

La libertad de circular libremente y elegir residencia en relación con los migrantes

Loretta ORTIZ AHLF*

* Profesora de la Universidad Iberoamericana e Investigadora y profesora de la Escuela Libre de Derecho.

SUMARIO: I. *Sistema jurídico mexicano*. II. *Instrumentos internacionales obligatorios para México que regulan la libertad de circulación y residencia*. III. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: Migrante; situación migratoria; irregular; circulación; residencia; legal estancia; amparo; garantía de audiencia; aviso consular; denuncia; justicia penal; justicia laboral; justicia civil; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Comisión Nacional de Derechos Humanos; Comité de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I. Sistema jurídico mexicano

En México la equiparación entre nacionales y extranjeros, resulta evidente si se parte del artículo 1o. de la CPEUM, que establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. En dicho precepto también se establece la prohibición de discriminar por origen étnico o nacional. En adición, el artículo 33 de la CPEUM especifica quiénes son considerados como extranjeros y reitera dicha equiparación entre los nacionales y los extranjeros.

A pesar de ello, la legislación secundaria atinente al estándar mínimo derechos de los extranjeros es contraria a la CPEUM y a los tratados celebrados por México. Desgraciadamente la jurisprudencia sobre la materia mantiene los conceptos de violación tanto de normas constitucionales como de los tratados en materia de derechos humanos celebrados por México.

1. Conceptualización de migrante irregular en el sistema jurídico mexicano

A partir del decreto del 25 de mayo del 2011¹ se derogó el capítulo II de la Ley General de Población (en adelante LGP) relativo a migración y se expidió la Ley de Migración (en adelante LM).

¹ DOF 25/05/2011 Decreto por el que se expide la Ley de Migración y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Población, del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos

Anteriormente, la LGP en su artículo 44 precisaba que "*inmigrante es el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiere la calidad de inmigrado*".² Con base en la anterior definición se podía conceptualizar al inmigrante irregular como el extranjero que se interna a México ilegalmente.

En la LM ya no se contemplan los conceptos de inmigrado, no inmigrado o inmigrante, simplemente se habla de migrantes. En el artículo 3o. Fracción XVII de dicha ley se define al migrante como el "individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación".³

En el mismo artículo fracción XXVII se señala que la situación migratoria es la "hipótesis en la que se ubica un extranjero en función del cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones migratorias para su internación y estancia en el país [...] Se considera que el extranjero [...] tiene situación migratoria irregular cuando haya incumplido con las mismas".⁴

Con base en la anterior definición puede conceptualizarse al migrante irregular como el extranjero que se interna a México ilegalmente.

Los requisitos para internarse legalmente a México de conformidad con el artículo 37 de la LM son los siguientes:

- I. Presentar en el filtro de revisión migratoria ante el Instituto los documentos siguientes:
 - a. Pasaporte o documento de identidad y viaje que sea válido de conformidad con el derecho internacional vigente, y
 - b. Cuando así se requiera, visa válidamente expedida y en vigor, en términos del artículo 40 de esta Ley; o
 - c. Tarjeta de residencia o autorización en la condición de estancia de visitante regional, visitante trabajador fronterizo o visitante por razones humanitarias.

Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley de la Policía Federal, de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, de la Ley de Inversión Extranjera, y de la Ley General de Turismo.

² Artículo 44, Derogado, Ley General de Población, publicada en el DOF del 26 de diciembre de 1990, última reforma publicada en el DOF del 9 de mayo de 2012.

³ Artículo 3o. Fracción XVII, Ley de Migración, publicada en DOF del 25 de mayo de 2011, última reforma publicada en el DOF del 7 de junio del 2013.

⁴ Artículo 3o. Fracción XXVII, Ley de Migración, *supra* nota 4.

- II. Proporcionar la información y los datos personales que las autoridades competentes soliciten en el ámbito de sus atribuciones.

Del artículo 43 de la LM se desprenden otros requisitos, ya que prevén supuestos que de actualizarse, autorizan a las autoridades migratorias a negar la expedición de visa, la internación regular a territorio nacional o la permanencia. Dichos supuestos son:

- I. Estar sujeto a proceso penal o haber sido condenado por delito grave conforme a las leyes nacionales en materia penal o las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, o que por sus antecedentes en México o en el extranjero pudieran comprometer la seguridad nacional o la seguridad pública;
- II. Cuando no cumplan con los requisitos establecidos en esta ley, su reglamento y otras disposiciones jurídicas aplicables;
- III. Cuando se dude de la autenticidad de los documentos o de la veracidad de los elementos aportados;
- IV. Estar sujeto a prohibiciones expresas de autoridad competente, o lo prevean otras disposiciones jurídicas.⁵

Con esta ley se dio un paso importante a efecto de reparar los daños jurídicos que estaban siendo infringidos a los migrantes en su tránsito por México. Se les reconocen los vínculos familiares, laborales o de negocios que pudieran ya haber adquirido durante su ilegal estancia en México.

Otro elemento novedoso es que se le reconoce una participación activa a los organismos no gubernamentales y asociaciones civiles pro-defensoras de los derechos humanos de los migrantes. Esta ley pone un freno a los abusos de los agentes de migración, pues de aquí en adelante no podrán ejercer su función persecutoria generalizada en contra de los migrantes, sino que solo podrán hacerlo en determinados lugares y zona geográfica, que deberán ser claramente especificadas en una orden por escrito expedida por el Instituto, en donde se especifique el responsable de la diligencia.⁶

⁵ Artículo 43, Ley de Migración, *supra* nota 4.

⁶ Artículos 71-76 y 81, Ley de Migración, *supra* nota 4.

2. Jurisprudencia del Poder Judicial Federal

a. *Legal estancia y acceso al amparo*

A pesar del artículo 1o. constitucional, no sujeta el ejercicio de los derechos a gozar de legal estancia en el país y de que los tratados celebrados por México exigen que se garanticen de manera efectiva a toda persona dentro de la jurisdicción del Estado Mexicano los derechos humanos regulados en dichos instrumentos internacionales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) negaba el derecho de audiencia a un migrante bajo el argumento jurídico de que éste goza de expectativas de derechos.

Sin embargo, la tesis más reciente al respecto refleja un cambio favorable tal como se muestra a continuación:

EXTRANJEROS. SU DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA SE ENCUENTRA GARANTIZADO POR EL ESTADO MEXICANO, POR LO QUE ÉSTE DEBE PROVEER LAS MEDIDAS NECESARIAS E IDÓNEAS PARA PERMITIRLE SU EJERCICIO PLENO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, establecía que los extranjeros tienen derecho a las garantías que otorga su capítulo I, título I, con algunas salvedades (derecho de petición, asociación en materia política, sujetarse a las disposiciones en materia de migración e inmigración, así como la posibilidad de su expulsión por entrometerse en asuntos políticos de la Nación). Ulteriormente, esta tutela fue ampliada con la citada reforma constitucional, en la que se modificaron los numerales 1o., 11 y 33, favoreciendo entre otros sectores, a aquéllos, como es con el reconocimiento de la garantía de **audiencia** previa frente a su posible expulsión del país. Congruente con esa dinámica, los extranjeros no son personas con algún estatus de protección menor de derechos humanos, por lo que deben gozar plenamente de la tutela judicial efectiva, prevista tanto en sede internacional (artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), como en el ámbito nacional (artículo 17 de la Constitución Federal), optando por privilegiar el acceso a la justicia y, por ende, limitando los casos en que por excepción, no puedan ser oídos. De ahí que debe garantizarse su capacidad de intervención como parte en el juicio sin que el tribunal pueda limitarla por el hecho de haber nacido en el **extranjero**, o no hablar bien el español, pues implicaría un obstáculo injustificado, desproporcionado y carente de razón, al reducir su margen de tutela efectiva. Máxime que al armonizar el citado artículo 25 con el 1, numeral 1, de la referida convención, debe

privilegiarse el margen de la tutela judicial y su efectividad, sin que pueda discriminarse por motivos de origen nacional. Por tanto, deben dictarse las medidas conducentes para garantizarles dicho acceso y posibilidad de ser escuchados por los tribunales nacionales, al tener el derecho de asistir directamente al juicio en que sean parte y, si por alguna razón existiera una situación, factor o elemento que impidiera la comunicación material entre el tribunal y el justiciable, como es el idioma, o que el compareciente no dominara suficientemente el español, corresponde al Estado, como garante de tales derechos básicos, el proveer las medidas necesarias e idóneas para permitirle el ejercicio pleno de tal derecho, ya que el acceso al tribunal no sólo debe ser formal, sino también material, real y eficaz, pues de lo contrario, no habría la participación igualitaria en los foros jurisdiccionales, porque los extranjeros, por su condición, verían reducido su acceso a la justicia, cuestión que no es conforme al estándar internacional y nacional de tutela.⁷

Dicha tesis representa un esfuerzo de armonización del orden jurídico interno con los estándares internacionales y establece la necesidad de dictar medidas conducentes para la efectiva garantía de los derechos humanos de los migrantes tal como se contempla en el artículo 1o. constitucional.

Como parte de las medidas previstas por parte del Estado Mexicano, la LM contempla en el artículo 68 formalidades para la correcta presentación de los migrantes en situación irregular, ésta sólo puede realizarse por el Instituto Nacional de Migración y deberá constar en actas sin poder exceder en ningún caso del término de 36 horas contadas a partir de su puesta a disposición.

El artículo 69 de la misma ley enumera la información que las autoridades migratorias deberán proporcionar a los migrantes al momento de su presentación. De acuerdo con la ley se les debe informar lo siguiente:

- Sus derechos y garantías.
- El motivo de su presentación.

⁷ Tesis III.3o.T.4K(10a.), EXTRANJEROS. SU DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA SE ENCUENTRA GARANTIZADO POR EL ESTADO MEXICANO, POR LO QUE ÉSTE DEBE PROVEER LAS MEDIDAS NECESARIAS E IDÓNEAS PARA PERMITIRLE SU EJERCICIO PLENO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México,

- Los requisitos establecidos para su admisión al país, los derechos y obligaciones previstos en ley.
- Se deberá notificar de manera inmediata de su presentación al consulado del país al cual pertenezca.
- La información sobre la posibilidad de regularizar su situación migratoria.
- La información sobre la posibilidad de constituir garantía cuando se busque la estancia regular, en lo que se dicta sentencia definitiva.⁸

Recientemente, la SCJN se pronunció al respecto en diversas tesis en que interpretó el artículo 36 primer párrafo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁹ y la OC 16/99,¹⁰ instrumentos que establecen la obligación del Estado de dar aviso al consul del país del que el migrante sea nacional y resaltó de manera constante la importancia de la notificación, el contacto y la asistencia consular como medidas esenciales para garantizar el derecho fundamental a una defensa adecuada y efectiva de los extranjeros. Como ejemplo las siguientes tesis:

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. LA FINALIDAD DEL ARTÍCULO 36, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES EN EL DERECHO INTERNACIONAL. "...En esta resolución, la Corte Interamericana estableció que el derecho a la asistencia consular es parte del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo, por lo que debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los **extranjeros** la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo..."¹¹

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. SU FUENTE Y JERARQUÍA EN EL ORDENAMIENTO

⁸ Artículo 69, Ley de Migración, *supra* nota 4.

⁹ Convención de 24 de abril de 1963, firmada por México el 7 de octubre de 1963, ratificada el 18 de mayo de 1965, publicada en DOF el 11 de septiembre de 1968.

¹⁰ *Infra*, nota 30.

¹¹ Tesis 1a. CLXIX/2013, DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. LA FINALIDAD DEL ARTÍCULO 36, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES EN EL DERECHO INTERNACIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XX, tomo 1, mayo 2013, p. 530, Reg. IUS. 2003539.

JURÍDICO MEXICANO. En el marco de un sistema democrático, una vez que una persona se encuentra en territorio de un Estado del cual no es nacional, dicho Estado está obligado a concederle un estándar mínimo de derechos. Uno de ellos, cuya importancia resulta trascendental, es la posibilidad de que el extranjero sea asistido por algún miembro de la delegación consular de su país en el territorio en el que se encuentre. En nuestro ordenamiento jurídico, dicho derecho se encuentra consagrado, tanto en el artículo 36, párrafo primero, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, como en el artículo 128, fracción IV, del Código Federal de Procedimientos Penales...¹²

Asimismo, el artículo 70 de la Ley de Migración señala que "[t]odo migrante tiene derecho a ser asistido o representado legalmente por la persona que designe durante el procedimiento administrativo migratorio. [...] Durante el procedimiento administrativo migratorio los migrantes tendrán derecho al debido proceso que consiste en que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente; el derecho a ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, a tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio; a contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, en caso de que no hable o no entienda el español y a que las resoluciones de la autoridad estén debidamente fundadas y motivadas".¹³

Cabe recordar en relación con la jurisprudencia de la SCJN, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Vélez Loor vs Panamá, donde precisa que

los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.¹⁴

¹² Tesis 1a. CLVIII/2013, DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. SU FUENTE Y JERARQUÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XX, tomo 1, mayo 2013, p. 533, Reg. IUS. 2003542.

¹³ Artículo 70, Ley de Migración, *supra* nota 4.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 97.

Nuestro ordenamiento jurídico puede regular de manera diversa a los nacionales y extranjeros atendiendo a una determinada política migratoria, siempre y cuando no se violen sus derechos humanos. Este mismo sentido debe atribuirse al artículo 1o. constitucional, por cuanto obliga a las autoridades a respetar los derechos humanos de toda persona, aunque ciertos derechos pueden limitarse a los extranjeros cuando dichas limitaciones no sean arbitrarias y sean necesarias para mantener el orden público.

3. Legal estancia y justicia penal

En el ámbito de la justicia penal, se observa que los migrantes en situación irregular suelen renunciar a su derecho de denunciar la comisión de un delito, por temor de que el Ministerio Público lo detenga y entregue a las autoridades migratorias. La anterior situación se ha mermado con la derogación de tipos penales que daban pie a la detención de los migrantes, ejemplo de esto el artículo 156 del Código Penal Federal que señalaba: "Al extranjero expulsado de la República que vuelva a ésta, se le impondrá de uno a dos años de prisión y se le expulsará después de hacer efectiva esta sanción".¹⁵

Asimismo, la LM en el artículo 66 establece que "...El Estado mexicano garantizará el derecho a la seguridad personal de los migrantes, con independencia de su situación migratoria".

De cualquier manera, el temor a la deportación persiste, de lo anterior, que son pocas las sentencias que aluden al derecho de acceso a la justicia penal de los migrantes en situación irregular, una de ellas es la siguiente:

DENUNCIA O QUERRELA. LOS EXTRANJEROS SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA AUN CUANDO NO ACREDITEN SU LEGAL ESTANCIA EN EL PAÍS. El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos distingue entre los nacionales y extranjeros, al señalar que todo individuo que se encuentra en territorio mexicano goza de las garantías que otorga la propia Constitución, con las limitaciones que en ella se establecen; por otro lado, el numeral 33 dispone que los extranjeros tienen derecho a las garantías que otorga en su Capítulo I, Título Primero, dentro de las cuales se encuentra la contenida en el dispositivo 17, segundo párrafo, de la misma Ley Fundamental, en la cual señala que toda persona tiene el derecho a que se le administre justicia por

¹⁵ Artículo 156, Derogado, Código Penal Federal, publicado en DOF el 14 de agosto de 1931, última reforma publicada en DOF del 7 de junio de 2013.

tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. En consecuencia, todo extranjero que sufra una lesión en su esfera jurídica, se encuentra legitimado para denunciar o querrellarse aun cuando en el caso de que no compruebe su legal estancia en el país.¹⁶

4. Legal estancia y acceso a la justicia laboral

En lo atinente al reclamo de los derechos laborales de los inmigrantes en situación irregular, cabe recordar que el ahora derogado artículo 74 de la LGP, disponía: "Nadie deberá dar ocupación a extranjeros que no comprueben previamente su legal estancia en el país y sin haber obtenido la autorización específica para prestar ese determinado servicio".¹⁷

La citada disposición vulneraba las garantías constitucionales contenidas en los artículos 5o. y 11 de la CPEUM y diversas disposiciones convencionales de los tratados suscritos por México. Dicha prohibición ya no se encuentra reproducida de en la Ley de Migración.

Desde el 2008, la evolución jurisprudencial ha sido en el sentido de reconocer los derechos laborales de los extranjeros sin atender a su situación migratoria, como ejemplo la siguiente sentencia:

TRABAJADORES EXTRANJEROS. CON INDEPENDENCIA DE SU SITUACIÓN MIGRATORIA, TIENEN LOS MISMOS DERECHOS LABORALES Y DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL QUE LOS TRABAJADORES NACIONALES. De lo dispuesto por los artículos 1, 18, 25, 35, y 54, párrafo 1, de la "Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares", la cual satisface los requisitos atinentes para ser considerada como tratado internacional, se desprende que los trabajadores extranjeros tienen los mismos derechos laborales que los nacionales, con independencia de que se trate de trabajadores documentados o en situación regular o indocumentados o en situación irregular; luego, como según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, un tratado internacional se ubica jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales, de ello se sigue que la situación irregular de esos

¹⁶ Tesis XX.2o.13 P, DENUNCIA O QUERRELA. LOS EXTRANJEROS SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA, AUN CUANDO NO ACREDITEN SU LEGAL ESTANCIA EN EL PAÍS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XIII, marzo 2001, p. 1740, Reg. IUS. 190190.

¹⁷ Artículo 74, Derogado, Ley General de Población, publicada en el DOF de 22 de diciembre de 1990.

trabajadores, no les impide acudir en demanda ante los tribunales correspondientes para reclamar prestaciones derivadas de la conclusión del trabajo, incluyendo el despido injustificado, toda vez que tal convenio les otorga el correspondiente derecho, sin que ello implique, en modo alguno, su regularización migratoria o la de sus familiares.¹⁸

En la tesis más reciente se señala expresamente el derecho de cualquier extranjero a desempeñar cualquier actividad lícita y gozar de los derechos laborales pudiendo acudir ante las autoridades correspondientes sin necesidad de acreditar su legal estancia en el país.

TRABAJADORES EXTRANJEROS. TIENEN DERECHO A DEDICARSE A CUALQUIER ACTIVIDAD LÍCITA DENTRO DE LA REPÚBLICA MEXICANA, Y A GOZAR DE LOS DERECHOS PREVISTOS EN EL APARTADO A DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE, EN CASO DE CONFLICTO, PUEDEN ACCEDER A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA LABORAL PARA EXIGIR EL RESPETO Y CUMPLIMIENTO DE AQUÉLLOS. De acuerdo con los artículos 1o. y 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos las personas extranjeras gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, con independencia de su situación migratoria, de acuerdo con los artículos 1, 18, 25, 35, y 54, párrafo 1, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los **Trabajadores** Migratorios y de sus Familiares, así como en la jurisprudencia 2a./J. 230/2007 sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, diciembre de 2007, página 221, de rubro: "**TRABAJADORES EXTRANJEROS. LA OBLIGACIÓN DE LAS AUTORIDADES FEDERALES O LOCALES PREVISTA EN EL ARTÍCULO 67 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN DE REQUERIRLOS PARA QUE ACREDITEN SU LEGAL ESTANCIA EN EL PAÍS, NO ES EXIGIBLE A LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE**"; de esta forma, si un extranjero al igual que un nacional goza de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales, tiene el derecho a dedicarse a cualquier actividad lícita dentro del territorio nacional, con la garantía de no ser privado del producto de su trabajo,

¹⁸ Tesis III.1o.T.97 L, TRABAJADORES EXTRANJEROS. CON INDEPENDENCIA DE SU SITUACIÓN MIGRATORIA, TIENEN LOS MISMOS DERECHOS LABORALES Y DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL QUE LOS TRABAJADORES NACIONALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 2457, Reg. IUS. 168532.

salvo por resolución judicial, de acuerdo con el artículo 5o. constitucional y, por consiguiente, también goza de los derechos laborales previstos en el artículo 123, apartado A, de la propia Constitución Política, incluso, para el caso de suscitarse algún conflicto respecto de tales derechos, puede acceder a los órganos jurisdiccionales en materia de trabajo para exigir el respeto y cumplimiento de aquéllos, conforme al artículo 17 constitucional.¹⁹

5. Legal estancia y acceso a la jurisdicción civil

En lo atinente al ámbito civil a pesar de que el artículo 1o. de la CPEUM dispone que gozan, de las garantías todo individuo que se encuentra en territorio nacional, el derecho de acceso a la jurisdicción civil de los inmigrantes en situación irregular en México se encontraba obstaculizado con fundamento en el artículo 67 de la LGP que establecía la obligación de las autoridades de todos los niveles de gobierno, de los notarios públicos y de los corredores de comercio o cualquiera que substituya en sus funciones, de exigir a los extranjeros, como requisito previo a cualquier trámite ante ellos, que acreditaran su legal estancia en el país.²⁰

Dicha disposición era claramente violatoria de derechos humanos, por lo que en la nueva regulación contenida en la LM, se acotó la obligación impuesta a las autoridades, de la siguiente manera:

Artículo 65. Los extranjeros deberán acreditar su situación migratoria regular en el país, en los actos jurídicos en los que se requiera de la intervención de los notarios públicos, los que sustituyan a éstos o hagan sus veces, en lo relativo a cuestiones inmobiliarias, y los corredores de comercio.

Esto resulta congruente con la tesis antes citada,²¹ en el sentido de permitir a cualquier migrante sin necesidad de acreditar su legal estancia en el país el acceso a la justicia no sólo civil, sino de cualquier tipo.

¹⁹ Tesis I.3o.T.248 L(9a.), TRABAJADORES EXTRANJEROS. TIENEN DERECHO A DEDICARSE A CUALQUIER ACTIVIDAD LÍCITA DENTRO DE LA REPÚBLICA MEXICANA, Y A GOZAR DE LOS DERECHOS PREVISTOS EN EL APARTADO A DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE, EN CASO DE CONFLICTO, PUEDEN ACCEDER A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA LABORAL PARA EXIGIR EL RESPETO Y CUMPLIMIENTO DE AQUÉLLOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, enero de 2012, tomo 5, p. 4712, Reg. IUS. 160338.

²⁰ Artículo 67, Derogado, Ley General de Población, *op. cit.*

²¹ *Supra* nota 7.

II. Instrumentos internacionales obligatorios para México que regulan la libertad de circulación y residencia

El derecho de circular libremente y a elegir residencia en el territorio de México se encuentra regulado básicamente en las Declaraciones Universal (DUDH) y Americana (DADH),²² el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³ (PIDCP), la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares,²⁴ Convención sobre los Derechos del Niño,²⁵ y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH).²⁶ La Declaración Universal reconoce el derecho de circular libremente a toda persona en cambio la Declaración Americana contempla como titular del derecho tan sólo al nacional.

²² AGNU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Resolución 271 A (III), 10 de diciembre de 1948. Art. 13 "1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar de su país." OEA, *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*. Resolución 2 de mayo de 1948. Art. 19 "Toda persona tiene derecho de fijar su residencia en el territorio de un Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad". Ambos instrumentos obligan al Estado Mexicano por cuanto sus normas constituyen normas consuetudinarias obligatorias o normas de *ius cogens* (imperativas).

²³ AGNU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Art.12-1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2.- Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuándo éstas sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud, o la moral pública, o los derechos y las libertades de los terceros y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

²⁴ OEA, *Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores migratorios y de sus familiares*. Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

²⁵ OEA, *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre 1990. Ratificación de México, 21 de septiembre de 1990, publicada en el D.O.F. de 25 de enero de 1991. La Convención establece en su artículo 9, que los Estados Parte velarán para que "el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad" y el artículo 10 de manera clara se especifica: "De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados partes al tenor de lo dispuesto en el párrafo 1, del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o sus padres para entrar en un Estado Parte, o para salir de él a los efectos de reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de manera positiva, humanitaria y expedita. Los Estados garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traiga consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin... los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención".

²⁶ OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Resolución B-32, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Art. 22-1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público. 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar al mismo.

Por su parte, el PIDCP y la CADH hacen extensiva la libertad de tránsito y de residencia a toda persona que se halle legalmente en el territorio.

La diferencia principal entre los dos últimos instrumentos se centra en que la CADH permite limitar la libertad de circulación y residencia cuando lo exija el orden público o la prevención de actos delictivos, a determinadas zonas específicas. Cabe aclarar que la interpretación de dichas disposiciones por los órganos quasi-jurisdiccionales y jurisdiccionales internacionales en evidencia ha ido evolucionando para llegar a la conclusión de que el titular del derecho es toda persona.

1. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

a. *Observación General No. 15*

Estrechamente vinculado con el ejercicio de la libertad de circulación y residencia se encuentra el controvertido concepto de legal estancia en un país, concepto determinado por el derecho interno, en razón de que inmigrante en situación irregular, es el no nacional que carece de legal estancia en un país de conformidad con el derecho interno. El PIDCP no otorga a la persona, el derecho a ingresar a un Estado y a permanecer en él, la decisión sobre este punto corresponde a los Estados de conformidad con el derecho internacional público aunque la anterior determinación se encuentra sujeta a ciertos límites, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas precisó sobre este punto:

El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto, incluso respecto a cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean cuestiones de discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respecto de la vida en familia.²⁷

De esta forma, se reconoce que los indocumentados a pesar de carecer de legal estancia en un país, no se les puede privar de su derecho a la libertad, del acceso a la justicia, a un trato digno, no discriminatorio y respecto de su vida de familiar. En nuestro país una de las formas más comunes y reiteradas de vulnerar la libertad de circulación y residencia a uno de los

²⁷ Comité CCPR, Observación General No. 15, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, CCPR 11/04/1986, 11 de abril de 1986, párr. 9.

grupos más vulnerables "los indocumentados" es precisamente mediante la detención en estaciones migratorias, por un tiempo indeterminado, sin gozar del derecho de acceso a la justicia en los términos que regulan los instrumentos internacionales y sin gozar en dichas estaciones de las condiciones necesarias para garantizar un trato digno para la persona.

b. *Observación General No. 27*

En primer lugar señala la Observación 27 que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacional aunque es una materia que se ubica dentro del ámbito interno de regulación de los Estados, el ejercicio de dicha facultad se encuentra limitada al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados. Puntualiza que la situación de ilegalidad de un extranjero puede ser convalidada y si es así ya no puede ser considerada irregular, por tal motivo "*se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 del Pacto*".²⁸

La Observación precisa que cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12 del PIDCP debe ser cuidadosamente circunstanciado y los Estados en los Informes que rindan al Comité deben justificar esas diferencias de trato. Cualquier diferencia de trato es considerada sospechosa y la carga de la prueba recae sobre el Estado que la aplica. En el caso de los Estados federales, la obligación de garantizar los derechos de libre tránsito y circulación, abarca a todas las entidades federativas, con el propósito de que las personas puedan desplazarse por todo el territorio de los mismos y ejercer su derecho de libre circulación sin sufrir vulneraciones a sus derechos por actos de las autoridades federales o locales.

El Comité en su Observación detalla las conductas que las autoridades estatales realizan y que claramente se identificaban como contrarias al artículo 12 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, señala entre otras las siguientes:

- La negativa al solicitante de acceso a las autoridades competentes.
- El impedir el conocimiento de los requisitos necesarios para ejercer los derechos contenidos en el artículo 12 del Pacto.

²⁸ Comité CCPR, Observación General No. 27, *Artículo 12- La libertad de circulación*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 de noviembre de 1999, párr. 4.

- La exigencia de formularios especiales para obtener los documentos oficiales de solicitud de pasaporte.
- La exigencia de certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo a la solicitud.
- La exigencia de la descripción exacta del itinerario.
- La expedición de pasaportes condicionada al previo pago de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración.
- Las demoras injustificadas en la expedición de los documentos de viaje.
- Las restricciones a que se viajen juntos miembros de la familia.
- El requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él.
- El hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo a través de intimidación física, detención, pérdida de empleo o expulsión de los hijos de la escuela o universidad.

2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

a. Opinión Consultiva OC/16

La política gubernamental de criminalizar la migración irregular ocasiona diversas violaciones graves de los derechos humanos de los inmigrantes en situación irregular. Entre otras violaciones se les priva del derecho a la libertad, deniega el derecho de acceso a la justicia, reciben un trato indigno y discriminatorio y se les impide residir y circular en el territorio de un Estado. A estas violaciones graves de los derechos humanos se suma el hecho de la falta de notificación al Cónsul de su nacionalidad, funcionario que en caso de ser notificado en tiempo oportuno, aseguraría la debida asistencia legal y un traductor que asistiría al detenido o privado de la libertad.

En relación a la problemática antes mencionada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte") mostró un carácter innovador y creativo de enorme importancia, al determinar que gozaba de competencia para responder la solicitud de Opinión Consultiva hecha por México y determinar que la materia objeto de la misma era materia

vinculada con los derechos humanos. Determinó la Corte IDH, que era competente para atender a la solicitud formulada por México, a pesar de que la Convención de Viena de Relaciones Consulares no constituye un tratado en materia de derechos humanos, en razón de que su artículo 36, contenía un derecho humano fundamental, del que deben gozar los extranjeros, cuyo cumplimiento efectivo se torna en indispensable para el caso de los inmigrantes en situación irregular, para asegurar su debido proceso legal en caso de detención o privación de la libertad.

La OC/16²⁹ fue solicitada en relación al derecho de información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso. Dicha opinión fue solicitada por México en razón de la pena de muerte impuesta judicialmente a mexicanos por gobierno de los Estados Unidos y no informar su detención al Cónsul de México.

En la consulta se plantearon 10 preguntas concernientes a la interpretación de la Convención de Viena de Relaciones Consulares, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. La Corte, en el interés de la justicia reformuló la consulta, a efecto de interpretar la Convención Americana en lugar de la Carta y la Declaración. El procedimiento suscitó un interés sin precedente. Además de las observaciones de la Comisión, la Corte recibió escritos y escuchó los argumentos orales de ocho naciones, incluyendo a Estados Unidos, 18 organismos no gubernamentales, académicos e individuos que participaron con *amicus curiae*.³⁰ En su opinión OC/16 la Corte puntualizó respecto del derecho a la asistencia consular que éste debe proveerse “sin dilación”, esto “...significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante autoridad”.³¹

La OC/16, establece con claridad que el extranjero goza del derecho fundamental de asistencia consular el cual le permite acceder a la justicia. La no observancia del derecho contemplado en el artículo 36 de la Convención de Viena de Relaciones Consulares afecta las garantías del debido proceso legal del extranjero. A pesar de la existencia de la obligación de notificación consular previa o inmediata a la detención de los extranjeros, con dicha

²⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de noviembre de 1999, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Serie A, No. 16.

³⁰ *Ibidem*, Transcripción de la audiencia pública de 12 y 13 de junio de 1998, pp. 58 y s.s.

³¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra* nota 30.

Opinión se dimensiona la notificación consular en el ámbito de la protección de los derechos humanos en específico en relación al derecho fundamental de acceso a la justicia.³²

En caso de no cumplirse con la referida obligación además de generar la responsabilidad internacional, por el incumplimiento de la obligación convencional, en lo relativo a los derechos humanos en específico al derecho de circulación y residencia se vulnera el mismo por cuanto se priva de la libertad al inmigrante indocumentado sin otorgarle el derecho de acceso a la justicia. Cabe agregar, que el artículo 36, de la Convención de Viena de Relaciones Consulares y la OC/16, no distinguen entre inmigrantes regulares e irregulares por lo tanto la obligación del Estado, deberá cumplirse en igualdad de condiciones tanto si es un inmigrante regular o como un irregular.

b. Opinión Consultiva OC/18

A raíz de la vulneración del derecho de libre circulación y residencia de los mexicanos indocumentados en los Estados Unidos por recibir un trato discriminatorio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva, solicitada por México el 10 de mayo de 2002, que en su parte medular dispone:

El principio fundamental de igualdad y no discriminación forman parte del derecho internacional general, en cuanto tal es aplicable a todo Estado, independiente de que sea Parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive con particulares.³³

La importancia de la OC-18 constituye sin lugar a dudas, la determinación de que el principio fundamental de respeto al derecho de igualdad y no discriminación constituye una norma de *ius cogens*. Al realizar dicha determinación la referida norma se transforma en imperativa para todos los Estados de la Comunidad Internacional, con lo cual se obliga a los Estados a garantizar de manera efectiva los derechos humanos de los inmigrantes regulares y de los que

³² Véase: Cançado Trindade, Antônio A., "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999 of the Inter- American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice", Madrid, Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, No. 18, 2007, pp. 292 y ss.

³³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Serie A, No. 18, párrs. 27-30.

se encuentran en una situación irregular, sin realizar distinción alguna, con lo que se amplía el estándar mínimo de derechos, al obligar a los Estados a garantizar a todos los extranjeros de manera efectiva el derecho de libre circulación y residencia sin recibir un trato discriminatorio. La violación de ese estándar presupone una violación grave en contra de los claros deberes de diligencia de las naciones.

3. Caso Vélez Loor Vs. Panamá

El Caso Vélez Loor se origina por la detención en Panamá del Sr. Tanquilino Vélez Loor de nacionalidad ecuatoriana, originada por su situación migratoria irregular, sin la posibilidad de ser oído, ejercer su derecho de defensa, ser torturado, así como recibir un trato inhumano desde el inicio de la privación de su libertad el 11 de noviembre de 2002 hasta su deportación a la República del Ecuador el 10 de septiembre de 2003.

En la Sentencia de la Corte IDH se precisa:

Este Tribunal ya ha manifestado que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respeto a personas que no sean nacionales suyos, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.

En este sentido, la Corte ha establecido que las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes esenciales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. A este respecto, los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues "son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos" y sufren a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y "diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado" (con relación a los nacionales o residentes). Evidentemente, esta condición de vulnerabilidad conlleva "una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado", y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades

estructurales). Del mismo modo, los prejuicios culturales acerca de los migrantes permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, dificultando la integración de los migrantes a la sociedad. Finalmente, es de notar que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de migrantes quedan muchas veces en la impunidad debido, *inter alia*, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan en ilusorios un efectivo acceso a la justicia.³⁴

Continúa la Sentencia:

Esto no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que al adoptar las medidas que correspondan los estados deban respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.³⁵

La Jurisprudencia de la Corte IDH cubre así una laguna del derecho internacional general en lo referente a los migrantes en situación irregular, a partir de la misma los Estados se encuentran obligados, independiente de la legal estancia de los migrantes, a garantizar de manera efectiva, en condiciones de igualdad y no discriminación las normas internacionales en materia de derechos humanos. Como efecto colateral se limita la enorme discreción de los Estados en esta materia.

III. Conclusiones

1. Si bien se han llevado a cabo medidas de carácter legislativo y judicial, estas han resultado insuficientes, en México siguen siendo vulnerados los derechos de circulación y residencia de los migrantes en situación irregular, como se señaló desde el *Informe sobre la Detención Arbitraria en México* que calificó las detenciones realizadas a dichos migrantes, como arbitrarias y violatorias de sus derechos fundamentales.³⁶

³⁴ Corte IDH. *Vélez Loor vs Panamá*, *supra* nota 15, párrs. 97 y 98.

³⁵ *Ibidem*, párr. 100.

³⁶ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo Sobre la Detención Arbitraria Acerca de su Visita a México*, E/CN.4/2003/8/Add.3, párrafo 39.

Precisamente, el Informe de monitoreo del año en curso, realizado en 2011 y 2012 por "Sin Fronteras"³⁷ en diversas estaciones migratorias en México, asevera que las reformas antes aludidas no sólo no han generado un cambio favorable, sino, una regresión en la protección de los derechos humanos y confirma la persistencia de dicha situación. Destacan las siguientes:

- La elevación a rango constitucional de la disposición de detención administrativa migratoria.
- Aumento de temporalidad de la detención administrativa migratoria a personas extranjeras desde 15 hasta 60 días hábiles. (en caso de interponer recurso de amparo o revisión el plazo se amplía hasta que se alcance sentencia definitiva).³⁸

Algunos de los datos obtenidos del monitoreo son los siguientes:

- Referente al debido proceso, en la actualidad no se tiene acceso a una representación legal.
- No se permite la libertad provisional bajo custodia a favor de persona física.
- Persisten los malos tratos, los migrantes en situación irregular son objeto de abusos, estafas, intimidación y uso indebido de fuerza.
- En la mayoría de los centros de detención no se les provee de las herramientas de información básica e indicación de los procedimientos para permanecer en el país legalmente. El inmigrante no es informado sobre las razones de su detención, no tiene acceso a un abogado defensor, un traductor cuando lo requiera y no se le comunica del derecho a la asistencia consular.
- Se priva de la libertad a niños, niñas y adolescentes y sus declaraciones son obtenidas sin la presencia de su representante legal o quien ejerza la patria potestad.
- En la mayoría de las estaciones migratorias la atención médica es precaria.³⁹

³⁷ Sin Fronteras, IAP, Informe "Ser Migrante no me hace ser delincuente" Monitoreo a las estaciones migratorias de Iztapalapa, Distrito Federal y Villahermosa y Tenosique, Tabasco, 2011-2012.

³⁸ *Ibidem*, pág 89.

³⁹ *Ibidem*, pág 89 y anexos.

Las detenciones realizadas a los migrantes en situación irregular son contrarias a las obligaciones adquiridas por el Gobierno de México de conformidad con los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. Desgraciadamente las autoridades administrativas mexicanas involucradas en los asuntos migratorios, realizan sus actividades al margen de la legalidad y con absoluta impunidad, vulnerando el derecho contemplado en el artículo 11 constitucional y diversos derechos contemplados en los tratados en materias de derechos humanos ratificados por México, generando con su actuación la responsabilidad del Estado Mexicano, al incumplir diversas obligaciones internacionales que adquirió a raíz de la celebración de diversos instrumentos.

Atestigua la anterior afirmación, la Comisión Nacional de Derechos Humanos⁴⁰ que desde 2004 detectó que en la detención y aseguramiento de las personas indocumentadas participan miembros de instituciones que no tienen competencia en asuntos migratorios, como los miembros del Ejército y Armada de México, cuestión también detectada en el Informe más reciente ya citado de "Sin Fronteras"⁴¹.

Las autoridades que aseguran a los extranjeros decomisan o destruyen los documentos de viaje bajo el argumento de que portan visas falsas, a pesar de que éstas se otorgaron por la Embajada de México en su país. También les roban sus pocas pertenencias, los extorsionan o violan a las mujeres.⁴²

3. Como resultado de la Relatoría sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su visita del 25 de julio al 2 de agosto de 2011, se manifestó la preocupación al respecto:

... Sin perjuicio de los avances señalados, la Relatoría expresa su profunda preocupación por la grave situación de seguridad que viven los migrantes, tanto extranjeros como mexicanos, en su tránsito por México... Durante su tránsito por territorio mexicano, los migrantes son víctimas de asesinatos, desapariciones, secuestros y violaciones sexuales. Asimismo, los migrantes extranjeros son víctimas de discrimi-

⁴⁰ Comisión Nacional de Derechos Humanos, Migración, Transición Democrática y Derechos Humanos-Fascículo 6, México, 2004, p. 33.

⁴¹ *Supra*, nota 37.

⁴² Comisión Nacional de Derechos Humanos, Migración, transición Democrática y Derechos Humanos-Fascículo 6, México, 2004, pp. 30,31 y 32.

minación... En general, las personas que brindaron estos testimonios a la CIDH indicaron que no han denunciado estas situaciones a las autoridades por temor a sufrir represalias de parte de la delincuencia organizada o de agentes estatales.

... En este sentido, la aprobación de la nueva Ley de Migración, si es reglamentada e implementada adecuadamente, podría constituir un primer paso hacia la resolución de algunos de estos problemas, pero también generará nuevos desafíos que sólo podrán ser resueltos a través de la coordinación internacional con otros Estados, especialmente los que están geográficamente cerca de México.⁴³

Algunas de las cuestiones pendientes de regular adecuadamente en la Ley de migración son las siguientes:

- Incorporación del principio de excepcionalidad en la detención a fin de evitar restringir el derecho a la libertad y a la libre circulación, mediante la aplicación de medidas alternativas menos lesivas. Volviendo a la detención la *última ratio*.
- No se hace referencia a solicitantes de asilo como personas que se encuentran en situación especial de vulnerabilidad.
- No existe mecanismo eficaz de canalización de niños, niñas y adolescentes no acompañados al DIF. Cuando estén acompañados, se debería de prever mecanismo fuera de la estación migratoria en conjunto con sus familiares en aras de verdaderamente privilegiar la unidad familiar.⁴⁴

El análisis de la realidad contrastado con la legislación y la jurisprudencia demuestra que a los migrantes irregulares por carecer de legal estancia en el país siguen siendo el blanco perfecto para la delincuencia organizada y toda clase de malos tratos estando en situación de extrema vulnerabilidad.

⁴³ CIDH, *Relatoría sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Comunicado de Prensa de 2 de agosto de 2011. Disponible en: < <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/082.asp> >

⁴⁴ Sin Fronteras, IAP, *Informe "Ser Migrante no me hace ser delincuente" Monitoreo a las estaciones migratorias de Iztapalapa, Distrito Federal y Villahermosa y Tenosique, Tabasco, 2011-2012*, pp. 81-88.

Criterios jurisprudenciales

1. Criterios nacionales

- Tesis III.3o.T.4K(10a.), EXTRANJEROS. SU DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA SE ENCUENTRA GARANTIZADO POR EL ESTADO MEXICANO, POR LO QUE ÉSTE DEBE PROVEER LAS MEDIDAS NECESARIAS E IDÓNEAS PARA PERMITIRLE SU EJERCICIO PLENO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México,
- Tesis 1a. CLXIX/2013, DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. LA FINALIDAD DEL ARTÍCULO 36, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES EN EL DERECHO INTERNACIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XX, tomo 1, mayo 2013, p. 530, Reg. IUS. 2003539.
- Tesis 1a. CLVIII/2013, DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. SU FUENTE Y JERARQUÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XX, tomo 1, mayo 2013, p. 533, Reg. IUS. 2003542.
- Tesis XX.2o.13 P, DENUNCIA O QUERRELLA. LOS EXTRANJEROS SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA, AUN CUANDO NO ACREDITEN SU LEGAL ESTANCIA EN EL PAÍS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XIII, marzo 2001, p. 1740, Reg. IUS. 190190.
- Tesis III.1o.T.97 L, TRABAJADORES EXTRANJEROS. CON INDEPENDENCIA DE SU SITUACIÓN MIGRATORIA, TIENEN LOS MISMOS DERECHOS LABORALES Y DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL QUE LOS TRABAJADORES NACIONALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 2457, Reg. IUS. 168532.
- Tesis I.3o.T.248 L(9a.), TRABAJADORES EXTRANJEROS. TIENEN DERECHO A DEDICARSE A CUALQUIER ACTIVIDAD LÍCITA DENTRO DE LA REPÚBLICA MEXICANA, Y A GOZAR DE LOS DERECHOS PREVISTOS EN EL APARTADO A DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE, EN CASO DE CONFLICTO, PUEDEN ACCEDER A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA LABORAL PARA EXIGIR EL RESPETO Y CUMPLIMIENTO DE AQUÉLLOS. *Semanario Judicial*

de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, Libro IV, enero de 2012, tomo 5, p. 4712, Reg. IUS. 160338.

2. Criterios internacionales

- Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 97
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de noviembre de 1999, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Serie A, No. 16.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Serie A, No. 18.