

EL DEBIDO PROCESO Y LOS MIGRANTES

RIGHT PROCESS AND MIGRANTS



LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO*

SUMARIO 1.- ASPECTOS GENERALES DE LA MIGRACIÓN. 2.- SITUACIÓN DEL SUJETO MIGRANTE Y SU PROTECCIÓN POR PARTE DEL DERECHO INTERNACIONAL. III. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DEBIDO PROCESO. 3.1. DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. 3.2. EL DEBIDO PROCESO EN EL ESTADO POSITIVISTA DECIMONÓNICO. 4. EL DEBIDO PROCESO EN MATERIA DE MIGRACIÓN. A) DERECHO A NO SER PRIVADO DE LA LIBERTAD ILEGALMENTE, B) DERECHO A CONOCER LAS RAZONES DE LA DETENCIÓN, C) DERECHO AL CONTROL JUDICIAL DE LA DETENCIÓN Y LA RAZONABILIDAD DEL PLAZO DE LA DETENCIÓN, D) DERECHO A RECURRIR JUDICIALMENTE LA DETENCIÓN, E) DERECHO A ASISTENCIA CONSULAR. FECHA DE RECEPCIÓN: 21/06/2015-FECHA DE ACEPTACIÓN: 08/09/2015

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Maestro y Doctor en Derecho por la UNAM, Profesor de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I, correo electrónico: gerardorodriguezmx@yahoo.com.mx

RESUMEN: Los inmigrantes siempre han sufrido una gran cantidad de abusos de las autoridades nacionales y extranjeros. Creo que es un problema de la falta de derechos porque ese tipo de persona no tiene una defensa legal, la condición de la persona ilegal es causa de tanto problemas con la justicia y el debido proceso legal es un derecho principal que puede ayudar a esta persona acerca de sus derechos esenciales.

ABSTRAC: The migrants always have suffered a lot of abuse for national and foreign authorities. I think that it is a problem about lack of rights because that kind of person doesn't have a legal defense, the condition of illegal person is cause of so much problems with the justice, and due process of law is a principal right that can help this person about his essential rights.

PALABRAS CLAVES: inmigración, derechos, sistema jurídicos, libertad, debido proceso.

KEYWORDS. Immigration rights, legal system, freedom, right process.

1. Aspectos generales de la migración

Para el diccionario de la Real Academia Española la migración consiste en la acción de pasar de un país a otro para establecerse en él; otra definición que nos brinda el diccionario sobre este concepto es el desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales;¹ por lo tanto, para la Ley de Migración de nuestro país, migrante es, quien realiza un desplazamiento hacia un territorio diferente al de su lugar de origen con independencia de las causas que motiven este tránsito. En tal sentido cuando una persona realiza un internamiento en un país diferente al de su condición de nacional la referida Ley le otorga la condición de extranjero y la define de la siguiente forma: persona que no posee la calidad de mexicano, conforme a lo previsto en el artículo 30 de la Constitución que dispone lo siguiente: la nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización; en tanto que el 33 de la misma Constitución dice: que cualquier persona que no reúna las

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*.

características del 30 constitucional se considerará extranjera. Es importante señalar que el artículo 33 de nuestra norma suprema ya contempla el derecho de audiencia a las personas extranjeras previo a ser expulsadas del país, lo que significa un aspecto crucial en la protección de los derechos humanos porque presupone una garantía del debido proceso para los migrantes.

Si nos atenemos a lo que se establece en las normas ya mencionadas, y por consiguiente a la definición proporcionada en el diccionario de la Real Academia Española, la migración es una condición connatural a la condición humana; el hombre moderno tiene desde las migraciones de los homínidos de África Central las primeras experiencias de emigración en el afán de encontrar mejores recursos hídricos.² Sobre este fenómeno que replica en alguna medida el fenómeno de las migraciones de nuestros ancestros, sólo que esta vez de países en desarrollo a países desarrollados la Organización Internacional del Trabajo ha observado que significa: “la expresión más reciente de una antigua tradición.”³ Es a partir de la constante repetición del fenómeno de la migración y de las dificultades para impedir los traslados de las personas ya sea de forma interna o de un país a otro que proporcionar apropiadas condiciones para la migración (política de migración; flujos de entrada y salida de extranjeros; normas y procedimientos sobre inmigración) se despliega como uno de los mayores desafíos de la humanidad.

² Oppenheimer, Stephen, *Los senderos del Edén. Orígenes y evolución de la especie humana*, trad: Antonio-Prometeo Moya, Madrid, Crítica, 2004, p.32.

³ “Desde que los seres humanos hicieron su aparición en el continente africano hace muchos miles de años, todas las partes del mundo han estado sometidas a oleadas sucesivas de inmigración. En la historia humana la migración ha sido pues un elemento central que ha configurado y reconfigurado a las sociedades, las culturas y las economías. El siglo XXI no es una excepción en ese sentido. Los millones de migrantes que circulan por Asia o por África, o que van de países en desarrollo a países desarrollados, no son hoy sino la expresión más reciente de una antigua tradición.” Oficina Internacional del Trabajo, *Informe IV. En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, Conferencia Internacional del Trabajo 92° Reunión 2004*, Suiza, 2004, p. 19.

Aunque central en la historia humana, la migración no deja de ser polémica, toda vez, que el Estado moderno como unidad de dominación permanente sobre una base territorial y personal, tiene un control de sus fronteras territoriales que las hace a la luz del derecho y de la soberanía, inviolables.⁴ Lo cierto es que, en el mundo actual es viable puntualizar en los efectos derivados del actual entorno de globalización en el que se encuentran los países hoy día, así como los efectos que este fenómeno económico tienen en las comunidades: sociales, económicos, políticos y culturales,⁵ contribuyen a que sea natural aceptar que este fenómeno se incrementará por múltiples razones en los siguientes años, dado que acorde a las estimaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aproximadamente 231, 5 millones de personas son clasificadas como migrantes internacionales, la cifra asciende a un 3 por ciento de la población en el mundo. La OIT consigna que son 57 millones más de la tendencia migratoria registrada en el año 2000, la cifra se dobló en la primera década del siglo XXI.⁶

⁴Kelsen Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, 5ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 252.

⁵ “Los inmigrantes, en su afán por escapar de una existencia marginada, son atraídos por los polos de crecimiento que participan competitivamente en la división global del trabajo y el poder. Los empleos asalariados en los sectores manufactureros o de servicios en otras partes del mundo son una mejor opción que la lucha por la supervivencia, las revueltas civiles o las guerras internas. Además de lo anterior, la ayuda militar, la venta de armas y los préstamos de instituciones financieras internacionales y bancos transnacionales a los países pobres los atan a los mecanismos económicos y a las estructuras de control de los sistemas financieros y productivos globales. La obligación del servicio de la deuda exige a estos países imponer medidas de austeridad que se hacen sentir más intensamente en los estratos socialmente vulnerables. La aplicación de dichas políticas suele acarrear represión, lo que a su vez produce un flujo de refugiados políticos. La distinción entre el refugiado político y el económico, utilizada por los países receptores como un mecanismo de selección, oscurece el hecho de que ambas categorías de inmigrantes tienen un mismo origen: la globalización de las relaciones de producción.” Mittelman, James H., *El síndrome de la globalización. Transformación y resistencia*, trad: Susana Guardado de Castro, México, Siglo XXI editores, p. 94.

⁶Oficina Internacional del Trabajo, *Migración equitativa. Un programa de la OIT*, Ginebra, 2014, p. 11.

De tal manera, que es apremiante tener una amplia visión de los derechos humanos desde una perspectiva internacional y no de soberanía interna como se contemplaba en el pasado, como lo explica Jorge A. Bustamante el Estado ante los flujos migratorios debe aplicar su política de migración basándose en un respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, indudablemente que esto apareja una modificación en la visión tradicional de la soberanía estatal:

Por ejemplo, si un país ha aceptado, en ejercicio de su soberanía, un compromiso jurídico derivado de su adhesión a un instrumento de derecho internacional en virtud del cual acepta como su obligación, respetar los derechos humanos sin distinción de orígenes nacionales. Al mismo tiempo que, en ejercicio de su soberanía, establece un programa de acciones para controlar sus fronteras del cual resulta indirectamente la muerte de migrantes que pretenden entrar al país sin la documentación migratoria correspondiente. Se le podría ver a ese país en violación de los derechos humanos de los migrantes, cuando ese país que ha decidido controlar sus fronteras tomando medidas policiales para desviar el flujo de entrada de los inmigrantes indocumentados de una zona geográfica, a otra de su frontera nacional, y al poner en práctica esta decisión induce a los migrantes a correr riesgos de muerte, estará colocándose entonces en una situación de contradicción entre su derecho soberano a controlar sus fronteras y a decidir su política de inmigración, por una parte, y, por otra, a romper el cumplimiento de la obligación contraídas internacionalmente mediante la aprobación y la ratificación de respetar los derechos humanos; obligación contraída, también en ejercicio de su soberanía. Ciertamente esta contradicción no implica que un país no pueda ejercer su derecho soberano a controlar sus fronteras cuando se ha comprometido a respetar los derechos humanos. Sólo quiere decir que las medidas que tome como parte de su política migratoria tienen que llevarse a la práctica en absoluto respeto de los derechos humanos, cuando esto ha sido un compromiso contraído en un instrumento internacional, cuya adhesión y ratificación se

hicieron también en ejercicio de su soberanía. En esta contradicción hay una paradoja, pues quiere decir que un Estado tiene el derecho soberano de autolimitar su propia soberanía⁷.

El esfuerzo por revertir una visión unilateral amparada en el dogma de la soberanía consiste en que cada nación asumía su propia visión interna sobre aspectos del Estado, lo que por supuesto incluía a los derechos humanos, visión que ha cambiado a raíz del impulso que ha tenido por la globalización y que ha obligado a los Estados a asumir compromisos en materia de derechos humanos a través de instrumentos internacionales que tienen carácter vinculante, y por ende, plena validez en los países firmantes que se comprometen a respetar los derechos humanos contenidos en textos internacionales que adquieren en esta nueva perspectiva una visión de supremacía sobre el derecho interno en aras de salvaguardar la dignidad del ser humano, lo anterior no implica el asumir la pérdida de soberanía de los Estados, solo que en materia de derechos humanos el carácter garantista es el que siempre tiene prevalencia, por lo que si el ámbito interno tiene una visión más protectora es el que se termina imponiendo sobre el derecho interno, la superposición de los derechos humanos en la cúspide de los ordenamientos jurídicos estatales como valores no es fortuita ha sido el resultado de la penetración de las relaciones económicas.

Jorge Bustamante ha manifestado que las relaciones internacionales de mercado vienen acompañadas de “reglas del juego” que dan certeza a los acuerdos económicos entre los Estados, estas reglas del juego no solo atienden a rasgos económicos y monetarios, también engloban como lo designa el autor, normatividades internacionales de derechos humanos, que son generalmente internacionales. Los países al estar obligados a cumplir el derecho internacional de los derechos humanos provocan que las relaciones internacionales en el mundo global: “...sea una fuente de derecho interno, en la medida en que los

⁷ Bustamante A., Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 169.

países involucrados se comprometen a cumplir los criterios internacionales entendidos como “reglas del juego”, cual es el caso de los derechos humanos.”⁸

Sobre el mismo tema el mismo autor ilustra claramente las complejidades que tuvieron que vivirse en la comunidad internacional para propiciar una nueva y más garantista atmosfera en materia de derechos humanos, que como se puede ver:

Este proceso resulta claramente ilustrado con el caso del *apartheid*, que fue defendido por el gobierno racista de Sudáfrica como una cuestión de carácter interno en la cual no tenían derecho a interferir otras naciones. Es decir, como algo inherente al ejercicio de su soberanía. Como sabemos, las luchas encabezadas por Nelson Mandela y la presión de la comunidad internacional dejaron claramente establecidos que no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos.⁹

Como se puede observar este nuevo paradigma de universalización de los derechos humanos, no estuvo exento de complejidades en la aceptación por parte de los países, pues conlleva extender los derechos humanos a todas las personas, justificando que la dignidad de la persona humana debe colocar a la persona en el centro del ordenamiento constitucional y jurídico del Estado-nación; pero lo que terminó siendo crucial fue el carácter de integración en materia económica que a la larga fue lo que permitió la viabilidad de estos nuevos acuerdos en materia de derechos humanos, pues como ya subrayó Jorge Bustamante la integración económica requirió de la aceptación de ciertas reglas del juego mínimas, una de ellas y muy importante fue el respeto a los derechos humanos que acordaron en normativas internacionales los países firmantes de pactos internacionales en materia de derechos humanos de carácter vinculante y de validez obligatoria.

⁸ Bustamante A., Jorge, *op. cit.*, p. 182.

⁹ *Ibídem.*

Para los mismos efectos de protección y salvaguarda de los derechos humanos en este cambio de paradigma tan importante es pertinente observar que las fronteras del Estado-nación tal y como ha sido delineado en el estado moderno han sido modificadas. Ciertamente que la soberanía estatal tiene como rasgo definitorio a la ciudadanía por usar una expresión de John A. Agnew.¹⁰ No en vano la filósofa Hannah Arendt ha calificado a la ciudadanía como “el derecho a tener derechos.”¹¹ Pues generalmente los migrantes en su condición vulnerable se ven excluidos de sus derechos básicos en los países de acogida.¹² Los flujos migratorios continúan dando forma a los aspectos socioeconómicos de nuestro tiempo, por lo que en el siglo XXI no es recomendable criminalizar la migración, una alternativa jurídica para evitar la discriminación y la exclusión de los migrantes y darles soluciones a sus situaciones migratorias producto de la desesperación ante las relaciones del capital, se trata de ciudadanos-no residentes, ciudadanos inmigrantes como los llama Agnew, algunos de jurisdicciones influyentes menciona,¹³ la repuesta para estos desafíos recae nuevamente en el Estado.

Es importante tener presente que el fenómeno migratorio se debe abordar desde la perspectiva de los derechos humanos al ser este un sector social y jurídicamente vulnerable en el entorno en el que se encuentra inserto y por ende los vuelve automáticamente en seria desventaja en la comunidad donde se encuentran realizando una actividad laboral, por eso dicha problemática requiere

¹⁰ Agnew, John, *Geopolítica, una re-visión de la política mundial*, trad: María D. Lois Barrio, Madrid, Trama Editorial, 2005, p. 75.

¹¹ Arendt, Hannah, *“The origins of totalitarianism,”* Nueva York, Harcourt Brace, 1979, p. 298.

¹² Se hace la aclaración de que la migración moderna es un fenómeno complejo que puede involucrar diferentes clases de migrantes: refugiados, asilados, inmigrantes, cfr. La brillante obra de Seyla Benhabib, *Los derechos de los otros*, quien plantea su tesis de membresía política: “Por membresía política, quiero significar los principios y prácticas para la incorporación de forasteros y extranjeros, inmigrantes y recién venidos, refugiados y asilados, en entidades políticas existentes.” Benhabib, Seyla, *The rights of others. Aliens, residents and citizens*, New York, Cambridge, University Press, 2004, p. 1.

¹³ Agnew, John, *op. cit.*, p. 75.

de un impulso serio y coordinado de los países que se encuentran vinculados en esta problemática, pues queda claro que el fenómeno de la migración debe verse a ambos lados de la frontera, que desde luego deja de ser asunto de un solo país para requerir la atención de la comunidad internacional involucrada en este fenómeno. Además es éticamente deseable que se atienda a la migración desde esta óptica pues son personas que con su trabajo y esfuerzo han contribuido social, cultural, y económicamente al progreso de las naciones, y si a todo esto agregamos que la migración es objeto de criminalización por la desventaja y carencia de empoderamiento social en la que se encuentran a raíz de la situación jurídica de carencia de derechos que guardan en las naciones donde se encuentran, ello hace que sea totalmente pertinente el abordaje de los migrantes desde una óptica de derechos humanos. Por virtud de ello se estima que:

Abordar la migración desde este enfoque ha servido para contrarrestar la perspectiva de la criminalización de la migración que ya ocurría a mediados de la década de los ochenta y se intensificó tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de América. Esta criminalización se expresa en las leyes y políticas que se encuentran en la intersección de la legislación penal y la legislación migratoria. Una de sus manifestaciones es la utilización del término migrante ilegal, mismo que atenta contra la dignidad humana y, en particular, contra el principio de igualdad. Desde un punto de vista de política migratoria, la utilización del adjetivo ilegal sirve de fundamento para que los Estados apliquen normas penales o de carácter sancionatorio a las personas migrantes o sujetas de protección internacional cuya situación migratoria es irregular, ya sea porque no cuentan con una autorización para ingresar o porque se excedieron del tiempo para el cual estaban autorizados a permanecer en un

determinado país. Sin embargo, la legalidad o ilegalidad no son atributos inherentes a las personas, sino a sus actos.¹⁴

Es preciso considerar, que los migrantes son un sector importante de la economía tanto de sus países de origen, como en el que desempeñan una función laboral, lamentablemente la criminalización de la que son objeto es a ambos lados de la frontera, donde son vistas sus necesidades con indiferencia por parte de la sociedad, lo que desencadena abusos, corrupción y una serie de conductas desfavorables a la persona del migrante, pero específicamente cuando hablamos del sujeto extranjero que por determinadas causas transitan o tienen su lugar de residencia en el país, hay un sector que muy particular que se encuentra en fuerte desventaja de quienes cuentan con la nacionalidad mexicana. Tales causas que los hacen ser diferentes y por ende en situación frágil respecto a los demás grupos sociales que se encuentran en otra situación son: falta de documentación que acredite su legal estancia en el país en tránsito; la marginación; el ser ajeno a la cultura, idioma y desconocimiento de la legislación del país¹⁵; su carácter de

¹⁴Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional*, México, 2013, p. 11.

¹⁵ Lo cierto y que debe quedar bien establecido es que el desconocimiento del migrante como persona en situación desfavorable queda completamente entendido para el caso de la relación México – Estados Unidos que son dos naciones que pese a guardar una vecindad no terminan por entenderse y comprenderse del todo pese a su vecindad. Como se ha encargado de señalarlo de forma notable y penetrante un estudioso de esta relación Alan Riding: “Probablemente en ningún lugar del mundo vivan, lado a lado, dos países tan diferentes como México y Estado Unidos. Al cruzar la frontera, digamos, de El Paso a Ciudad Juárez, el contraste es imponente: de riqueza a pobreza, de organización a improvisación, de sabores artificiales a especies picantes. Pero las diferencias físicas son menos importantes. Probablemente en ningún lugar del mundo dos vecinos se entiendan tan poco. Más que por niveles de desarrollo, los dos países están separados por lenguaje, religión, raza, filosofía e historia. Estados Unidos es una nación que apenas cuenta doscientos años y esta ya sobre el siglo XXI. México tiene varios miles de años y sigue sujeta a su pasado. En los últimos 150 años, México a podido conocer y sentir el poderío estadounidense: en el siglo XIX, perdió la mitad de su territorio a manos de su vecino del norte; en el siglo XX, se ha vuelto dependiente, en términos económicos, de Estados

incognito, pues no tiene un domicilio en terminos de derecho en el cual se puedan recibir notificaciones por parte de la autoridad y por lo tanto el miedo a ser descubierto por la autoridad de migración, toda vez que el sujeto migrante no tiene confianza en las autoridades, al temer ser deportado por ellas ante una eventual detención en una estación migratoria aunado a los abusos particulares cuando el sujeto intenta huir de su país: riesgo en la integridad personal, seguridad, libertad, condiciones de viaje y economía, todos estos factores suelen agravarse cuando estamos hablando de mujeres, niños, adolescentes, indígenas y personas de la tercera edad, que se vuelven fácil victima de delitos por las carencia con las que viajan, como es usual en este caso la falta de documentos. Esto se corrobora fácilmente por los constantes abusos por parte del crimen organizado, ya que la delincuencia ha visto en los migrantes una buena fuente de ingresos para sus actividades ilícitas, que suelen canalizar por actividades como el secuestro, trata de personas, extorción, explotación y trafico de mirantes. De forma que se escenifica una constante violación a los derechos humanos en una desafortunada

Unidos". Riding, Alan, *Vecinos distantes: un retrato de los mexicanos*, 2ª edición, México, Joaquín Mortiz, 2008, p. 11.

Por otra parte, y en relación a lo anterior, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en el cierre 2015 de su programa conjunto de migrantes en transito estableció para el caso de México lo siguiente: "México es un país que cuenta con un gran dinamismo en materia de migración debido a la cercanía que tiene con Estados Unidos de América, destino de muchas personas que diariamente arriesgan su vida para llegar. Según datos del Instituto Nacional de Migración, las y los migrantes provienen principalmente de países como Guatemala, Honduras y el Salvador, entre los más importantes; sin embargo, en los últimos años los migrantes se han vuelto un grupo vulnerable para las bandas del crimen organizado que han encontrado la forma de obtener dinero a costa de ellos". El mismo programa de Naciones Unidas establece los objetivos que se pretende lograr con el proyecto sobre los migrantes: "Mejorar la seguridad humana de los migrantes en transito a través del fortalecimiento de las capacidades de las instituciones gubernamentales y de la sociedad civil y Crear herramientas para el trabajo y reforzamiento de la protección de este grupo vulnerable, y generar cambios significativos asociados a las vulnerabilidades que enfrentan en el paso por territorio mexicano". PNUD, Programa Conjunto de Migrantes en tránsito, Disponible en:

http://www.mx.undp.org/content/mexico/es/home/operations/projects/poverty_reduction/apoyo-al-fortalecimiento-de-instituciones-gubernamentales-y-de-l.html.

contradicción a los compromisos internacionales que han suscrito los países en materia de derechos humanos, puesto que lo correcto sería atender los derechos humanos de los migrantes como una obligación de manera igualitaria entre nacionales y extranjeros, uno de esos casos es el de México y que desafortunadamente estos resultan quedar en la impunidad.

Este tipo de situaciones tan lamentables en materia de protección de los derechos humanos implican la necesidad de fortalecer la promoción de los derechos humanos y ciertamente de manera muy especial el acceso a la justicia para tutelar los derechos de las personas extranjeras, tal como lo hace ver la ratificación por parte del gobierno mexicano de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en el año de 1990, también se destaca la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados del año 2000 y la Ley General de Población. Además no se puede pasar por alto un dato muy importante en materia de derechos humanos que vino a generar un fuerte impacto en el foro jurídico mexicano por las implicaciones que tuvo la aprobación de una reforma que contempló el principio *pro personae* y el control de convencionalidad de los tratados internacionales:

...la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, establece que la jerarquía entre las normas constitucionales y los tratados internacionales de los que México es parte ya no es relevante para decidir qué norma debe ser aplicada en materia de derechos humanos. El criterio que prevalece para seleccionar la norma aplicable en determinada situación es el mayor grado de protección que brinda a la persona y sus derechos, lo que se conoce como principio *pro persona*. Además, el Poder Judicial, en todos sus

órdenes, debe ejercer no únicamente un control de constitucionalidad, sino también un control de convencionalidad.¹⁶

Este cambio en la Constitución le proporcionó nuevos y renovados parametros de interpretación constitucional al juzgador, donde el derecho se ve beneficiado con el rol que el derecho natural desempeña hoy día en la jurisdicción constitucional, principalmente esto se aprecia en el carácter creativo que guarda hoy la interpretación en esta etapa conocida como el Estado Constitucional al permitir aplicar la norma internacional que implique una mayor protección en los derechos del sujeto, por encima de la norma local, tal es el caso de los migrantes que como consecuencia de estos nuevos canones interpretativos se cuenta con ciertos precedentes importantes en materia de derechos humanos que nos hacen pensar en la posibilidad de otorgarle al migrante un mayor y más pleno acceso a la justicia, ya que desafortunadamente previo a la reforma no se contaba con este importante impulso que nos brinda el poder judicial.

En los últimos años también se han elaborado legislaciones importantes en materia de migración que vienen a concederle un impulso a la persona del migrante, tal es el caso de la Ley de Migración que logra ser publicada el 25 de mayo de 2011, donde se le dedica atención a los migrante al dotarlos de derechos con los que no contaba en el pasado los extranjeros como por ejemplo: derecho a la salud y la educación. Por otra parte, debe abordarse también un aspecto muy esencial como el derecho fundamental del migrante que es el contar con el principio del debido proceso y la oportunidad de ingresar quejas ante las comisiones de derechos humanos, temas de los que hablaremos más adelante en mayor profundidad.

2. Situación del sujeto migrante y su protección por parte del derecho internacional.

¹⁶ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional, op. cit., p. 13.*

El acreditado programa de Naciones Unidas, conocido con el nombre de Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, establece en su informe de 2014 una cifra alarmante que en el caso de las migraciones a nivel internacional, la cifra sobrepasa el número de 232 millones de personas, de las que una cantidad que ronda los 40 millones se encuentra en una migración ilegal, por carecer de documentos oficiales que acrediten su estancia de forma legal en un país diferente al de su origen de su condición de nacionales.¹⁷

Por lo que respecta a los flujos mixtos en materia de migración, que vienen a comprender el espectro de todo tipo de migraciones que tienen un sentido de irregularidad para las legislaciones nacionales, la descrita Organización Internacional para los Migrantes en su informe del año 2009 señaló lo siguiente:

La OIM define los flujos mixtos como movimientos de población complejos que incluyen a refugiados, solicitudes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes. Esencialmente, los flujos mixtos están relacionados con movimientos irregulares, en los que con frecuencia hay migración de tránsito, con personas que viajan sin la documentación necesaria, atraviesan fronteras y llegan a su destino sin autorización. Dichos movimientos tienen lugar en todas partes del mundo y también despiertan mucho interés en el público en general, especialmente cuando ocurren

¹⁷ El Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia, reconoce que la migración es una clase de vulnerabilidad que califica de vulnerabilidad transnacional: “Los migrantes se encuentran entre los grupos más vulnerables a una infinidad de riesgos y obstáculos. En 2013, 232 millones de personas vivían fuera de sus países de origen¹. Tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo, los migrantes, en particular los trabajadores indocumentados, se encuentran en situaciones vulnerables. Puede que se les excluya de las protecciones laborales normales y se les prohíba afiliarse a sindicatos locales. Puede que no tengan acceso a programas de protección social que les ofrezcan un sistema de amortiguación contra las vicisitudes del mercado laboral. Además, puede que estén sujetos a la discriminación racial, étnica y religiosa, así como a la exclusión social.” Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia, PNUD, Nueva York, 2014, p. 127.

tragedias, debido a las peligrosas condiciones a las que se enfrentan los migrantes en situación de tránsito, en el mar o en regiones fronterizas. Los flujos migratorios mixtos irregulares son un reto considerable para los Estados, no solo por que violan su prerrogativa soberana de determinar que ciudadanos son no nacionales pueden entrar en su territorio y bajo qué condiciones, sino también porque las personas que participan en esos movimientos son más propensas a sufrir privaciones, violaciones de derechos humanos y discriminación, y requieren por ello asistencia individualizada y especial.¹⁸

Otro aspecto vital sobre las migraciones se da en el caso de personas que viajan sin documentación oficial, lo que los expone a un sinnúmero de abusos a ambos lados de la frontera, pues ante la necesidad de arribar al destino previamente establecido por estas personas y a la vez evadirse de los agentes de seguridad encargados de la vigilancia de las fronteras toman rutas muy arriesgadas donde a menudo son víctimas de la delincuencia organizada que suelen secuestrar, asesinar o extorsionar a los migrantes, en otros casos los reclutan para actividades ilícitas de manera forzosa: explotación sexual, trata de personas y cargas severas de trabajo, todos estos casos bajo la presión de la amenaza y vigilancia total de los grupos delictivos. De esta forma lo que se ve en la realidad es que a medida que el migrante se aleja de su comunidad se vuelve más vulnerable a las situaciones ya señaladas, es sin duda inobjetable que las relaciones de migrantes frente a nacionales es una relación terrible en desigualdad de poder. En este punto, vale bien la pena una adecuada y pertinente observación general: el Estado de una u de otra forma es quien legitima este trato desigual entre el extranjero y el nacional, lo que se constata en el acceso a los bienes públicos que establece una diferencia que es capaz de marcar patentemente un

¹⁸Organización Internacional para las Migraciones, *Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM*, MC/INF/297, 2009, párr. 3. Disponible en: https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf.

régimen de privilegios a costa del maltrato a una minoría que no termina de ser bien vista en la sociedad, un ejemplo es el saldo de una de las acciones dirigidas a mitigar la migración ilegal, consistiendo en la instrumentación de una medida federal¹⁹ del estado de California en los Estados Unidos de América, la Operación Guardián:

La relevancia de definir a la operación guardián como una acción gubernamental diseñada por Estados Unidos –cuyo objetivo en su diseño inicial fue el desvío de la entrada de migrantes indocumentados a territorio estadounidense, pero cuyo resultado no previsto, aunque oficialmente reconocido, fue la fuerte sistemática de migrantes indocumentados –tiene que ver principalmente con la responsabilidad del Estado entendida en derecho internacional como una fuente de obligaciones internacionales, particularmente la de responsabilidad del daño. La relevancia entre el diseño de la operación guardián quedó reconocida expresamente asociada a las muertes de los migrantes desde el inicio de su puesta en práctica en 1994 en el informe de la dependencia federal del gobierno de los Estados Unidos conocida como *General Accounting Office (GAO)*, publicado en agosto de 2001 bajo el título *INS Southwest Border Strategy; Resource and Impact Issues Remain After Seven Years*. En las páginas 24 y 25 de este informe oficial se reconoce la asociación entre las acciones de la policía fronteriza y la ocurrencia e incremento del número de muertes de migrantes en las aéreas geográficas que cubren sus operaciones. Este reconocimiento oficial

¹⁹ cfr. Roldán Dávila, Genoveva, “El mercado laboral México- Estados Unidos,” en *México: pasado, presente y futuro, Tomo II*, México, Instituto de Investigaciones Económicas, Siglo XXI Editores, 1996, p. 149.

es suficiente para dejar establecido lo que se entiende en derecho internacional por responsabilidad del Estado.²⁰

El efecto de la dinámica que generó la operación Guardián sobre la persona de los migrantes en su intento por internarse en territorio de Estados Unidos teniendo como punto de origen México no fue de ninguna forma la disminución del flujo migratorio hacia Estados Unidos, sino la búsqueda por nuevas entradas hacia territorio Americano, en donde la ruta era más peligrosa generando por consecuencia un aumento severo en la muerte de personas que buscaban cruzar la frontera, en donde la responsabilidad era por supuesto también del gobierno mexicano, por causas como el modelo económico que al ser incapaz de generar riqueza e igualdad, obliga a la persona a correr riesgos por una esperanza mejor de vida, que desafortunadamente no logran todos los que logran cruzar la frontera. A esto hay que añadir que: "...la relación causal entre la política económica de México y la generación de los factores que producen esa oferta laboral, está en la base de una responsabilidad del Estado respecto de la emigración y, por ende, de una corresponsabilidad de México en las muertes de los migrantes en la frontera. La omisión del gobierno de México en el reconocimiento de tal corresponsabilidad, es un obstáculo para que la suspensión de la Operación Guardián pueda ser reclamable ante Estados Unidos."²¹

El nuevo orden internacional en materia de derechos humanos cambió de manera drástica como consecuencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, por el hecho de que ya el nuevo orden de cosas marca el cambio de la visión interna y soberana que se tenía antes de la reforma; ahora ante las violaciones que se puedan cometer en contra de la persona, esta se encuentra amparada también por los principios del derecho internacional de los derechos humanos que ya son obligatorios en su acotación para las autoridades de otro Estado, esto es lo que conocemos como Control de Convencionalidad que

²⁰ Bustamante, Jorge A, *op. cit*, p. 195.

²¹ *Ídem*, p. 204.

de forma clara y precisa queda fijado entre otras normatividades, por el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se encarga de señalar el principio pro persona, consistente en la posibilidad de aplicar la norma más garantista en beneficio de la persona, sin importar que este sea un principio del derecho internacional.

Tras este importante cambio de carácter estructural el cual fija un nuevo criterio en materia de derechos humanos, se considera que entramos a un proceso de integración al más alto nivel en materia de derechos humanos pues lo que se desprende claramente es la igualación que nace desde los textos internacionales y la Constitución entre los nacionales y los extranjeros ante la ley y el Estado. El factor decisivo de todo esto es el empoderamiento de la persona en materia de derechos humanos, lo que les genera mayores condiciones de defensa de los derechos del migrante al contar con igualdad ante la ley, lo cual, a la larga, les permite defenderse mejor ante eventuales violaciones de derechos humanos, que desafortunadamente aun se dan a menudo. Llegado a este punto hay que hacer mención de otro aspecto muy importante: el principio del debido proceso, del que nos ocuparemos a continuación, por ser una figura jurídica de importancia manifiesta para tutelar los derechos humanos de las personas vulnerables con mayor posibilidad de éxito.

3. Conceptualización del debido proceso

El concepto derecho al debido proceso ofrece algunas dificultades para investigarlo, debido a lo confuso que se presenta en la legislación. Por una parte, se observa como parte de las garantías del proceso, como un importante mecanismo de defensa del justiciable; pero consideramos que una buena forma de ubicarlo hoy día, es con la esencia de lo que implique tener un buen proceso, ya que no se puede pasar por alto, los requerimientos que en este aspecto establecen los tratados internacionales y las convenciones internacionales, las cuales hacen constancia claramente a ciertos requisitos de validez y eficacia de lo

que involucre un buen proceso, tales como: el derecho al recurso y el plazo razonable, entre otros.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos humanos se ha encargado de delimitar en el caso *Servellón García y otros vs Honduras*, los aspectos más esenciales y necesarios de un buen proceso, para lo cual nos permitimos transcribir la jurisprudencia de referencia del caso:

El debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (...) acto del Estado que pueda afectarlos (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC – 18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.) El artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal”, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos. El plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva (Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179). La función de los órganos judiciales intervinientes en un proceso no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva exige que los jueces que dirijan el proceso eviten dilaciones y

entorpecimientos indebidos, que conduzcan a la impunidad y frustren la debida protección judicial de los derechos humanos.²²

A la par de los criterios sobre la protección judicial del derecho al debido proceso pronunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en México el Poder Judicial Federal en una interesante jurisprudencia correspondiente a la décima época se ha encarga de delimitar el contenido de este importante derecho fundamental:

DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Dentro de las garantías del debido proceso existe un "núcleo duro", que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al "núcleo duro", las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de audiencia", las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.", sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta

²² Caso *Servellón García y Otros Vs. Honduras*.

formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.²³

3.1. Derecho al debido proceso. Su contenido

Como se puede ver el debido proceso obedece a la esencia del constitucionalismo, donde esta importante figura para el Estado de Derecho señala de manera muy sensata la forma en que debe ser sustanciado un procedimiento para no vulnerar los derechos humanos de los justiciables y si garantizarles todas sus garantías dentro de todas las fases del proceso.

Sin embargo el concepto de debido proceso como tal no se encuentra contemplado en la mayoría de las Constituciones americanas, pero con esa

²³ Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, febrero de 2014, p. 396.

salvedad es muy clara la idea de lo que pretende esta figura jurídica cuando se habla de debido proceso. Ciertamente, este es un concepto de origen anglosajón, que tiene como punto de partida la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que se encarga de señalar muy claramente los derechos de toda persona dentro de un proceso judicial; asimismo la enmienda catorce señala las limitaciones del ejecutivo para poder resolver los asuntos de los ciudadanos sin respetar el derecho al debido proceso.

Lo que se pone de manifiesto con estas ideas es lo importante que resulta ser la actuación jurisdiccional para un Estado de Derecho. En efecto esta garantía detalla el comportamiento que debe guardar el juez en todo procedimiento, además de comportarse con la debida razonabilidad en todas las decisiones que adopte dentro de la fase procedimental.

La etapa política en la cual se empieza a configurar embrionariamente el concepto del debido proceso es en el tránsito hacia la modernidad que marca claramente la lucha por libertad y la dignidad humana de la persona. En efecto para un conocedor y estudioso sobre los derechos humanos como Gregorio Peces Barba el sentido de devenir histórico de esta importante categoría jurídica reside en que: “Para la historia de los derechos fundamentales, este periodo es de suma importancia porque en él se formó esta idea. En los tiempos anteriores, aunque éste presente la idea de dignidad de la persona, no se concibe la realización de ésta a través del concepto de derechos fundamentales. Este es un concepto histórico del mundo moderno.”²⁴

Este periodo es fundamental para el progreso del hombre en sociedad, pues detalla los fundamentos que caracterizan el arribo a la edad moderna, la cual se caracteriza por la conquista del ser humano después de arduas batallas de una

²⁴ Peces Barba, Gregorio, “Transito a la modernidad y derechos fundamentales”, en Peces Barba, Gregorio y Fernández García, Eusebio (directores), *Historia de los derechos fundamentales*, tomo I, Madrid, Dykinson, 2003, p. 15.

dignidad en su persona, una libertad en todo sentido: económica, cultural, religiosa e intelectual, etc., todo esto da cuenta fácilmente del carácter marcadamente revolucionario que habría de propiciar muchos cambios que aun al día de hoy aunque no de manera fácil se sostienen en las tareas fundamentales del Estado de procuración e impartición de justicia; no se debe olvidar que en el devenir de más de dos centurias, diversas estructuras de tipo económico, social, cultural y política del mundo medieval fueron desapareciendo paulatinamente, aunque algunas se terminaron por adaptar para seguir ejerciendo una influencia en el futuro, pero todo este vacío estructural en el mundo moderno es colmado de manera progresiva con el nacimiento de nuevas estructuras políticas, económicas, sociales, culturales y políticas, entre las que ocupa un lugar fundamental la teoría y filosofía de los derechos humanos que a la larga culminan en cuanto al debido proceso, a darle forma y sentido como derecho fundamental principal de la persona, que por otra parte permite que guarde un carácter muy especial el Estado Democrático de Derecho, pues la única forma de entender estas tipologías estatales en el mundo moderno es a través del respeto de los derechos y garantías de las personas, asimilando esa prospectiva Florabel Quispe Remón proporciona una síntesis del trayecto evolutivo de la idea de los derechos humanos/fundamentales:

Con la llegada de la ilustración y la modernidad esos derechos se consolidaron como derechos humanos inherentes a la persona, que por el solo hecho de serlo, podían oponer frente al poder en garantía de su libertad. Luego, con el paso del tiempo y ante la necesidad de configurarlos en la norma positiva, los derechos fueron recogidos en las constituciones y en los principales textos normativos de los ordenamientos nacionales, pasando a ser considerados como derechos constitucionales o fundamentales. Su desarrollo se incrementó con la aparición de nuevos derechos aportados por el socialismo democrático y el liberalismo progresista, encaminados a complementar la libertad con el valor igualdad. Tras la Segunda Guerra Mundial estos mismos derechos empezaron a ser paulatinamente recogidos en instrumentos

internacionales y se les reconoció un alcance que superaba las fronteras nacionales, lo que los llevó a ser considerados como derechos humanos de las personas, independientemente de su nacionalidad, origen, sexo o cualquier otra circunstancia.²⁵

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla el derecho al debido proceso en el artículo 17, y como ya se pudo ver el Poder Judicial de la Federación ya delimitó este importante derecho humano, otorgándole la debida importancia para que desde la *carta magna* y una vez que queda aclarado que esta figura es un derecho humano, su aplicación como garantía para tutelar al máximo los derechos de los justiciables. Pues no se puede pasar por alto que la dignidad de la persona en el más amplio sentido es un condicionante importante para que se pueda hablar adecuadamente de un orden político con paz social, pues el debido proceso es una garantía que guarda una íntima relación con la tutela judicial efectiva, ambos como salvaguardas al más alto nivel institucional de los derechos de la persona.

Al mismo tiempo, se puede agregar que el reconocimiento del debido proceso como un derecho humano dentro de la Constitución implica ciertos compromisos para los órganos del Estado, ya que como bien señala Ferrajoli los derechos humanos:

Constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad “*en droits*”, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos como es la universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, así como su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los

²⁵ Quispe Remón, Florabel, *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 20

sustraer al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción.²⁶

Es así que el debido proceso tiene una naturaleza de derecho humano, lo que implica advertir que es un componente principal de primera categoría del ordenamiento jurídico – político del Estado mexicano, y que de manera progresiva ha ido perfilando su propia fuerza dentro de la normatividad jurídica y jurisprudencial, por lo que cualquier acto, norma u omisión que provenga de los órganos del Estado, de particulares o de cualquier otro sujeto, que cause una afectación a la esfera de derechos del justiciable deberá ser sancionado, previa garantía de un proceso justo para las partes.

El reconocimiento del debido proceso como un derecho humano hace que se constituya esta figura jurídica en un importante mecanismo que garantice los derechos de los justiciables dentro de un procedimiento frente a los órganos de poder estatal. Tan es así, que el debido proceso es el centro neuronal que se encarga de asegurar una correcta tutela de los derechos humanos. No se puede imaginar una buena salvaguarda jurídica efectiva de los derechos humanos de las personas por parte del Estado sin el respeto al debido proceso.

La garantía del debido proceso es el fundamento principal y de primer orden del Estado de Derecho. Para Osvaldo Alfredo Gozaíni el debido proceso es una importante garantía con que cuenta el justiciable para defender sus derechos humanos ante un tribunal:

Al observar que el proceso es una garantía abstracta anterior al conflicto, queremos indicar el sentido del derecho que preserva. Toda persona tiene derecho al proceso y a los jueces, al que puede recurrir sin egoísmos ni

²⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, trad: Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2001, p. 25.

exigencias solemnes cada vez que un derecho suyo sea afectado. Pero al mismo tiempo la garantía se torna completa cuando puesto el procedimiento en marcha es necesario evitar que las reglas esterilicen la protección o el derecho a la tutela, naciendo así el conjunto de garantías procesales que dan forma al debido proceso.²⁷

Sobre el particular, ya Eduardo J. Couture se ha manifestado con mucha solvencia sobre la trascendencia de que el proceso sea visto como una garantía constitucional, con todo lo que esto implica en términos garantistas para la persona. Así para el jurista Couture: “Las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora.”²⁸

El argumento de tipo garantista a favor de la persona consistente en elevar a rango constitucional las garantías del proceso, demuestra claramente que todo Estado de Derecho debe consagrar al más alto nivel jurídico las garantías procesales, con la finalidad de dotarlas de mayor fuerza en la praxis legal – procesal a favor de las partes.

A los anteriores argumentos se añade otro convincente formulado por Héctor Fix–Zamudio, quien retomando las reflexiones de Couture, y destacando la influencia de este en el derecho procesal y sus aportes garantistas a la idea del proceso, destaca lo siguiente:

Por el contrario, el derecho constitucional procesal es una rama del derecho constitucional, también de carácter reciente, con el propósito esencial, de estudiar en forma sistemática las instituciones procesales reguladas por las

²⁷ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Tratado de derecho procesal constitucional t. I*, México, Porrúa, 2011, p. 459.

²⁸ Couture, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 151.

disposiciones constitucionales, y que también se han calificado como garantías constitucionales de carácter procesal, y así como a Hans Kelsen se le considera como fundador de la disciplina paralela dentro de la ciencia del proceso, es al insigne procesalista Uruguayo Eduardo J. Couture, a quien le corresponde esta labor dentro del derecho procesal constitucional, si tomamos en cuenta de manera especial, su fundamental y clásico estudio sobre las garantías constitucionales del proceso civil, en el cual puso de relieve la regulación constitucional de los instrumentos procesales, al menos en el proceso civil, pero sus puntos de vista pueden extenderse sin la mayor dificultad respecto de las restantes ramas del derecho procesal.²⁹

III.II. El debido proceso en el Estado positivista decimonónico

Una forma muy usual por parte de la doctrina para definir el Estado positivista es la ley, ya que esta se caracterizaba por emanar del poder legislativo, y en ese caso el poder ejecutivo se encargaba de ejecutarla y el poder judicial tiene por función esencial y principal su sola aplicación, más no contaba con capacidades interpretativas el juez del positivismo decimonónico, constando en tal sentido el carácter prioritario que asumía el poder legislativo ya que era este el encargado de establecer lo que era el derecho, en tanto que los otros poderes tenían poderes netamente subsidiarios, ya que estos solo tenían una capacidad de actuar posterior al establecimiento de la ley, en ese caso estos poderes se limitaban a respetar su eficacia que le era otorgada por el poder legislativo.

Luiz Guilherme Marinoni, plantea que las repercusiones que acarreó una visión tan enmarcada en la centralidad de la ley, dificultó en ocasiones la correcta resolución de los conflictos, pues no debemos olvidar que la constante evolución que presenta la sociedad hace necesarias las transformaciones del derecho, pues:

²⁹ Fix – Zamudio, Héctor, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho constitucional procesal”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, número 30, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, p. 347.

Como se sabe, el Estado liberal clásico, frente a su finalidad principal de garantizar la libertad de los ciudadanos, estuvo marcado por una rígida delimitación de sus poderes de intervención en la esfera jurídica privada. La ley no debía tomar en consideración las diferentes posiciones sociales, pues el fin era dar igualdad de trato a las personas sólo en sentido formal. La ley debería ser, al mismo tiempo, clarividente y ciega. Este tratamiento igualitario es el que garantizaría la libertad de los individuos.³⁰

Lo que se puede ver es que en esta etapa del pensamiento jurídico el razonamiento se caracterizaba por su rígido carácter formalista, que buscaba establecer una marcada diferencia entre ser y deber ser, que Kelsen considero que en el campo de la teoría del derecho debía prevalecer el valor del deber ser por encima del ser, de esta forma el jurista austriaco se encargó de conducir al derecho por los derroteros del más puro formalismo jurídico, ya que para este el valor del formalismo era el que permitía el descubrimiento de la verdad objetivada en la norma, es por eso que es importante otorgarle un carácter formalista al objeto del derecho, ya que esto a la larga le otorgaría autonomía a la ciencia jurídica, particularmente de la moral del derecho, por tanto, para Hans Kelsen:

...debe señalarse que la relevancia de la interpretación para Kelsen va mucho más allá del restringido campo en el cual se le ha situado por la teoría tradicional. Kelsen elabora su TPD sobre la base de que el derecho es una experiencia interpretativa, en el sentido de la sociología comprensiva de MAX WEBER. Esto significa una revolución paradigmática profunda, porque logró sacar de la explicación de los fenómenos jurídicos del campo psicologista o fiscalista (que los vinculaba a la mera voluntad de quienes ejercen el poder) para situarlos en el campo de la experiencia hermenéutica social. Cuando afirma que las normas jurídicas son el sentido objetivo de actos de voluntad dirigidos a motivar el comportamiento de otros, está diciendo que la existencia de la ley se

³⁰ Marinoni, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, trad: Aldo Zela Villegas, Lima, Palestra, 2007, pp. 19 – 20.

basa en una hermenéutica de la experiencia socialmente compartida. Toda la TPD pretende ser una racionalización de las condiciones de posibilidad de esa comprensión.³¹

Pero las críticas al modelo formalista se dejaron sentir desde épocas muy remotas, pues Manuel Calvo García señala que Jhering:

...critica el formalismo jurídico del método de la jurisprudencia de conceptos por su alejamiento del valor práctico de las instituciones jurídicas. El "cálculo conceptual" había conducido a la ciencia jurídica por los derroteros de la abstracción lógica y la esencia universal del derecho, provocando un alejamiento cada vez mayor de la misma con respecto al mundo de la realidad y los intereses en juego. Por otro lado, este alejamiento del derecho de los valores pragmáticos y sociológicos habría llevado a una sofisticación tal del método jurídico que lo desmedido de sus sutilezas sólo tendría parangón con su carencia absoluta de valor práctico. Frente a este estado de cosas, Jhering reivindica el sentido práctico del derecho como norte de la ciencia jurídica, apuntando una tímida y contradictoria propuesta de jurisprudencia pragmática o sociológica, que posteriormente sería recogida por la jurisprudencia de intereses como alternativa al método jurídico tradicional. (...) El derecho, en consecuencia, sólo conoce una fuente: la finalidad práctica. La ciencia jurídica, según esto, no debe estructurarse lógicamente y hacer de la verdad, que es el objetivo del conocimiento, el objetivo o la medida de la acción: "la medida del derecho no es la verdad absoluta, sino la relativa del fin."³²

Estas ideas tan centradas en la ley encuentran conexión con las ideas de Montesquieu quien se encarga de detallar la idea del derecho como una ideología

³¹ Sarlo, Oscar, "Algunas observaciones sobre interpretación jurídica en Kelsen", en Clérico, Laura y Sieckmann (editores), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 382 – 383.

³² Calvo García, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 102 – 103.

de certeza que se anclaba en la norma jurídica, por eso el derecho sería pronunciado por el juez a la luz de los dictados de la ley, aun en aquellos casos en los que la ley pueda ser sumamente rigurosa, los jueces solo se limitan a actuar en este modelo jurídico como meros aplicadores de la norma jurídica.

Esta escuela de pensamiento jurídico propia de una determinada fase histórica delimitaba la actuación del juez a lo que establecía la norma afirmando esta forma el carácter fuertemente voluntarista de la ley, esto para Marinoni fue un primer paso para la pérdida del carácter ejecutivo de las resoluciones del juzgador, acotando con esto aún más la fuerza del juez, ante la desconfianza con la que se podía ver en el Estado Liberal al juzgador, pues en la medida en que las resoluciones judiciales tengan fuerza ejecutiva se fortalece la actividad jurisdiccional frente a los otros poderes, pero en la medida en que se límite esta fuerza se disminuye la fuerza del juez quedando a merced de los otros poderes, tal como señalamos a continuación retomando la reflexión de Marinoni:

Partiendo del presupuesto que la ejecución de las decisiones era función del ejecutivo, Montesquieu advirtió que si el poder judicial “estuviera ligado al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. En este sentido al juez, debería ser reservada solo la posibilidad de actuar mediante sentencia declarativa. Como esa función era simplemente de afirmación de la autoridad del legislador, Montesquieu concluyó, de modo lógico, que el poder del juez sería un *poder nulo*.³³

Por otra parte para Rodolfo Luis Vigo en clara sintonía con las reflexiones que anteceden este trabajo señala que el Estado Legalista encuentra su razón de ser con la lógica formal, que se caracteriza por lo siguiente:

El trabajo judicial específico en el EDL transitaba a través de silogismos deductivos, y por ende, bastaba conocer las reglas que a éstos regulaban. El

³³ Marinoni, Luiz Guilherme, *op. cit*, p. 25.

caso individual era una instancia del caso genérico contemplado en la ley, y así ese proceso deductivo podía cumplirse con las exigencias propias de los saberes teóricos (presidía de valoraciones, proporcionaba una certeza sin excepciones, etc. Es cierto que en Kelsen esa racionalidad formal de la exegesis francesa se convierte en irracionalismo o voluntarismo, en tanto el juez elige según sus valores que no son racionales (“la justicia es un ideal irracional”: diría Kelsen), pero de todas maneras el científico jurídico puede indicar las opciones que le deje la norma superior, aunque cabe que el creador de la norma finalmente se extralimite.³⁴

Reflexionar sobre el positivismo formalista propio del Estado decimonónico es hacer referencia a una vieja polémica que ha marcado el devenir de la teoría del derecho y la influencia que ha tenido esta en el campo jurisdiccional: formalismo vs antiformalismo, entre estas dos corrientes se ha mantenido siempre la jurisprudencia sin que al día de hoy se encuentre un pleno ganador, lo cierto es que el formalismo siempre ha permanecido vinculado a la idea de lo que expresa la ley, y en ese sentido se considera que el derecho justo por excelencia es el positivismo jurídico, por eso para Norberto Bobbio: “La concepción legalista de la justicia, se observa en su pureza de la siguiente manera: la ley positiva es justa por el solo hecho de ser ley (reducción de la justicia a la validez), es, en realidad, bastante rara: es muy a menudo un paradigma para los clasificadores de teorías y un blanco para los amantes de la polémica.”³⁵

Ahora bien, si el positivismo se caracteriza por su carácter formalista y su genuino apego al texto de la ley como condición de la justa legalidad, tenemos que aceptar que aplicado esta forma de pensar al derecho al debido proceso, implica ver esta garantía de una manera estrictamente legalista, por tanto lo más

³⁴ Vigo, Rodolfo Luis, *Constitucionalización y judicialización del derecho*, México, Porrúa – Universidad Panamericana, 2013, pp. 15 – 16.

³⁵ Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, trad: Ernesto Garzón Valdez, Madrid, Trotta, 2015, p. 87.

adecuado es desarrollar de la mejor manera legislativamente las garantías ajustándolas al texto jurídico – constitucional de tal forma, que a los operadores del derecho les sea lo suficientemente garantista la aplicación del derecho en forma de silogismo legal, sin embargo, como ya lo señalamos el formalismo y el antiformalismo se encuentran en un debate perenne, del cual nos da cuenta de forma muy certera Theodor Viehweg:

La abstinencia de legitimación del positivismo jurídico es, pues, comprensible y hace referencia a una problemática muy actual de nuestro tiempo. Por ello, hay que preguntar nuevamente qué es lo que realmente se presupone cuando se quiere mantener la actitud positivista. Lenin, decidido antipositivista, respondió al respecto: “El agnóstico es un positivista puro”, y añadió la advertencia: “Presta atención a los partidarios del nuevo positivismo.” Su constatación es probablemente correcta. Si supongo que el contexto en el que vivo es, en última instancia, inescrutable, no puedo, en modo alguno, atenerme a este contexto. Entonces es ocioso, por así decirlo, pensar en una realidad lejana; es más bien aconsejable permanecer en la realidad próxima, es decir, comenzar en los positivistas que se encuentran mucho más cerca.³⁶

La idea de fin en el derecho, es decir de su teleología es cada vez más admitida, por la influencia de nuevas corrientes y escuelas jurídicas; en virtud de que se ha ido aceptando gradualmente que perseguir fines en el derecho, en la ley y en la justicia, no excluye el enfoque normativo-formal de la norma; por otra parte, aceptar los fines o la teleología del derecho significa que se reconoce con empeño, que las causas del mundo del ser no pueden ser contrastadas como una realidad aislada de la norma que se aplicará para resolver las controversias que son objeto de tutela jurisdiccional por el juez. Es claro que la teleología del debido

³⁶ Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, trad: Jorge M. Seña, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 62 – 63.

proceso, no solo aplica a “fines o funciones”³⁷ del proceso, se manifiesta igualmente en el más elevado significado kantiano, que es el sentido de “intencionalidad”³⁸ de la teleología. Kant argumentaba “que la razón tiene su propio uso natural y se desarrolla para cumplir su propósito único.”³⁹ El debido proceso y su teleología se corresponden a un alto grado de tecnificación de los procesos jurisdiccionales para asegurar el correcto desempeño del proceso judicial y por ende que se respeten las garantías judiciales del justiciable. Su respeto y garantía coadyuva en el aseguramiento del Estado de derecho. Este modo de concebir el debido proceso implica la racionalización de todo el proceso jurisdiccional; porque se pueden observar los tres elementos de la teleología kantiana: fines y procesos, medios adecuados para llegar a esos fines y el tercero y más distinto: la intencionalidad. La teleología del debido proceso neoconstitucional procura la garantía de la libertad, la igualdad y la justicia en el proceso jurisdiccional.

4. El debido proceso en materia de migración

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha abordado esta problemática de la migración y los derechos humanos de estos en la perspectiva de las detenciones que sufren constantemente detenciones por su situación irregular en su documentación migratoria lo que hace que se genere constantemente una situación de criminalidad hacia la persona del migrante lo que lo pone en una situación muy vulnerable en cuestión de derecho frente a los nacionales.⁴⁰ La problemática se da cuando algunas naciones justifican la

³⁷ Formosa, Paul, Goldman, Avery, Patrone, Tatiana, “Introduction,” en Formosa, Paul, Goldman, Avery, Patrone, Tatiana, *Politics and teleology in Kant*, University of Wales Press, 2014, Cardiff, p. 3-4.

³⁸ *Ídem.*

³⁹ *Ídem.*

⁴⁰ En la Resolución 03/08 Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva europea sobre retorno, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Las normas internacionales establecen que la detención debe aplicarse solo de manera excepcional y luego de haber analizado en cada caso su

criminalización del migrante pues lo consideran un asunto de seguridad nacional, donde el migrante es quien pone en riesgo la estabilidad en seguridad nacional.⁴¹ En este sentido se considera que si lo que se busca es salvaguardar a la persona del migrante se tiene que poner atención en dar satisfacción a las garantías que señala el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, elaborando instrumentos normativos donde se ponga atención en la presunción de libertad con la que debe contar el migrante en tanto se desenvuelve el procedimiento migratorio.

En el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la

necesidad. En todos los casos, los estados deben evitar la prolongación excesiva de la detención y deben asegurar que sea lo más breve posible. Como establece el Derecho Internacional, los migrantes no deben ser reclusos en instalaciones carcelarias. El mantener a los solicitantes de asilo y a las personas privadas de libertad a casa de infracción de las disposiciones sobre migración en tipo penal no es compatible con las garantías básicas de los derechos humanos. Es necesario que los países proporcionen protecciones o garantías especiales a los migrantes que se encuentran en condiciones particularmente vulnerables. Cuando se toman decisiones respecto a niños y adolescentes debe considerarse en primer lugar el interés superior de ellos. Asimismo, las normas internacionales exigen la adopción de medidas especiales en el caso de personas que han sido sujetas a tráfico o que forman parte de algún otro grupo vulnerable.” *Resolución 03/08 Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva europea sobre retorno*, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <https://www.cidh.oas.org/Resoluciones/Resolucion.03.08.ESP.pdf>.

⁴¹ Amnistía Internacional en el documento: *La UE y los derechos humanos. Tener en cuenta el impacto de las políticas en las personas*, ha dejado patente su preocupación por la criminalización de las personas migrantes: “Además de la utilización desproporcionada de la detención como herramienta de “gestión de la inmigración,” la creciente criminalización de los migrantes irregulares es otra área de preocupación en la que se necesita que la UE asuma su liderazgo. El ejemplo más claro es el conjunto de medidas sobre seguridad aprobadas recientemente en Italia, según las cuales se considera que la presencia irregular de una persona migrante en su territorio constituye una circunstancia agravante en caso de que cometa un delito. La consecuencia es que la pena por un delito puede ser mayor si la persona que lo comete es un migrante en situación irregular.” Amnistía Internacional, *La UE y los derechos humanos. Tener en cuenta el impacto de las políticas en las personas*, p. 21.

movilidad humana en México del año 2013, la Comisión ha expuesto algunas de las situaciones que agravan la situación de los migrantes irregulares en México una de ellas ha sido la criminalización de la migración irregular:

...la situación de vulnerabilidad de los migrantes se ha agravado como consecuencia de que en el abordaje de la migración internacional, en particular de la migración irregular, las políticas adoptadas por muchos Estados han estado más enfocadas en la protección de la seguridad nacional que en la protección de los derechos humanos de las y los migrantes. Lo anterior se ha visto reflejado a partir de la implementación de políticas migratorias enfocadas en la criminalización de la migración, cual consiste en las leyes y políticas desarrolladas en la intersección entre la legislación penal y la legislación en materia migratoria.⁴²

Un detalle decisivo sobre las detenciones migratorias lo aporta el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes: “La entrada o estancia irregular nunca deben ser consideradas como delitos: ellas no son *per se* crímenes en contra de personas, propiedad o la seguridad nacional.”⁴³

En este sentido el uso de manera automática de la detención migratoria es contrario a los derechos humanos, pues no se está salvaguardando adecuadamente el derecho a la libertad personal, ya que la detención debe ser una medida excepcional, es por eso que se requiere hacer un esfuerzo por parte

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, 2013, p. 42.

Disponible en:

<http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf>.

⁴³ Asamblea General de las Naciones Unidas – Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes*, François Crépeau. 20ª Sesión, 2 de abril de 2012, párr. 13. Disponible en:

http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_en.pdf.

de los Estados donde se señalen medidas intermedias entre el derecho del Estado a controlar la migración y el respeto a la libertad personal con que deben contar los migrantes, máximo si se observa que muchas de las detenciones migratorias se llevan a cabo sin atender a las garantías procesales, lo que los ubica en una situación precaria de derechos humanos.

En el caso *Ferrer – Mazorra y otros vs Estados Unidos*, la Comisión estableció que se debe considerar de manera inicial la presunción de libertad, en tal caso, la detención migratoria debe ser la excepción y se justifica solo en caso de que sea legal y sin arbitrariedad.

Por otra parte, la Corte Interamericana, en el caso *Vélez Loor vs Panamá* al tratar el caso de la detención migratoria establece el derecho a la libertad personal, y en tal caso toda violación a este derecho se debe considerar de forma excepcional.

A) Derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente

La Comisión se ha encargado de sostener que toda detención migratoria debe atenerse a la legalidad de manera muy clara y con exhaustividad. La no atención a este criterio resulta grave para la persona del migrante al ponerse en riesgo la libertad personal, la vida, la integridad personal y la estabilidad familiar.

Esta garantía procesal se encuentra contemplada en el artículo 7.3 de la Convención Americana y en el 16.4 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Lo que dispone la Corte Interamericana es que toda detención aun y cuando fuese legal se considerara ilegal si el derecho interno se encuentra en contradicción con los principios del derecho internacional de los derechos humanos. Además, el Estado debe demostrar que la detención migratoria responde a los requisitos de: 1) perseguir un fin u objetivo legítimo, 2) razonabilidad, 3) necesidad, 4) proporcionalidad y 5) no discriminación. Según la

comunicación N° 560/1993 del Comité de Derechos Humanos: "toda decisión de mantener detenida a una persona debe ser examinada periódicamente a fin de evaluar los motivos que justifican la detención. En cualquier caso, la detención no debe prolongarse más allá del período para el que el Estado pueda aportar una justificación adecuada. Por ejemplo, el hecho de que haya habido una entrada ilegal tal vez indique la necesidad de realizar una investigación, y puede haber otros factores privativos del individuo, como la probabilidad de fuga y la falta de colaboración, que justifiquen la detención durante un período determinado. Si no concurren esos factores, puede considerarse arbitraria la detención, incluso si la entrada fue ilegal."⁴⁴

B) Derecho a conocer las razones de la detención

De conformidad con el artículo 7.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado se encuentra en la obligación de informar al afectado las causas y razones de la detención. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos humanos se ha encargado de establecer garantías mínimas para informar y notificar al sospechoso o acusado de las razones de la detención: "...se deben analizar los hechos bajo el derecho interno y la normatividad convencional, puesto que la información de los motivos y razones debe darse cuando ésta se produce y dado que el derecho contenido en aquella norma implica dos obligaciones: a) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención, y b) la notificación por escrito, de los cargos."⁴⁵

Básicamente es una garantía procesal también tiene entre sus fuentes de derecho internacional el artículo 9, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo al derecho de la persona detenida de ser informada de las causas de su detención; el artículo 16, párrafo 5, de la Convención

⁴⁴Comunicación No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997). Párr. (9.4.). Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/560-1993.html>.

⁴⁵ Caso *Fleury y otros Vs. Haití*.

Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares que contempla el derecho de los trabajadores migrantes y de sus familiares de ser informados en el momento de su detención de los motivos que conllevaron a ella. El mismo articulado dispone que sean enterados en el idioma de su comprensión y que sean notificados con prontitud de las acusaciones que se hayan prescrito. Esta garantía procesal involucra el derecho a ser asistido de intérprete, la titularidad de este derecho puede recaer ya sea sobre el detenido o acusado como lo explica García Roca.⁴⁶

C) Derecho al control judicial de la detención y la razonabilidad del plazo de la detención

Bajo la consideración y atención del principio pro persona, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala la necesidad de que la garantía del control judicial de la privación de la libertad considera que para el caso de las detenciones migratorias es necesario que se apeguen a los principios del control judicial. Así, lo que se pretende es que la revisión judicial se dé sin demora y garantizando el contenido de la ley y de los derechos del detenido.

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau ha insistido en que las garantías procesales como el derecho de la persona detenida a ser informada de las causas de su detención; el derecho de asistencia gratuita; el derecho de intérprete; el derecho de abogado; derecho a examen médico, son garantías relevantes en primera instancia y en la apelación.⁴⁷

⁴⁶ García Roca, Javier, "La propuesta de decisión marco sobre derechos procesales en los procesos penales a la luz del convenio europeo de derechos humanos, el tratado constitucional para Europa y las tradiciones constitucionales comunes", en Arangüena Fanego, Coral (Coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 64.

⁴⁷ *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, François Crépeau, A/HRC/20/24, Nueva York, Naciones Unidas, 2012, p. 6.

http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_sp.pdf.

Al extranjero aun incluso en situación irregular se le debe tutelar su derecho a la tutela judicial efectiva y beneficiarse de la justicia gratuita como han sostenido Olabuénaga, Ruiz y Torrado.⁴⁸

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau ha enfatizado en que: “la detención administrativa de los migrantes no debe bajo ninguna circunstancia ser indefinida.”⁴⁹ Propone medidas como plazo máximo de retención; casos de arbitrariedad en la detención en el supuesto de que solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados no tengan acceso a un recurso judicial. Menciona que transcurrido el plazo máximo el migrante deberá ser puesto automáticamente en libertad. Enfatiza que el migrante debe estar enterado aun si desconoce el idioma de su derecho al examen de la medida de privación de la libertad;⁵⁰ condiciones de aplicar la protección en virtud del principio de no

⁴⁸ Olabuénaga, Ruiz, J.I., Ruiz Vieytes, E.J., Torrado Vicente, T.L., *Los migrantes irregulares en España. La vida por un sueño*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1995, p. 70.

⁴⁹ A/HRC/20/24, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁰ El examen de la medida de privación de la libertad se despliega como una garantía procesal para la detención, en el supuesto de los migrantes que solicitan asilo, en base a los criterios de Human Rights Watch: “El principio general establece que los solicitantes de asilo no deben ser detenidos. Los mecanismos de supervisión alternativos a la custodia como por ejemplo la exigencia de presentarse de forma personal periódicamente, deben ser empleados como primera elección. La detención solo debe ser utilizada bajo circunstancias excepcionales y cuando es prescrita por la ley nacional en conformidad con los criterios internacionales. Además la detención debe realizarse de forma irrestricta bajo un procedimiento caso por caso con una revisión de las circunstancias personales del solicitante de asilo.” Human Rights Watch, *La otra cara de las Islas Canarias: violación de los derechos de los inmigrantes y los solicitantes de asilo*, Vol. 14, N. 1 (D), New York, 2002, p. 38. La Resolución (75) 3 Relativa a los aspectos legales y administrativos de la delincuencia entre los trabajadores migrantes del Consejo de Europa ante los problemas propiciados por la emigración de las personas de sus países de origen para conseguir puestos de trabajo en otros países y los desafíos de los países de acogida, realizó una serie de recomendaciones para los Estados miembros de Europa con el fin de no dejar al trabajador migrante en el supuesto de ser acusado en desventaja frente a otros acusados o condenados, por lo que apuntando a su difícil condición de trabajador migrante desglosa una serie de medidas, importando por lo que concierne a este trabajo: “evitar la prisión preventiva en el caso de un trabajador migrante acusado de una infracción, únicamente por la presunción de que no se presentará al juicio

devolución consagrado en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, otra de las medidas consiste en la aplicación del principio de proporcionalidad si no es tangible la expulsión.⁵¹

D) Derecho a recurrir judicialmente la detención

La Corte Interamericana ha dicho que quien debe decidir sobre la legalidad de la detención es un juez o tribunal, lo que implica que toda privación de la libertad debe ser bajo los adecuados causas judiciales, más aun la Corte ha dicho que debe ser un juez quien supervise si la autoridad administrativa llevo correctamente la detención en salvaguarda de los derechos humanos.

El artículo 9, párrafo 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de para que las personas privadas de libertad en virtud de detención o prisión recurran ante un tribunal para solicitar la decisión de la legalidad de la detención. El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau subraya algunos ejemplos de instrumentos regionales que tutelan ese derecho a saber: en el artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 14 de la Carta Árabe de Derechos Humanos y el artículo 5, párrafo 4, del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁵²

E) Derecho a asistencia consular

Es relevante destacar que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares obliga a los Estados a prestar ayuda y asistencia a los nacionales, sean personas

y sin un detenido examen de su situación particular de trabajador migrante.” “La Resolución (75) 3 (Adoptada por el Comité de Ministros el 21 de enero de 1975, durante la 241 reunión de los Delegados de los Ministros) Relativa a los aspectos legales y administrativos de la delincuencia entre los trabajadores migrantes,” en Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p.187.

⁵¹ A/HRC/20/24, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁵² *Ídem.*

naturales o jurídicas, así como de asegurar los intereses de los nacionales (personas naturales y jurídicas) en los de conformidad con el derecho internacional.⁵³ Este instrumento supone un marco de garantías procesales mínimas para los migrantes, que se reconocen en el artículo 36 del Convenio en comento que norma la comunicación de las autoridades consulares del Estado de origen del migrante, ya se encuentre arrestado en cualquier forma, detenido o en prisión preventiva, en suma el artículo inculca el contenido básico del derecho humano a la asistencia consular y de un derecho humano de contenido más específico que consiste en el derecho de los migrantes en situación de detención a la asistencia consular.⁵⁴

⁵³ *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, 24 de abril de 1963, 5. a) e).

⁵⁴ El artículo 36 sobre la comunicación con los nacionales del estado que envía de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se transcribe a continuación: "1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos

La Corte ha dejado muy en claro que de acuerdo a la Convención de Viena y de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias el sujeto migrante en una situación de detención tiene derecho a que se le informe a las autoridades consulares para que se encuentren enteradas de la situación del migrante, ya que la asistencia consular viene a ser un medio importante para la defensa del migrante, y en ocasiones esta asistencia es decisiva en el respeto de los derechos del migrante.

Por último el migrante cuenta con el derecho a una indemnización por los daños indebidos que le ocasionaron al migrante una merma de sus derechos humanos de acuerdo a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.