos de México. Temen que los países industrializados cierren sus fronteras a los migrantes, pero rechazan la libre circulación de personas entre los países latinoamericanos.<sup>10</sup>

Lo que resulta paradójico es que la legislación mexicana en su más alto nivel garantiza el reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes, pero conforme se desciende en la jerarquía normativa aparecen disposiciones

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>6</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Informe de Actividades 2010, México, CNDH, 2011, p. 123.

<sup>7</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Informe de Actividades 2011, México, CNDH, 2012, p. 213.

<sup>8</sup> En el periodo que comprende abril a septiembre de 2010. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Informe Especial sobre Secuestro de Migrantes en México, México, CNDH, 2011, p. 26.

<sup>9</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Informe de Actividades 2011, *cit.*, p. 58.

<sup>10</sup> González, Guadalupe *et al.*, *México, las Américas y el Mundo. Política Exterior: Opinión Pública y Líderes*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, División de Estudios Internacionales, marzo de 2011, p. 112.

que los restringen. La normativa secundaria violatoria de la Constitución se ve fortalecida por la tolerancia o aquiescencia de los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos.

No es explicable que tanto el Congreso como el Ejecutivo, respectivamente, legislen y actúen tan abiertamente en contra de la Constitución sin que exista algún tipo de intervención de las autoridades encargadas de controlar y equilibrar a esas dos instituciones. Por motivos de espacio, escapa a este análisis evaluar la eficacia de los mecanismos institucionales con los que cuenta el país para proteger los derechos humanos.

Las restricciones aludidas han aparecido a lo largo de la historia en la legislación mexicana, aparejadas a sus correspondientes justificaciones, como por ejemplo la seguridad, salud, economía o desarrollo del país. Es importante señalar que tales justificaciones son utilizadas en otras sociedades de manera similar.<sup>11</sup>

La política exterior mexicana se ha caracterizado por defender internacionalmente la idea de que la migración indocumentada no debe criminalizarse; es decir, no debe castigarse como delito al migrante que ingrese o permanezca en un país por no contar con papeles migratorios que acrediten su legal estancia. Sin embargo, lo que más adelante podrá observarse es que si bien México no considera como delito la migración indocumentada, el sistema legal vigente la sanciona por la vía administrativa: la detención administrativa prolongada, los retenes migratorios para identificar migrantes indocumentados en tránsito, y los operativos para identificar o verificar si las personas migrantes tienen sus papeles en orden.

Las restricciones actuales a los derechos de las personas migrantes son medidas que pueden calificarse como punitivas o criminalizantes, como se verá más adelante, al pretender disuadir a las personas para no ingresar sin documentos migratorios vigentes, por lo que les puede ocurrir en su tránsito por el país.

Este trabajo pretende esclarecer si la política migratoria actual en México —que se buscará fundadamente calificar como criminalizante por aplicar el derecho administrativo punitivo en términos de la nomenclatura empleada

<sup>11</sup> Por ejemplo, en los Estados Unidos de América se han presentado varias épocas en donde se buscaba restringir la migración indocumentada por supuestos motivos de seguridad. Tal fue el caso de la Operación “Espalda Mojada” de los años cincuenta, que en el contexto de la Guerra de Corea y el *Miedo Rojo* temían la entrada de los comunistas por el sur del país. Astor, Avi, “Unauthorized Immigration, Securitization and the Making of Operation Wetback”, *Latino Studies*, vol. 7, núm. 1, 2009, p. 6.

por la Corte Interamericana de Derechos Humanos— es consecuencia o responde a la lógica de la denominada *securitización*, que ha permeado muchas decisiones de diseño institucional y de política pública en los Estados Unidos de América, a partir de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en ese país. Además se intenta resolver la siguiente cuestión: si en México la normativa migratoria se ha *securitizado*, ¿cuál es la causa principal de la *securitización*?, ¿en qué medida dicha *securitización* ha generado mayores niveles de violaciones a los derechos de los migrantes en tránsito por el país?

Para responder tales preguntas, el presente documento se estructuró en tres apartados. En el primero se abordan las cuestiones relativas al reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes en el orden jurídico mexicano, así como sus restricciones o limitaciones.

En el segundo apartado se esbozan las diversas definiciones legales sobre seguridad que se reconocen en la Constitución, y se evidencia que el vínculo entre seguridad y migración es una construcción que inicia en el siglo XIX y cristaliza en la legislación migratoria vigente.

En el tercero se realiza un recorrido por las diferentes legislaciones que en materia migratoria ha expedido México desde su Independencia, para resaltar las diversas justificaciones empleadas para limitar o restringir los derechos de las personas migrantes. Se incluye, asimismo, un breve análisis sobre las principales limitaciones contempladas en la actual Ley de Migración que violan los derechos humanos; es decir, que son contrarias a la Constitución y a las obligaciones internacionales de México.

Para concluir, se efectúan una serie de conclusiones y recomendaciones dirigidas a las autoridades, con el objeto que cesen las violaciones sistemáticas de derechos humanos de las personas migrantes en tránsito por territorio nacional.

## II. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS RESTRICCIONES

México reconoce que todas las personas, por el hecho de encontrarse en el territorio nacional, gozarán de los derechos humanos y garantías contemplados en su Constitución, así como en los tratados internacionales de los que el país sea parte. De la misma manera, se establece que los límites

y restricciones a los derechos humanos solo podrán ser aquellos que contienen dichos instrumentos.<sup>12</sup>

La máxima norma estipula el principio de igualdad, y prohíbe categóricamente la discriminación en todas sus formas, incluidos por supuesto el origen étnico y nacional.<sup>13</sup> Con la reforma publicada en junio de 2011, se incorporaron en el máximo ordenamiento principios de derechos humanos,<sup>14</sup> como por ejemplo el de universalidad,<sup>15</sup> así como los criterios de interpretación constitucional conforme y pro-persona.<sup>16</sup> También se explicitaron las obligaciones de todas las autoridades del país de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.<sup>17</sup>

Lo anterior implica que los diferentes poderes tendrán que adaptar las leyes y políticas a la nueva realidad constitucional, lo que incluye la obligación del Legislativo de modificar o adecuar toda la legislación a las obligaciones de México en materia de derechos humanos; del Judicial de aplicar normas y criterios en esa materia,<sup>18</sup> y del Ejecutivo de ajustar sus conductas a dichas disposiciones.

<sup>12</sup> Primer párrafo del artículo 1o. de la Constitución. Para una aproximación a los derechos humanos de los migrantes, véase varios autores, *Derechos humanos y flujos migratorios en las fronteras de México*, México, UNESCO-Secretaría de Relaciones Exteriores-Universidad Iberoamericana-UNAM, 2003. Asimismo, para un acercamiento a dichos derechos, desde la perspectiva del derecho internacional, véase Organización Internacional para las Migraciones, *Migraciones y protección de los derechos humanos*, Ginebra, OIM, 2005; así como Martínez Pizarro, Jorge (ed.), *América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Santiago de Chile, CEPAL-ONU, 2008, capítulo V.

<sup>13</sup> Quinto párrafo del artículo 1o. constitucional.

<sup>14</sup> Se incluyen menciones a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad en el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional.

<sup>15</sup> Para una aproximación al principio de universalidad, véase Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 137-148.

<sup>16</sup> Párrafo segundo del artículo 1o. constitucional.

<sup>17</sup> Párrafo tercero del artículo 1o. constitucional.

<sup>18</sup> Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que todas las autoridades del país tienen la obligación de inaplicar normas contrarias a obligaciones en materia de derechos humanos contenidas en la Constitución o en los tratados internacionales de los que México es parte. Al respecto, resultan relevantes las tesis siguientes: I/2011 (10a.) (Pleno) Control difuso; LXX/2011 (9a.) (Pleno) Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano; LXVII/2011 (9a.) (Pleno) Control de convencio-

En ese sentido, es importante señalar que, salvo en contadas excepciones, tanto la Constitución como los tratados internacionales de los que México es parte, no distinguen en el reconocimiento de los derechos humanos entre nacionales y no-nacionales. Por el contrario, siguiendo a la propia naturaleza de los derechos humanos y su universalidad, todas las personas, sin distinción, gozarán de los mismos derechos, al ser estos inherentes a la dignidad de la persona, no a su condición migratoria.<sup>19</sup>

Salvo en lo que se refiere a los derechos políticos que tradicionalmente se les reconoce a las/los ciudadanas/os, y respecto de los derechos económicos, sociales y culturales en los casos de los países en desarrollo —que no es el caso de México, a pesar de la enorme disparidad en la distribución de su riqueza—, que pueden establecer distinciones entre nacionales y no-nacionales, el resto de los derechos humanos deben ser promovidos, protegidos y garantizados para todas las personas sobre la base de la igualdad y no discriminación.

Los derechos de las personas migrantes que se ven restringidos al más alto nivel legal son principalmente los políticos, como por ejemplo el derecho de petición<sup>20</sup> y el derecho a votar y ser votado.<sup>21</sup> Asimismo, la Constitución establece que en tiempos de paz los puestos relativos a la seguridad pública, en las fuerzas armadas, o bien tratándose de personal que tripule embarcaciones o aeronaves con bandera o insignia mercante mexicana, deberán ser ocupados por personas mexicanas por nacimiento. Se reconoce también que, en igualdad de circunstancias, los mexicanos serán preferidos a los extranjeros para toda clase de concesiones o empleos, cargos o comisiones de gobierno.<sup>22</sup>

Es importante señalar que la Constitución federal de 1824 no contenía un catálogo de derechos humanos. Sin embargo, el texto constitucional de 1857 incluía prácticamente las mismas restricciones a los derechos humanos de las personas migrantes a que nos hemos referido. Es decir, se restringía el derecho de petición, se daba preferencia a los nacionales por sobre los

nalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad y LXVIII/2011 (9a.) (Pleno) Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos.

<sup>19</sup> Primer párrafo del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>20</sup> Artículo 8o. constitucional.

<sup>21</sup> Artículo 33, párrafo tercero, de la Constitución.

<sup>22</sup> Artículo 32 constitucional.

extranjeros en empleos, cargos o comisiones, y se reconocía la facultad del gobierno para “expeler al extranjero pernicioso”.<sup>23</sup>

Por lo que se refiere a la libertad de circulación, la Constitución reconoce que todas las personas (lo cual incluye nacionales y no-nacionales) tienen derecho a entrar, salir, viajar y mudar su residencia en México, sin que sea necesario ningún tipo de identificación, autorización o documentación similar. Sin embargo, se establece que el ejercicio de este derecho estará subordinado a lo que pueda disponer el Poder Judicial en casos de juicios o causas penales o civiles, así como la autoridad migratoria por lo que se refiere a la inmigración (ingreso al país), emigración (salida del país), salud pública, o bien tratándose de “extranjeros perniciosos residentes en el país”.<sup>24</sup>

Una de las más cuestionadas restricciones que la propia Constitución contempla, es la relativa a la facultad que se le otorga al Ejecutivo federal para expulsar del territorio nacional a personas extranjeras, que dicho sea de paso está presente desde los inicios de la legislación mexicana y contenida en las Constituciones políticas que el país ha tenido desde sus orígenes. Dicha facultad, como lo señala el texto vigente, deberá regularse en ley, y tendrá por lo menos que garantizar el derecho de audiencia y el procedimiento administrativo, así como plazos, duración y lugar en donde se pueda detener a la persona migrante.<sup>25</sup>

En este contexto, resulta relevante traer a colación el hecho de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales para todo procedimiento que pueda tener por objeto limitar derechos. Es decir, cualquier procedimiento administrativo que pretenda reglamentar la expulsión de un no-nacional deberá ajustarse a las reglas de debido proceso, y tendrá que sustanciarse a través de órgano competente que reúna los requisitos de imparcialidad e independencia.<sup>26</sup> A la fecha no se ha expedido la ley reglamentaria en ma-

<sup>23</sup> Artículos 8o., 9o., 32 y 33 de la Constitución de 1857.

<sup>24</sup> Artículo 11 constitucional, primer párrafo: “Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar su 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 y 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”.

<sup>25</sup> Párrafo segundo del artículo 33 de la Constitución.

<sup>26</sup> Al respecto, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva

teria de expulsión, por lo que en la actualidad toda decisión de hacer salir del país forzosamente a un no-nacional (excepción hecha de la extradición) se está llevando a cabo de manera arbitraria.

Por otro lado, los principales tratados internacionales de los que México es parte, en materia de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,<sup>27</sup> reconocen que todas las personas gozarán de los derechos humanos en ellos contemplados.<sup>28</sup> Dichos instrumentos no facultan a los Estados para restringir derechos humanos a las personas por su condición migratoria, ni tampoco asocian a la población migrante con la seguridad pública, ni mucho menos con la seguridad nacional.

Es importante mencionar que dicho binomio (seguridad-migración) no se visualizaba en los principales instrumentos relacionados con los derechos humanos salvo en lo relativo a la expulsión prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>29</sup> lo cual también se refleja en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.<sup>30</sup> El Pacto señala al respecto:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

OC-18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, serie A, núm. 18.

<sup>27</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, entre otros.

<sup>28</sup> Desde antes, incluso, de la adopción de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante CTM). Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

<sup>29</sup> Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>30</sup> Artículo 22.3, CTM.

A pesar de lo anterior, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares profundiza en esa inexistente —para los tratados internacionales previos— relación entre seguridad y migración, al establecer por ejemplo que el derecho a la libertad de circulación, incluida la libertad de movimiento y residencia de los trabajadores migratorios y de sus familiares, puede ser restringido por ley para salvaguardar la seguridad nacional.<sup>31</sup> Se prevé a la vez que la libertad de pensamiento, conciencia y religión para dicho grupo de población, puede ser limitada para preservar la seguridad;<sup>32</sup> también se pretende autorizar a restringir el derecho de las personas migrantes a la asociación y libertad sindical, así como el derecho de asociación por motivos de seguridad nacional.<sup>33</sup>

### III. LOS TIPOS DE SEGURIDAD LEGALMENTE PREVISTOS, Y SUS EFECTOS EN LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES

La Constitución estipula que la seguridad pública es una función a cargo del Estado, que tiene por objeto la prevención, investigación y persecución de delitos, así como la aplicación de infracciones administrativas.<sup>34</sup> La seguridad pública es una responsabilidad compartida por los tres niveles de gobierno, y por lo general (excepción hecha de la exacerbada política de seguridad vigente,<sup>35</sup> en donde las fuerzas armadas pretender desempeñar tareas propias de la policía en algunos municipios del país)<sup>36</sup> dicha función está a cargo de las diferentes policías federales, estatales y municipales.

<sup>31</sup> Artículos 8.1 y 39.2, CTM, respectivamente.

<sup>32</sup> Artículo 12.3, CTM.

<sup>33</sup> Artículos 26.3 y 40.2, CTM, respectivamente.

<sup>34</sup> Artículo 21 constitucional, párrafo noveno.

<sup>35</sup> Nos referimos a la política iniciada por el ex presidente Felipe Calderón Hinojosa en diciembre de 2006, y que en diciembre de 2012, con la administración del presidente Enrique Peña Nieto, cambió en la retórica, pero no ha logrado retirar a los militares de las calles para sustituirlos por una gendarmería, como prometió durante su campaña.

<sup>36</sup> Con lo cual se contraviene el artículo 129 constitucional, tal como lo señaló el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, José Ramón Cossío Díaz, en su intervención en la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 7 de agosto de 2012. Para consultar dicha intervención, véase <http://www2.scjn.gob.mx/JRCossio/> (última consulta, 12 de agosto de 2012 a las 12:58 p.m.).

Es muy importante señalar que las autoridades responsables de la seguridad pública se rigen por ciertos principios, entre los cuales está el del respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.<sup>37</sup>

La seguridad nacional, a su vez, es un concepto añejo que tiene sus orígenes en la política de seguridad estadounidense de la época de la Guerra Fría, que tenía por objeto combatir al comunismo y, en los países socios, a la subversión interna. La seguridad nacional es la configuración contemporánea de la razón de Estado renacentista. La razón de Estado era una racionalidad que generaba espacios abiertos en los cuales los políticos podían desenvolverse, donde no había ley ni moral que respetar, con el propósito de alcanzar la seguridad, estabilidad y crecimiento del Estado.<sup>38</sup>

El concepto de seguridad nacional se incrustó en la Constitución mexicana en 2004,<sup>39</sup> lo cual trajo como resultado la aprobación de la Ley de Seguridad Nacional en 2005.<sup>40</sup> Con dicha ley se creó el vigente sistema de intercambio de información de seguridad nacional, en cuyo núcleo está el Centro Nacional de Inteligencia y Seguridad Nacional. Se trata de un sistema de “inteligencia” que busca prevenir y atender las amenazas a la seguridad nacional.<sup>41</sup>

La definición de seguridad nacional es un término jurídico indeterminado (por su extensión, ambigüedad y generalidad), que en épocas recientes el Ejecutivo federal pretendió transformar principalmente para “legalizar” y ampliar las atribuciones de las fuerzas armadas en tareas de combate al crimen organizado. De la misma manera, con dichas reformas pretendieron

<sup>37</sup> Véase artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>38</sup> Para un acercamiento, véase Meinecke, Friedrich, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, 3a. ed., trad. de Felipe González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>39</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de abril de 2004.

<sup>40</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de enero de 2005.

<sup>41</sup> La regulación legal de la seguridad nacional en México es relativamente reciente. El antecedente institucional del Centro de Investigación y Seguridad Nacional (Cisen) creado en 1989, es la Dirección General de Investigación y Seguridad Nacional que se creó en 1985. El órgano más remoto es la desprestigiada y criminal Dirección Federal de Seguridad, a la que se le atribuye responsabilidad por los crímenes cometidos durante la denominada “guerra sucia” mexicana. Para una aproximación, véase Chabat, Jorge, “La respuesta del gobierno de Felipe Calderón al desafío del narcotráfico: entre lo malo y lo peor”, en Alvarado, Arturo y Serrano, Mónica, *Los grandes problemas de México*, vol. XV. *Seguridad nacional y seguridad interior*, México, El Colegio de México, 2010, p. 25.

incorporar en dicha ley una ambigua definición sobre seguridad interior, supuestamente para reglamentar el marco constitucional en la materia. Va más allá de este estudio analizar la definición de seguridad interior, que por cierto tampoco se define o explica en la Constitución.<sup>42</sup>

En realidad, lo que se buscaba con estos fallidos intentos de reforma era legitimar, a través del reconocimiento de una norma jurídica, la participación de los integrantes del Ejército y Marina en tareas operativas de seguridad, al ser muy endeble el andamiaje jurídico sobre el que justifican la misma: una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de 1996, la cual señala que dicha participación es constitucional, en tanto sea a petición de autoridad civil, y que los militares se sometan al mando civil en los operativos.<sup>43</sup>

La Constitución reconoce que el Ejecutivo federal tendrá facultades de preservar la seguridad nacional, conforme a la legislación en la materia, así como también disponer de las fuerzas armadas para la seguridad interior y la defensa exterior del país.<sup>44</sup> Se faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de seguridad nacional, debiéndose establecer los “requisitos y límites a las investigaciones correspondientes”.<sup>45</sup> Con ello resulta evidente que la Constitución esboza que el diseño del aparato de seguridad nacional es con fines de investigación o de inteligencia, no de operación policiaca o militar.

La primera definición legal de seguridad nacional en el país apareció en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental<sup>46</sup> en los siguientes términos: “Acciones destinadas a proteger la

<sup>42</sup> Para un acercamiento, véase Corcuera, Santiago, “Propuesta de una iniciativa para retirar a las fuerzas armadas de las funciones de seguridad pública”, en Sierra Guzmán, Jorge Luis (coord.), *El Ejército y la Constitución mexicana*, México, Plaza y Valdés, 1999, p. 111. La Constitución estipula que los poderes de la Unión tienen la obligación de proteger a los estados de la República frente a toda invasión o violencia exterior. En cada caso de sublevación o trastorno interior, les prestarán igual protección, siempre que sea solicitada por el Congreso local o en su defecto, cuando no esté reunido por el Ejecutivo local. Véase artículo 119 constitucional.

<sup>43</sup> Tesis P. XXVII/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. III, marzo de 1996, p. 436.

<sup>44</sup> Artículo 89, fracción VI, “Las Facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: [...] VI. Preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente; o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación”.

<sup>45</sup> Artículo 73, fracción XXIX-M.

<sup>46</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002.

integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional”.<sup>47</sup>

Por seguridad nacional se entienden una serie de acciones encaminadas a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado, es decir: i) protegerlo de amenazas y riesgos; ii) preservar la soberanía, independencia y defensa del territorio; iii) mantener el orden constitucional y fortalecer las instituciones democráticas; iv) mantener la unidad territorial; v) defender al país de otros Estados y sujetos de derecho internacional, y vi) preservar la democracia.<sup>48</sup> Además de que uno de los principios que regirán la seguridad nacional es el respeto de los derechos humanos, se identifican en la ley sobre la materia doce amenazas:

I. Actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de los Estados Unidos Mexicanos dentro del territorio nacional;

II. Actos de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado mexicano;

III. Actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada;

IV. Actos tendentes a quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

V. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada;

VI. Actos en contra de la seguridad de la aviación;

VII. Actos que atenten en contra del personal diplomático;

VIII. Todo acto tendente a consumir el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva;

IX. Actos ilícitos en contra de la navegación marítima;

X. Todo acto de financiamiento de acciones y organizaciones terroristas;

XI. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia, y

<sup>47</sup> Artículo 3, fracción XII, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

<sup>48</sup> Artículo 3 de la Ley de Seguridad Nacional.

XII. Actos tendentes a destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos.<sup>49</sup>

En consonancia con lo anterior, es muy importante señalar que en ninguna parte de la Constitución ni de la Ley de Seguridad Nacional se encuentra un vínculo entre migración y seguridad.<sup>50</sup>

Sin embargo, la Ley de Seguridad Nacional ordena al Ejecutivo la elaboración de un programa para la seguridad nacional y una agenda nacional de riesgos.

En el Programa para la Seguridad Nacional 2009-2012, se extienden las amenazas a la seguridad nacional previstas en la ley, e incluyen la “vulnerabilidad de las fronteras”, que se expresa por el deficiente control y vigilancia, lo cual permite los “flujos migratorios indocumentados”; el “tráfico ilícito de armas, drogas y personas”; la “violencia asociada al narcotráfico” y la “impunidad con que se desarrollan las actividades ilícitas”.<sup>51</sup> En este programa administrativo es donde por primera vez encontramos una mezcla desordenada de conceptos asociados a la migración, relacionados con la seguridad nacional.<sup>52</sup>

Además, por riesgos a la seguridad nacional se identifican, entre otros, a las “dinámicas migratorias”, mismas que se entienden como “actividades de la delincuencia organizada transnacional, asociadas al tráfico ilícito de personas”.<sup>53</sup>

Otro vínculo directo entre seguridad y migración, que aparece en normas muy secundarias, proviene de 2005, cuando el Instituto Nacional de Migración (INM) se transformó en instancia de Seguridad Nacional por decreto del Ejecutivo federal.<sup>54</sup> A través de un decreto del Ejecutivo, en

<sup>49</sup> Artículo 5 de la Ley de Seguridad Nacional.

<sup>50</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de enero de 2005.

<sup>51</sup> Apartado 1.4.2.5 del Programa para la Seguridad Nacional, *Diario Oficial de la Federación* el 20 de agosto de 2009.

<sup>52</sup> Por ejemplo, la doctrina más calificada se refiere a ello como el mito del vínculo entre migración y actividades ilícitas. Véase Castillo, Manuel Ángel y Toussaint, Mónica, “Seguridad y migración en la frontera sur”, en Alvarado, Arturo y Serrano, Mónica, *Los grandes problemas de México*, vol. XV. *Seguridad nacional y seguridad interior*, México, El Colegio de México, 2010, pp. 277 y ss.

<sup>53</sup> Apartado 1.4.3.3. del Programa para la Seguridad Nacional.

<sup>54</sup> Acuerdo por el que se reconoce al Instituto Nacional de Migración como Instancia de Seguridad Nacional, *Diario Oficial de la Federación* el 18 de mayo de 2005.

efecto, se obliga a la institución a compartir sus bases de datos y sistemas de información con la Red Nacional de Información de Seguridad Nacional, conformada por la Ley de Seguridad Nacional de ese mismo año.

En suma, no hay manera de que alguien pueda interpretar la Constitución en el sentido de atribuirle a la reforma de 2005 facultades al Ejecutivo para restringir o limitar el goce y ejercicio de los derechos humanos, a partir de una aplicación expansiva e incontrolable de las incipientes disposiciones que aluden a la seguridad nacional. La legislación migratoria vigente, como podremos observar más adelante, vincula la migración con la seguridad nacional.

#### IV. LAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE MIGRACIÓN Y LAS CAUSAS PARA RESTRINGIR DERECHOS

##### 1. *La legislación del siglo XIX*

En México, la primera vez que una ley estableció el vínculo entre seguridad y migración, así como la prerrogativa de expulsar a no-nacionales, fue un decreto de 1824 relativo a la seguridad de la recién formada República, que otorgaba la facultad de expulsar del territorio nacional a todo extranjero cuando ello se considerara oportuno.<sup>55</sup> A dicho ordenamiento le siguió un decreto de 1827 (modificado en 1829) en el que se reconocía la facultad para la expulsión de españoles que no se hubieran sometido a las autoridades nacionales.<sup>56</sup> Se contemplaba la posibilidad de evitar la expulsión de

<sup>55</sup> Decreto de Gobierno: Medidas para la Seguridad de la República del 23 de diciembre de 1824, en Centro de Estudios Migratorios, *Compilación histórica de la legislación migratoria en México* (1821-2000), 2a. ed., México, Segob-INAMI, 2000, p. 13 (las leyes que más adelante se citarán se pueden consultar en esta compilación, por lo que omitiremos hacer mención a la misma para economizar espacio, solo se pondrá incluir para su fácil referencia las siglas *CHLM*, seguida de la página de la obra).

<sup>56</sup> La Ley de Expulsión de Españoles del 20 de diciembre de 1827, en su artículo 1, señala: “Los españoles capitulados y los demás de que habla el artículo 16 de los tratados de Córdoba, saldrán del territorio de la República en el término que les señalare el gobierno, no pudiendo pasar este de seis meses”. Dicha ley fue modificada el 20 de marzo de 1829. Ambas fueron producto de aquellas circunstancias. Una vez reconocida la independencia, españoles y demás extranjeros —señalaba la exposición de motivos de la ley— han tenido abiertas las puertas de la República en la que encuentran una hospitalidad franca y la oportunidad de labrarse una fortuna al abrigo y bajo amplia protec-

españoles o extranjeros que contribuyeran con la economía nacional, o bien que ingresaran a las fuerzas armadas o se sometieran a las autoridades del país, además de que no hubieran podido ser percibidos como una amenaza para la seguridad de la nación.

El 22 de febrero de 1832 se aprobó la Ley sobre las Facultades del Gobierno por lo relativo a Expulsión de Extranjeros no Naturalizados,<sup>57</sup> en la cual se reconocían las atribuciones del gobierno para emitir pasaportes y “hacer salir” de la República a cualquier persona extranjera no naturalizada cuya permanencia en el país fuera calificada como “perjudicial al orden público”.

Más adelante se emitió el Decreto de Gobierno para que Concedan Derechos y Obligaciones de Mexicanos a los Extranjeros Empleados en el Servicio de la Nación, el 12 de agosto de 1842,<sup>58</sup> en el que reconocía como mexicanos, para efectos de sus derechos y obligaciones, a los extranjeros admitidos a prestar servicio militar en el Ejército o Marina de México.

El 10 de septiembre de 1846 se publicó el Decreto de Gobierno sobre Naturalización de Extranjeros, en el que se reconocía que los extranjeros que “profesen profesión o industria útil” para subsistir honestamente, y que hayan expresado su voluntad, o bien aquel que forme parte del Ejército o Armada, podrán obtener carta de “naturaleza”.<sup>59</sup>

El 30 de enero de 1854 emitió el Gobierno el Decreto sobre Extranjería y Nacionalidad, en el cual se establecía la obligación de los extranjeros de solicitar carta de seguridad para gozar de los derechos civiles en México; de lo contrario, se podían hacer acreedores a multas o incluso ser expulsados.<sup>60</sup>

El 20 de mayo de 1886 fue promulgada la Ley de Extranjería y Naturalización<sup>61</sup> que contenía un capítulo IV —de los derechos y obligaciones de los extranjeros— en el cual se reconocía con toda claridad y por primera vez en un ordenamiento legal de esta clase (y en consonancia con la Constitución de 1857) que los extranjeros en México gozarían de los derechos civiles de los mexicanos y las garantías para su protección; excepción hecha de la

ción de nuestras leyes. El artículo 7 de la ley del 29 exceptuaba de la expulsión a los que hubieran prestado servicios a la Independencia y se hubieran sometido a las instituciones mexicanas. *Ibidem*, pp. 17-26.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>59</sup> Artículo 1, Decreto de Gobierno sobre Naturalización de Extranjeros. *Ibidem*, p. 43.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 89.

expulsión del extranjero “pernicioso”.<sup>62</sup> En dicha ley se les negaban a los no-nacionales los derechos políticos (votar y ser votados; ser nombrados para cargos en el Estado; prohibición de inmiscuirse en asuntos políticos o de ejercer el derecho de petición), por considerar que aquellos correspondían exclusivamente a los ciudadanos mexicanos.<sup>63</sup> Se reconocía la facultad de expulsar a un no-nacional y considerarlo extranjero pernicioso, si participaba en “disensiones civiles”.<sup>64</sup>

## 2. Las primeras leyes migratorias

Con el cambio de siglo se adoptó la Ley de Inmigración.<sup>65</sup> Durante la discusión en el Congreso se señalaba que el objeto de la ley era permitir la libre entrada de personas a la República de todo elemento “que no sea notoriamente nocivo en el orden moral, ni en el sanitario, no estableciéndose más prohibiciones que las indispensables y comúnmente impuestas por todas las naciones”.<sup>66</sup>

De la misma manera, en las discusiones legislativas en torno a la aprobación de dicha ley se deja ver la relevancia que se le brindaba a la migración en la época, al referir que el ingreso de trabajadores era importante porque se consideraba que había escasez de mano de obra.<sup>67</sup> Se reconocía que todas las personas y países son iguales, por lo que se decidía no hacer “distinción alguna” en el origen de la migración; es decir, se trataba de una normativa general y aplicable para todas las nacionalidades.<sup>68</sup> En la exposición de motivos se señalaba que la mayoría de los gobiernos tienen interés en preservar la salubridad, y se reconocía que la ley había sido influenciada

<sup>62</sup> Artículo 31, Ley de Extranjería y Naturalización.

<sup>63</sup> Artículo 37, Ley de Extranjería y Naturalización.

<sup>64</sup> Artículo 39, Ley de Extranjería y Naturalización.

<sup>65</sup> En 1909.

<sup>66</sup> Véase Exposición de motivos. *CHLM*, p. 107.

<sup>67</sup> Los diputados de la época reconocían dicha necesidad de la siguiente manera: “Obrar de otra manera [es decir, impedir el libre acceso al territorio mexicano] sería contrario a los intereses generales del país, pues impediría que la escasez de brazos, que tanto se resiente en toda clase de trabajo y en toda la extensión de la República, pudiera encontrar el importante alivio de la inmigración de trabajadores extranjeros”. Exposición de motivos de la ley. Para consultarla, véase *Ibidem*, p. 107.

<sup>68</sup> *Idem*.

por leyes en la materia de los Estados Unidos de América. En los debates de la ley se señaló:

Para la formación del proyecto, se han tenido a la vista varias de las leyes expedidas sobre la materia en los Estados Unidos de América, y algunos de sus principios han sido aceptados por considerárseles aplicables a México, puesto que, en el fondo, la vecina República y nosotros, lo mismo que la inmensa mayoría de las naciones, tenemos el mismo interés en defender nuestra salubridad, tanto en el orden material cuanto en el moral; pero como la situación de los Estados Unidos, en aumento de su población y a las consiguientes necesidades de atraer o rechazar determinada calidad de inmigrantes, es notoriamente diversa de las condiciones en que nuestro país se encuentra, no se ha aceptado en el proyecto el conjunto de las medidas restrictivas establecidas en dichas leyes.<sup>69</sup>

La Ley de Inmigración de 1909<sup>70</sup> impedía el ingreso al país de personas perniciosas. Consideraba como tales, por ejemplo, a aquellas que estuvieran contagiadas de ciertos tipos de enfermedades; los prófugos de la justicia; las personas que formaran parte de movimientos anarquistas o que buscaran atacar las instituciones y asesinar dirigentes políticos; las sexoservidoras; los pobres; los adultos mayores, y las personas con discapacidad, entre otras. La siguiente cita ilustra la mentalidad de los legisladores de la época:

No tendrán derecho a entrar los extranjeros comprendidos en las siguientes clases:

I. Los enfermos de peste bubónica, cólera, fiebre amarilla, meningitis cerebro-espinal, fiebre tifoidea, tifo exantemático, erisipela, sarampión, escarlatina, viruela, difteria, o de cualquier otra enfermedad aguda que deba considerarse transmisible, en virtud de declaración del Ejecutivo;

II. Los enfermos de tuberculosis, lepra, beriberi, tracoma, sarna egipcia, o de cualquier otra enfermedad crónica que deba considerarse transmisible, en virtud de declaración del Ejecutivo;

III. Los epilépticos y los que padecen enajenación mental;

IV. Los que, por ancianos, raquíuticos, deformes, cojos, mancos, jorobados, paralíticos, ciegos, o de otro modo lisiados, o por cualesquiera defec-

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>70</sup> *Diario Oficial de la Federación*, martes 22 de diciembre de 1908, núm. 44, t. XCIX, pp. 645-650. Esta Ley entró en vigor el 1o. de marzo de 1909. *Ibidem*, p. 109.

tos físicos o mentales, sean inútiles para el trabajo y hayan de convertirse en una carga para la sociedad;

V. Los niños menores de dieciséis años que no vengan bajo la dependencia de otro pasajero, ni consignados a personas residentes en el país y que hayan de tomarlos a su cargo;

VI. Los prófugos de la justicia y los que hubieren sido condenados por delito que, conforme a las leyes mexicanas, debiera castigarse con pena corporal de más de dos años, con excepción, para unos y otros, de los delitos políticos o meramente militares;

VII. Los que pertenezcan a sociedades anarquistas, o que propaguen, sostengan o profesen la doctrina de la destrucción violenta de los gobiernos o el asesinato de los funcionarios públicos;

VIII. Los mendigos y personas que de cualquier modo vivan de la caridad pública;

IX. Las prostitutas y los individuos que intenten introducir las en el país para comerciar con ellas o vivir a sus expensas.<sup>71</sup>

En esta ley se reconocía que la autoridad administrativa para tratar lo relativo a la política de inmigración es la Secretaría de Gobernación,<sup>72</sup> principio que permanece hasta nuestros días.

No fue sino hasta 1926 cuando se aprobó la primera Ley de Migración<sup>73</sup> que en su exposición de motivos reconocía que su predecesora, la Ley de Inmigración de 1909, respondía a ciertas necesidades que ya no eran vigentes, al no permitir a la autoridad “seleccionar los elementos extraños que vienen a mezclarse con nuestra sociedad, y permiten la constante entrada de individuos no tan solo ‘no deseables’, sino abiertamente nocivos y peligrosos para nuestro pueblo y para nuestra patria”.<sup>74</sup> Los indeseables eran identificables —según los redactores de la ley— “por su moralidad, su índole, su educación, sus costumbres y demás circunstancias personales”.

La ley en comento reconocía que para que la migración extranjera contribuyera al desarrollo del país se necesitaba dotar de atribuciones al gobierno para que seleccione y excluya a los indeseables, así como también a los peligrosos para nuestra raza, para las instituciones o para el pueblo.

<sup>71</sup> Artículo 3, Ley de Inmigración de 1909.

<sup>72</sup> Artículo 36.

<sup>73</sup> Ley de Migración de 1926, *Diario Oficial de la Federación*, sábado 13 de marzo de 1926, núm. 12, t. XXXV, pp. 1-8. *CHLM*, pp. 129 y ss.

<sup>74</sup> Exposición de motivos de la Ley de Migración de 1926. *CHLM*, pp. 121 y ss.

Es evidente que en estos actos legislativos se expresaban las restricciones discriminatorias que permearían la cultura legal mexicana, tal como se verían reflejadas en las legislaciones migratorias subsiguientes.

De la misma manera, se reconocía que el gobierno necesitaba poderes para impedir la inmigración con el propósito de proteger la economía o impedir perjuicios a los trabajadores, sobre todo por la emigración de trabajadores de lugares que se habían visto afectados por las crisis mundiales. La ley de 1926 prohibía la internación, y por consiguiente, se podía rechazar a:

I. Los que, por ancianos, raquíuticos, deformes, mancos, cojos, jorobados, paralíticos, ciegos o de otro modo lisiados, sean ineptos para el trabajo y hayan de constituirse en una carga para la sociedad;

II. Los varones menores de edad y las mujeres menores de veinticinco años, que no vengan bajo la autoridad de alguna persona de su familia, mayor de edad, o a cargo de persona honorable residente en el país, que legalmente haya de tomarlos bajo su cuidado y hacerse responsable de su sostenimiento y educación;

III. Los varones mayores de edad que no sepan leer y escribir por lo menos un idioma o dialecto, con excepción de los ascendientes y los descendientes de algún inmigrante legalmente admisible o de algún extranjero residente ya en el país, o, también, de algún ciudadano mexicano por nacimiento o naturalización, comprendiendo esta excepción a los parientes en primer grado de los extranjeros mencionados;

IV. Los prófugos de la justicia, los que hubieren sido condenados y no hayan cumplido su condena, y los que sean perseguidos por delitos que conforme a las leyes mexicanas, o a las del país en que hayan delinquido, debieran castigarse con pena corporal de más de dos años, con excepción de los delitos políticos;

V. Las prostitutas, los que pretendan introducirlas al país, las personas que vivan a sus expensas, las que las acompañen, los que exploten o fomenten la prostitución, y los que no tengan profesión, oficio, trabajo o manera honesta de vivir;

VI. Los toxicómanos y los que se dediquen al tráfico ilegal de drogas enervantes, lo fomenten o exploten;

VII. Los que pertenezcan a sociedades anarquistas o que propaguen, sostengan o profesen la doctrina de la destrucción violenta de los gobiernos o el asesinato de los funcionarios públicos;

VIII. Los inmigrantes-trabajadores que no exhiban, en el momento de ser practicada la visita de inspección, el contrato previo de trabajo (requisito preferente) conforme a la legislación mexicana, no menor de un año

de duración, o, en su caso, la demostración inmediata de traer recursos pecuniarios bastantes a cubrir las necesidades individuales y familiares de los mismos, por un término de tres meses, a partir de la fecha de internación, independientemente de disponer de la suma necesaria para cubrir los gastos de transporte y manutención, hasta el lugar de su destino en el país;

IX. Los que tengan una profesión cuyo ejercicio no les sea permitido en la República;

X. Los que no hagan el entero del impuesto del inmigrante;

XI. Los demás que, a juicio del Ejecutivo federal, no deban entrar al país.<sup>75</sup>

A diferencia de la Ley de Inmigración de 1909, que solamente castigaba a los migrantes que ingresaran al país en violación a la ley por la vía terrestre, la Ley de Migración establecía sanciones para todas aquellas personas que hubieran ingresado ilegalmente por cualquier medio o lugar.

A tan solo cuatro años de distancia se aprobó una nueva Ley de Migración de 1930,<sup>76</sup> la cual reconocía que toda persona puede inmigrar y emigrar del territorio mexicano, con las limitaciones establecidas en la propia Constitución, los tratados internacionales, la propia ley y su reglamento.<sup>77</sup> Se reconoce en la ley la facultad de las autoridades migratorias de solicitar el auxilio de la fuerza pública (federal o local) para evitar la salida y entrada de personas extranjeras en el país.<sup>78</sup>

Dicha ley fue actualizada para responder a las nuevas necesidades migratorias.<sup>79</sup> Se consideraba que era necesario regular aún más la migración debido a que todavía ingresaban y permanecían en el país personas “no deseables”.<sup>80</sup> Se le adicionaban atribuciones a las autoridades migratorias, en un marco de lo que aparentaba mayor discrecionalidad. Por ejemplo, su artículo inicial indicaba que “Todo individuo puede entrar y salir del territorio nacional, si llena los requisitos exigidos por la presente Ley y su Reglamento”.<sup>81</sup> Dicha ley es una muestra clara de los prejuicios de la

<sup>75</sup> Artículo 29, Ley de Migración de 1926.

<sup>76</sup> Ley de Migración de 1930, *Diario Oficial de la Federación*, sábado 30 de agosto de 1930, núm. 53, t. LXL, pp. 1-12. *CHLM*, pp. 153 y ss.

<sup>77</sup> Artículo 1.

<sup>78</sup> Artículo 11.

<sup>79</sup> Exposición de motivos. *CHLM*, p. 151.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>81</sup> Artículo 1 de la Ley de Migración de 1930.

época, de los legisladores en torno a la migración, tal como se muestra a continuación en un artículo de la Ley de Migración:

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; y se faculta a la Secretaría de Gobernación para fomentarla por cuantos medios juzgue conveniente, así como relevar de alguno o algunos de los requisitos que fija esta Ley, a los que, viniendo en grupos y contando con elementos de provecho para la nación, puedan ser considerados por dicha Secretaría como inmigrantes benéficos y de radicación definitiva.<sup>82</sup>

### 3. *Las leyes de población*

La primera Ley General de Población se emitió en 1936 y tenía por objeto, entre otros, reorganizar el denominado Servicio de Migración, a la luz de lo que se alegaba eran las características de la migración y los nuevos problemas. Se buscaba con la nueva ley responder a los desafíos propios no solo de la migración, sino también de la demografía, turismo e identificación personal, entre otros.<sup>83</sup> Para la Ley General de Población los problemas demográficos eran:

- I. El aumento de la población;
- II. Su racional distribución dentro del territorio;
- III. La fusión étnica de los grupos nacionales entre sí;
- IV. El acrecentamiento del mestizaje nacional mediante la asimilación de los elementos extranjeros;
- V. La protección a los nacionales en sus actividades económicas, profesionales, artísticas o intelectuales, mediante disposiciones migratorias;
- VI. La preparación de los núcleos indígenas para constituir mejor aporte físico, económico y social desde el punto de vista demográfico;
- VII. La protección general, conservación y mejoramiento de la especie, dentro de las limitaciones y mediante los procedimientos que señala esta Ley.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> Artículo 60 de la Ley de Migración de 1930.

<sup>83</sup> Exposición de motivos de la Ley General de Población de 1936. *CHLM*, p. 185.

<sup>84</sup> Artículo 1, Ley General de Población de 1936.

Con dicha Ley se le otorgaba al Ejecutivo federal, y en particular a la Secretaría de Gobernación, atribuciones para dictar o promover las medidas que considerara necesarias para resolver los problemas demográficos nacionales.<sup>85</sup> Establecía que salvo los turistas, transmigrantes y visitantes, todos los demás migrantes que ingresaran al país tenían que pagar una fianza o depósito para garantizar los gastos de repatriación y pago de sanciones por infracciones migratorias.<sup>86</sup>

La segunda Ley General de Población fue promulgada en 1947. Los legisladores de la época —tal como se puede constatar en la correspondiente exposición de motivos— creían que se vendría una importante oleada de migración después de la Segunda Guerra Mundial, por “la promesa de holgura y fácil desenvolvimiento que brinda México”. Por consiguiente, dotaron de atribuciones a las autoridades para seleccionar a las personas que contribuyeran a la economía, docencia, profesiones, arte y técnicas, entre otros rubros. Se pretendía que ningún extranjero “podrá ejecutar algún acto público o privado, sin la plena comprobación de que su estancia en la República está ajustada a la ley”.<sup>87</sup> A la vez se exigía al Poder Judicial que informara al Ejecutivo de los procesos en los que estuviera involucrado un extranjero, con el objeto de “depurar de este modo la población extranjera en la República”.<sup>88</sup> La nueva Ley General de Población de 1947, al igual que su predecesora, establecía problemas demográficos a enfrentar, en prácticamente los mismos términos.<sup>89</sup>

En 1974 se expidió otra Ley General de Población, la cual pretendía que la política migratoria estuviera encaminada a la satisfacción de los intereses nacionales, a través de medidas restrictivas o abiertas, según fuera necesario, para proteger la economía, las profesiones o artes. Se establecía que el objeto de la ley solamente era admitir a extranjeros que se “sumen

<sup>85</sup> Artículo 2, Ley General de Población de 1936.

<sup>86</sup> Artículo 75, Ley General de Población de 1936.

<sup>87</sup> Exposición de motivos de la Ley General de Población de 1947. *CHLM*, pp. 225

y ss.

<sup>88</sup> *Idem*.

<sup>89</sup> Artículo 2 de la Ley General de Población de 1947. Se presentan algunas variantes; por ejemplo, el apartado IV de la ley anterior se frasea de la siguiente manera: “IV. La asimilación de los extranjeros al medio nacional”. También se elimina el punto VII de la legislación anterior, que señalaba “VII. La protección general, conservación y mejoramiento de la especie, dentro de las limitaciones y mediante los procedimientos que señala esta Ley”.

al esfuerzo por el desarrollo del país y compartir experiencias, instituciones y propósitos con los mexicanos”.<sup>90</sup> Se reconocía el importante papel de los investigadores, científicos y técnicos, así como también la necesidad de proteger a los perseguidos políticos, principal pero no exclusivamente de América Latina sino de todo el mundo, al extender “los beneficios del asilo territorial a los perseguidos de cualquier nacionalidad”.<sup>91</sup>

La legislación en cuestión reiteraba la necesidad de identificar a las personas extranjeras que se internaban al país de manera ilegal y las que lo hacían con autorización. Se le atribuyeron facultades discrecionales a la Secretaría de Gobernación para dictar ante otras autoridades y estados de la República, medidas para, por ejemplo: “Sujetar la inmigración de extranjeros a las modalidades que juzgue pertinentes, y procurar la mejor asimilación de estos al medio nacional y su adecuada distribución en el territorio”.<sup>92</sup>

Por primera vez, se facultó legalmente a la Secretaría de Gobernación para establecer estaciones migratorias en los lugares que considerara pertinentes.<sup>93</sup> Cabe destacar que es la primera vez que aparece en la legislación migratoria que la autoridad contará con establecimientos diferenciados para detener a migrantes no documentados de otras personas privadas de libertad.

A la vez se establecía que la deportación de extranjeros y el aseguramiento de migrantes en vía de expulsión en dichas estaciones o en otros lugares habilitados para ello, eran medidas de orden público,<sup>94</sup> es decir, no renunciables por la autoridad, y por tanto, obligatorias.

De la misma manera, se ordenaba a las autoridades que tuvieran bajo su mando fuerzas públicas —federales, estatales o municipales— prestar colaboración a las autoridades migratorias cuando hubieran sido requeridas.<sup>95</sup> También se criminalizaba la migración, al tipificar como delito la internación ilegal de personas a territorio mexicano.<sup>96</sup> Este delito fue eliminado de la legislación en 2008.<sup>97</sup>

<sup>90</sup> Exposición de Motivos de la Ley General de Población de 1974. *CHLM*, p. 254.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>92</sup> Artículo 3, fracción VI, de la Ley General de Población de 1974.

<sup>93</sup> Artículo 71 de la Ley General de Población de 1974.

<sup>94</sup> Artículo 108 de la Ley General de Población de 1974.

<sup>95</sup> Artículo 73 de la Ley General de Población de 1974.

<sup>96</sup> Artículo 103 de la Ley General de Población de 1974.

<sup>97</sup> La Ley General de Población se reformó para derogar dicho delito. CMW/C/MEX/CO/2, párr. 7.a.

La Ley General de Población de 1974 recibió importantes reformas en 1996, con el objeto de adecuarla a los tiempos actuales por el crecimiento y la complejidad de los flujos migratorios.<sup>98</sup> Según la exposición de motivos, lo que se pretendía con dichas reformas era apegar en mayor medida los actos de autoridad a “los principios de legalidad, certeza, seguridad jurídica”; brindar mayor protección de los derechos humanos de las personas migrantes que pretendan radicar en México; ofrecer mayor certeza jurídica en trámites y servicios migratorios; propiciar la integración familiar; y combatir el tráfico de personas, entre otras.<sup>99</sup>

Esta reforma es muy cercana en el tiempo a la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte que entró en vigor el 1o. de enero de 1994, lo que pareciera influyó en la política de México para controlar los flujos migratorios.<sup>100</sup> Además, no hay que olvidar que en la última década del siglo XX hubo un considerable incremento de flujos migratorios de centroamericanos (y por supuesto de mexicanos) a los Estados Unidos de América.<sup>101</sup>

Es importante destacar que en la exposición de motivos de la Ley General de Población de 1974 se identifica a México como país de origen, tránsito y destino de personas migrantes, a la vez que se reconoce que nuestro vecino del norte posee la economía más desarrollada del mundo con una clara tendencia hacia la globalización (tendencias de internacionalización), lo cual, se reconoce también, propició el mencionado incremento de la migración hacia dicho país.

Entre los avances que en materia de derechos humanos están reconocidos en la ley, se encuentra la eliminación de la exigencia de solicitar a los padres de hijos nacidos en territorio nacional documentación que acredite su legal estancia, con lo cual, además, se removieron obstáculos para que

<sup>98</sup> Exposición de motivos de la Iniciativa de reformas, adiciones y derogaciones a la Ley General de Población por el Poder Ejecutivo federal a la H. Cámara de Diputados el 13 de septiembre de 1996. *CHLM*, pp. 283 y ss.

<sup>99</sup> *Idem*.

<sup>100</sup> Para una aproximación, véase Castillo, Manuel Ángel y Toussaint, Mónica, *op. cit.*, p. 270.

<sup>101</sup> Justamente en 1994 se implementó en los Estados Unidos de América la denominada “Operación Guardián”, que trajo como resultado el aumento del control fronterizo, así como las muertes de migrantes al intentar cruzar la frontera. Bonnici, Gisele, “Diagnóstico nacional de México”, en Inedim-Incedes, *Construcción de espacios y estrategias de diálogo y comunicación en torno a la problemática de migración y seguridad en Centroamérica y México*, México, Inedim-Incedes, 2011, p. 379.

los mexicanos, hijos de extranjeros, pudieran garantizar su derecho a la salud y a la educación.

El Reglamento de la Ley General de Población no se publicó sino hasta el 12 de abril de 2000,<sup>102</sup> y en él se establecen, entre otras cosas, las reglas del aseguramiento de migrantes.<sup>103</sup> Se define a las estaciones migratorias como “instalaciones físicas para el aseguramiento de extranjeros” que están bajo la responsabilidad del Instituto Nacional de Migración.<sup>104</sup> Se dispone que el secretario de Gobernación tenga que expedir normas administrativas que prevean:

- I. Objeto del aseguramiento;
- II. Duración máxima de la estancia de los extranjeros o extranjeras asegurados, y
- III. Respeto a los derechos humanos de los asegurados.<sup>105</sup>

Las normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración fueron publicadas en noviembre de 2001<sup>106</sup> y renovadas en 2009.<sup>107</sup>

#### 4. *La Ley de Migración de 2011: la consolidación de las restricciones*

La Ley de Migración de 2011<sup>108</sup> consolida las diversas visiones de la migración identificadas en las legislaciones que la antecedieron. Se expresa con claridad la relación entre seguridad y migración iniciada en el siglo XIX;

<sup>102</sup> Reglamento de la Ley General de Población. Dado en la residencia del Poder Ejecutivo federal, en la ciudad de México, Distrito Federal, a los doce días del mes de abril de dos mil.

<sup>103</sup> Artículo 207 del Reglamento de la Ley General de Población.

<sup>104</sup> Artículo 208 del Reglamento de la Ley General de Población.

<sup>105</sup> *Idem. CHLM.*

<sup>106</sup> El Acuerdo por el que se emiten las Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de noviembre de 2001.

<sup>107</sup> El Acuerdo por el que se emiten Nuevas Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de octubre de 2009.

<sup>108</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 25 de mayo de 2011.

la limitación de los derechos humanos de los migrantes, previstos como la facultad de expulsar a no-nacionales (deportación) y la obligatoriedad de detener a las personas migrantes que no hayan acreditado su legal estancia en el país; el establecimiento de centros de privación de libertad de migrantes, denominadas estaciones migratorias, y la posibilidad de emplear la fuerza pública para limitar el derecho a la circulación.<sup>109</sup>

La Ley de Migración de 2011, con la que supuestamente se pretende proteger y garantizar los derechos humanos de los migrantes en sentido amplio,<sup>110</sup> reconoce que las personas migrantes gozan de los mismos derechos humanos que las nacionales (al referirse al ingreso y salida de nacionales y no-nacionales); sin embargo, la ley contiene una serie de disposiciones que cercenan la Constitución y las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales. Además, por su formulación y al ser analizadas de manera conjunta, nos permiten afirmar que se trata de medidas punitivas que conforman un régimen de excepción del Estado de derecho que criminaliza la migración.

Por criminalización me refiero —no a la existencia de normas que prohíban y castiguen penalmente (delito) a la persona migrante por ingresar y permanecer en territorio nacional sin documentos migratorios vigentes— a una serie de disposiciones jurídicas y políticas fomentadas o toleradas por los órganos de impartición de justicia, que en la práctica impiden a los migrantes el disfrute de derechos constitucionalmente reconocidos, y los colocan en situación de vulnerabilidad, induciéndolos a transitar por lugares peligrosos, en particular por rutas dominadas por diferentes tipos de organizaciones de carácter delictivo. Con ello se vuelven víctimas no solo de los abusos de los servidores públicos, sino también de la delincuencia común, tal como, por ejemplo, lo documentó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en los informes especiales sobre secuestro de migrantes emitidos en 2009 y 2011. No abundaremos en todos los aspectos señalados, sino que

<sup>109</sup> Para una aproximación reciente a los derechos humanos de los migrantes, el derecho internacional aplicable y las restricciones que reitera la Ley de Migración, véase Ortiz Ahlf, Loretta, “La libertad de circular libremente y elegir residencia en relación con los migrantes”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Autónoma de México-Konrad Adenauer Stiftung (Programa Estado de derecho para Latinoamérica), 2013, pp. 1237-1262.

<sup>110</sup> Artículo 1, Ley de Migración de 2011.

solamente nos centraremos en tratar de desarrollar la siguiente hipótesis: ¿detención administrativa de migrantes no documentados equivale a una sanción penal?; por consiguiente, ¿se puede hablar de la criminalización de la migración indocumentada?

Para sustentar la hipótesis, es importante recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática al señalar que las leyes migratorias deben establecer la presunción de libertad de la persona migrante, y por consiguiente, dichas personas tienen el derecho a no ser privadas de su libertad mientras que estén pendientes sus trámites o procedimientos migratorios. También ha señalado que excepcionalmente puede dictarse una decisión individual de privar a un migrante de su libertad para garantizar que el mismo comparezca en el trámite en cuestión, y siempre y cuando se haya valorado por una entidad imparcial e independiente que los mecanismos alternativos de detención no serían efectivos (por ejemplo fianza, caución e incluso localizadores GPS).<sup>111</sup>

El argumento más poderoso se desprende de lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicho tribunal ha sido enfático al señalar que las medidas administrativas que privan de un derecho a las personas son equivalentes a las penales, por tratarse de expresiones del poder punitivo del Estado. En sus palabras:

Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica, es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este.

<sup>111</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, OEA/Ser. L/V/II, Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010, original: inglés, párrs. 39 y 41.

Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.<sup>112</sup>

Incluso la Corte ha señalado que la detención administrativa de migrantes puede ser punitiva e incluso arbitraria cuando las políticas migratorias tengan por objeto (eje central) la detención obligatoria (como es el caso de México): “sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines”.<sup>113</sup>

En resumen, las personas migrantes en tránsito por haber ingresado al territorio mexicano o permanecer en él sin documentos migratorios, pueden ver restringido su derecho a la libertad personal, por prolongados periodos. Para evitar dicha privación de la libertad, las personas migran-transitan por lugares peligrosos, con lo cual son colocadas en riesgo de ser víctimas de la delincuencia común, lo que también constituye un riesgo de que se vean afectados sus derechos. Finalmente, los migrantes se ven expuestos a los abusos de autoridad sin que los mismos sean sancionados por nadie.<sup>114</sup>

Además, la Ley de Migración de 2011 hace explícito el vínculo entre migración y seguridad nacional, y se dotan de facultades exorbitantes a diversas autoridades encargadas de la seguridad pública.<sup>115</sup> Como se pudo observar, el vínculo seguridad-migración se puede rastrear desde los primeros ordenamientos legales expedidos en México en el siglo XIX; sin embargo, no logró ocupar un espacio en la misma Constitución, pero sí obtuvo un reconocimiento preponderante en la Ley de Migración de 2011.

<sup>112</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C, núm. 72, párr. 106.

<sup>113</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218, párr. 171.

<sup>114</sup> Para una aproximación, véase Instituto de Estudios y Divulgación sobre Migración, *Seguridad para el migrante: una agenda por construir*, México, Instituto de Estudios y Divulgación sobre Migración, 2011, Documento de Trabajo núm. 2, p. 30.

<sup>115</sup> Véase Pérez García, Nancy, “Seguridad nacional versus seguridad humana: su impacto en la migración”, en Sin Fronteras, IAP (coord.), *Cambiando perspectivas: de la gestión de los flujos hacia la construcción de políticas de migración con enfoque de desarrollo*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas-Sin Fronteras-Incide Social-Miguel Ángel Porrúa, 2008, pp. 113-173.

Dicha ley reconoce que su objeto es regular lo relativo al ingreso y salida de personas del país, en un aparente marco de respeto de los derechos humanos, para contribuir al desarrollo nacional, así como para preservar la soberanía y seguridad nacionales.<sup>116</sup>

Parece evidente que el mensaje que envía el legislador a las personas migrantes es que se trata de un grupo sospechoso de representar un riesgo para la seguridad nacional. Por consiguiente, despliega toda la fuerza del Estado, ante todo para involucrar a las instituciones de seguridad nacional y a las de seguridad pública en los aspectos de control de flujos migratorios y viceversa.

En consecuencia, el migrante es perseguido por las autoridades, y de no contar con documentación que acredite su legal estancia en el territorio nacional se hará acreedor de penas o sanciones administrativas más graves que las medidas de seguridad aplicables a sospechosos de pertenecer al crimen organizado, como por ejemplo a los que someten a la detención para investigar, como es el arraigo. La diferencia está en que la decisión de privar de la libertad al migrante pertenece a la esfera del Poder Ejecutivo federal, mientras que de los presuntos delinquentes se encarga el Poder Judicial.

### A. *Detención administrativa de migrantes*

La Ley de Migración establece que los migrantes que no demuestren su legal estancia en el país podrán ser privados de la libertad por periodos prolongados, sin que en la Constitución ni en los tratados internacionales en materia de derechos se prevea esta posibilidad. En un Estado de derecho, como pretende ser México, las causales previstas para afectar la libertad personal de una persona están taxativamente establecidas en el máximo ordenamiento.

La Constitución mexicana prevé diversas formas de detención, sin que se contemple alguna en materia migratoria, y mucho menos en los términos de la legislación vigente.<sup>117</sup> Para determinar la constitucionalidad del alojamiento (antes aseguramiento) es muy importante clarificar cuáles son las formas de detención reconocidas constitucionalmente —así como los plazos permitidos—, que son las siguientes:

<sup>116</sup> Artículo 1, Ley de Migración de 2011.

<sup>117</sup> Salvo, recientemente, que se reformó el artículo 33, como se vio en el apartado anterior.

i) La detención en ejecución de una orden judicial de aprehensión, en la que la autoridad ejecutora debe poner sin dilación alguna a la persona a disposición del juez;<sup>118</sup>

ii) La detención por flagrancia, que significa que cualquier persona puede detener a otra persona que esté cometiendo —o inmediatamente después de haber cometido— un delito para ponerla a disposición de la autoridad más cercana, la cual a su vez tendrá que ponerla a disposición del Ministerio Público con la misma prontitud;<sup>119</sup>

iii) La detención por urgencia en casos de delitos graves y ante riesgo de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia y el Ministerio Público no pueda acudir por la hora, lugar o circunstancia ante la autoridad judicial;<sup>120</sup>

iv) El arraigo que puede decretarse por autoridad judicial a petición del Ministerio Público, lo que significa que personas que supuestamente estén ligadas a la delincuencia organizada pueden estar detenidas por periodos de 40 días, prorrogables hasta 80 días;<sup>121</sup>

v) La detención ministerial de los indiciados por un plazo que no excederá de 48 horas. Este plazo, en casos de delincuencia organizada, podrá duplicarse; es decir, extenderse hasta 96 horas;<sup>122</sup>

vi) La detención judicial por auto de vinculación a proceso (antes auto de formal prisión) por un plazo de 72 horas antes de que se dicte auto de vinculación a proceso;<sup>123</sup>

vii) La prisión preventiva por delitos que ameritan pena privativa de libertad, que durará el tiempo que el proceso penal se extienda;<sup>124</sup>

viii) La pena de prisión dictada por autoridad judicial;<sup>125</sup>

ix) Las sanciones administrativas que pueden ser aplicables para las personas que violen reglamentos gubernativos y de policía, consistentes en multas o arrestos de hasta 36 horas.<sup>126</sup>

La Ley de Migración criminaliza la migración indocumentada, al permitir al Instituto Nacional de Migración la detención de migrantes que no

<sup>118</sup> Artículo 16, párr. 4, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>119</sup> *Ibidem*, artículo 16, párr. 5.

<sup>120</sup> *Ibidem*, artículo 16, párr. 6.

<sup>121</sup> *Ibidem*, artículo 16, párr. 7.

<sup>122</sup> *Ibidem*, artículo 16, párr. 8.

<sup>123</sup> Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>124</sup> *Ibidem*, artículo 19, párr. 2.

<sup>125</sup> Artículo 16, párr. 4, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>126</sup> *Idem*.

demuestren su legal estancia en el país por plazos de 36 horas (presentación), hasta entre 15 días hábiles y 60 días naturales (aseguramiento).<sup>127</sup> Este plazo se puede prorrogar de manera indefinida cuando la persona migrante presente algún recurso legal (administrativo o judicial).<sup>128</sup> Dicha ley denomina eufemísticamente a esta privación de libertad por autoridad administrativa como alojamiento.

Como se ha podido constatar anteriormente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no le reconoce facultades al Ejecutivo para detener administrativamente a no-nacionales por ese periodo, mucho menos aun de manera ilimitada por ejercer un derecho o por cualquier otra razón.

La Constitución permite la aplicación de sanciones administrativas cuando se demuestre que una persona ha infringido reglamentos gubernativos o de policía exclusivamente, cuya pena puede ser de multa o arresto de hasta 36 horas. Para ello, un juez deberá calificar la actuación del particular.

Por consiguiente, las diversas formas de detención administrativa que contempla la Ley de Migración relativas a la presentación y alojamiento, por decisión de la autoridad no jurisdiccional, son contrarias a la Constitución.

Si bien se podría alegar que las referencias a la emigración e inmigración en el artículo 11 de la Constitución pudieran ser la base para detenciones administrativas de los migrantes, sería importante recordar que ello sería posible siempre y cuando esa restricción al derecho a la circulación no haga nugatorio el derecho, menos aun otros derechos como, por ejemplo, la libertad personal. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que las restricciones permitidas no deben anular el derecho, deben ser proporcionales y tienen que ser lo menos perturbadoras posible para los fines que se buscan con la restricción del derecho.<sup>129</sup> Asimismo, dicho órgano ha señalado que las restricciones deben:

guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho [nota al pie de página suprimida]; no se debe invertir la relación entre el derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios

<sup>127</sup> Véanse, entre otros, artículos 68, 99 al 111 de la Ley de Migración de 2011.

<sup>128</sup> Fracción V, artículo 111 de la Ley de Migración de 2011.

<sup>129</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 27: Libertad de Circulación (art. 12), adoptada el 2 de noviembre de 1999. Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/Rev.1/Add.9, párrs. 11 y 14.

precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación.<sup>130</sup>

El propio relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de las personas migrantes, al analizar las medidas administrativas como la detención de personas por incumplir disposiciones legales migratorias, ha concluido que las mismas son empleadas por los Estados como un disuasivo de la migración.<sup>131</sup>

### B. *Operativos y verificaciones domiciliarias*

Por otro lado, para identificar personas migrantes y privarlas de la libertad, la autoridad migratoria, así como las autoridades que la auxilian, cuentan con dos figuras jurídicas previstas en la ley: los filtros migratorios y los operativos o verificaciones domiciliarias.

#### Filtros migratorios

La autoridad migratoria, conforme a la Ley de Migración 2011, puede establecer lugares de verificación y control migratorio en lugares distintos a los puntos de entrada y salida de personas por mar, tierra y aire. En dichos lugares destinados a tareas de verificación y control migratorio, el Instituto Nacional de Migración puede ser apoyado por otras autoridades tanto federales —como es el caso de la Policía federal—,<sup>132</sup> como locales

<sup>130</sup> *Ibidem*, párr. 13.

<sup>131</sup> Presentación del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, doctor Jorge Bustamante, en el panel de discusión “Los derechos de los migrantes en los centros de detención”, organizado por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas el 17 de septiembre de 2009, p. 2 (copia en posesión del autor).

<sup>132</sup> La Ley de la Policía Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de junio de 2009, establece en su artículo 8 que dicha policía tiene atribuciones para ejercer funciones migratorias conforme a la legislación aplicable y en coordinación con el Instituto Nacional de Migración (fracción XXXVIII). De la misma manera, pueden brindar apoyo al Instituto para verificar que extranjeros cumplan con obligaciones migratorias (fracción XXXIX), y también para resguardar estaciones migratorias a solicitud del Instituto (fracción XL).

y municipales.<sup>133</sup> La Constitución establece que, en territorio nacional, a ninguna persona se le puede solicitar identificación para poder circular por su territorio. También dicho ordenamiento señala que nadie puede ser molestado en su persona, bienes o posesiones sino por mandato judicial u otra autoridad que fundamente y motive su acto. Por consiguiente, no es constitucional que se coloquen puestos de revisión de documentación migratoria en las carreteras del país, salvo en los puntos de entrada y salida internacional (inmigración y emigración) de personas del territorio nacional.

Una crítica legal similar a la anterior se le puede hacer a las atribuciones conferidas al Instituto Nacional de Migración mediante la Ley de Migración, para llevar cabo visitas de verificación a domicilios particulares con el objeto de comprobar si los no-nacionales cumplen con sus obligaciones en materia migratoria, o por ejemplo para corroborar datos suministrados a las autoridades. Dicho Instituto, además, puede atender denuncias sobre delitos cometidos por personas migrantes, usurpando con ello atribuciones propias de las instituciones encargadas de la seguridad pública.<sup>134</sup>

### C. *Expulsiones/entregas*

La expulsión de extranjeros ha sido una de las atribuciones del Ejecutivo, que no solo ha permanecido en la legislación migratoria desde la primera a la que hacemos referencia en este trabajo, sino que aparece en la Constitución de 1857, se plantea en la de 1917 y se modifica en 2011 con la llamada reforma constitucional en materia de derechos humanos.<sup>135</sup> Se trata de una atribución exorbitante del Ejecutivo federal, con escasos controles, que con el paso del tiempo se ha limitado.

A pesar de que la misma Constitución establece algunas reglas para la expulsión de personas extranjeras (garantizar por lo menos el derecho de audiencia), recientemente se han podido constatar otro tipo de “expulsiones” por parte del Ejecutivo federal, incluido el Instituto Nacional de Migración, que tergiversan el sentido protector de la Constitución. En efecto, me refie-

<sup>133</sup> Artículo 81, Ley de Migración.

<sup>134</sup> Artículos 92 y 93, Ley de Migración.

<sup>135</sup> El artículo 33 constitucional, antes de la reforma publicada el 10 de junio de 2012, señalaba que: “[...] el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente”.

ro a las entregas ejecutivas como la del colombiano Miguel Ángel Beltrán Villegas, quien fue entregado sin mayor trámite por el Ejecutivo federal al gobierno colombiano. La mecánica de la entrega es que una persona con orden de aprehensión por un tercer país es citada al INM para verificar su condición migratoria, detenida, subida a un avión y entregada a las autoridades del país que la requiere. Es un trámite que no pasa por los procedimientos de la extradición ni por la expulsión a que se refiere el artículo 33 constitucional, ni por la deportación a que se refiere la Ley de Migración. Se trata, sin duda, de una detención arbitraria por parte de las autoridades mexicanas y de una entrega a un tercer país sin fundamento legal, práctica que debe ser detenida, erradicada y por la que se deberá sancionar a los responsables de su instrumentación.<sup>136</sup>

#### V. ALGUNAS RECOMENDACIONES PARA CONTAR CON UNA POLÍTICA COHERENTE DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES

Pareciera un lugar común recomendar a las autoridades mexicanas (legislativas, ejecutivas y judiciales) que promuevan, protejan y garanticen los derechos de las personas migrantes, y por consiguiente que las traten de la misma manera que a las nacionales. En ese sentido, toda persona que se encuentre en territorio nacional gozará de los mismos derechos y garantías que tanto la Constitución como los tratados internacionales reconocen para todas las personas, incluidos los no-nacionales.

Conforme a los principios de la universalidad de los derechos humanos y pro persona, ninguna restricción que no haya estado prevista en la Constitución<sup>137</sup> al ratificar cualquiera de los principales y primeros instrumentos de derechos humanos<sup>138</sup> o en las declaraciones de derechos humanos, tanto universal como americana,<sup>139</sup> podrá ser incorporada posteriormente en la normativa del país.

<sup>136</sup> Para conocer el caso, véase Dondé Matute, Javier, *Extradición y debido proceso*, México, Tirant Lo Blanch-Inacipe, 2012, pp. 253-277.

<sup>137</sup> En el entendido de que la limitación, a la vez, tendrá que ser compatible con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

<sup>138</sup> Entre otros, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>139</sup> Véase artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tampoco podrá invocarse la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares como fundamento para restringir los derechos humanos de las personas migrantes, por el hecho de que ahí se contemplen figuras no previstas en otros tratados generales.

Como vimos, la primera vez que se reconoció la atribución legal de las autoridades migratorias para detener administrativamente a una persona migrante fue en la Ley General de Población de 1974; por consiguiente, no es posible afirmar que la práctica inició o se profundizó después del 11 de septiembre de 2001, con las denominadas políticas de *securitización*. En la legislación nacional, las normas siempre han contemplado medidas para restringir o castigar la migración. Se trata más bien de un proceso que viene arrastrando el país desde su Independencia, en donde se mezclan argumentos relacionados con una supuesta protección a la economía (seleccionar y admitir), a la salud (evitar que ingresen personas no-nacionales enfermas física o mentalmente), y a la seguridad (impedir el ingreso o permanencia de aquellas personas que hayan cometido un delito o sean consideradas una amenaza a la seguridad nacional).

Es decir, las limitaciones o restricciones vigentes en Ley de Migración de 2011 son contrarias a la Constitución y a las obligaciones internacionales de México en materia de derechos humanos, y sus antecedentes se pueden rastrear en legislaciones previas.

Desde una lógica de derechos humanos, solamente son aceptables las restricciones a los derechos político-electorales, por estar asociados a la noción de ciudadanía (votar y ser votado, así como ejercer el derecho de petición).

En consecuencia, no son aceptables las limitaciones al goce y ejercicio de los derechos de las personas migrantes, diferentes a las reconocidas para los nacionales, por lo que se recomienda a las autoridades que detengan de inmediato las privaciones de libertad administrativas ejercidas en las denominadas estaciones migratorias.

Asimismo, las autoridades deben detener el establecimiento y funcionamiento de “filtros” migratorios, y las autoridades de seguridad pública y nacional deben de dejar de tratar a las personas migrantes como sospechosas de ser delinquentes o de constituir una amenaza para la seguridad nacional.

Por otro lado y con relación a la facultad según la cual el Ejecutivo puede expulsar a no-nacionales, México, al ser parte de diversos tratados en materia de derechos humanos, debe garantizar no solo el derecho de audien-

cia sino también todos los derechos de debido proceso internacionalmente reconocidos. Ello implica que la expulsión solamente podrá efectuarse a través de un tribunal competente, que reúna los requisitos de imparcialidad e independencia.

Con ello tal vez se inicie una transformación cultural que obtenga como resultado el reconocimiento de todas las personas como iguales ante la ley, independientemente de su calidad migratoria.



*Fecha de recepción:* 3 de diciembre de 2013.

*Fecha de dictamen:* 10 de junio de 2014.