



**Universidad Autónoma de Chiapas
Instituto de Investigaciones Jurídicas
División de Investigación y Posgrado**



**“REGULARIZACIÓN POR RAZONES HUMANITARIAS: SU APLICACIÓN A
INMIGRANTES IRREGULARES VÍCTIMAS DE DELITOS”**

**Tesis que para obtener el grado de:
MAESTRA EN DERECHO**

Presenta:

Lic. Alejandra Domínguez Torres

Director de tesis:

Dra. María Elisa García López

Ocozocoautla de Espinosa, Chiapas, México; 2019.



Universidad Autónoma de Chiapas

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Ocozocoautla de Espinosa, Chiapas a 09 de noviembre de 2018

Dr. Carlos F. Natarén Nandayapa
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Autónoma de Chiapas
PRESENTE

Con At'n: Dr. Alejandro F. Herrán Aguirre
Coordinador de Investigación y Posgrado
Instituto de Investigaciones Jurídicas

A través del presente informo a usted que he dirigido, corregido y aprobado la Tesis denominada:

- **Regularización por razones humanitarias: su aplicación a inmigrantes irregulares víctimas de delitos.**

Correspondiente a la C. **Alejandra Domínguez Torrez**, alumna de la Maestría en Derecho, cuarta generación, misma que reúne los requisitos teórico-metodológicos necesarios para una tesis de doctorado. Por tal motivo libero y otorgo mi voto aprobatorio para continuar con los trámites respectivos.

Sin otro particular, le saludo cordialmente

Atentamente

Dra. María Elisa García López
Directora de Tesis



C.c.p. C. Alejandra Domínguez Torrez – Alumna de la Maestría en Derecho, cuarta generación. - Para su conocimiento.
C.c.p. C. Lucía Elena Fernández Zamora – Encargada de Control Escolar. - Para su conocimiento.

Índice.

Capítulo I

La migración irregular en México.

1.1 Migración irregular.....	1
1.2 Los inmigrantes irregulares como grupo en situación de vulnerabilidad.....	10
1.3 Los inmigrantes irregulares como víctimas del delito en México.	17
1.4 Derecho a la regularización.....	23
1.4.1 Estancia en calidad de visitante por razones humanitarias.....	28
1.4.1.1 Estancia en calidad de visitante por razones humanitarias para inmigrantes irregulares víctimas de delitos.	30

Capitulo II

Derechos de los migrantes.

2.1 Marco jurídico internacional para la protección de inmigrantes irregulares.....	33
2.2 Marco jurídico nacional para la protección de inmigrantes irregulares.....	56
2.3 Jurisprudencia en materia de migración.....	68
2.4 Amparo Directo por violar el derecho de Igualdad y No Discriminación a inmigrante irregular víctima de delito.....	78

Capitulo III

No discriminación para inmigrantes irregulares en México.

3.1 Principio de igualdad.....	82
3.1.1 Igualdad en sentido estricto o formal.....	91
3.1.2 Igualdad sustancial, material o real.....	93
3.2 Principio de no discriminación.....	92
3.3 Prohibición de discriminación para migrantes en México.....	99
3.4 Discriminaciones de jure y de facto.....	105

3.5 Prohibición de discriminación y su aplicación para inmigrantes irregulares víctimas de delitos.....	108
3.6 Test de igualdad y no discriminación.....	112
Conclusiones.....	126
Fuentes Consultadas.....	131

Introducción.

La migración es un fenómeno que ha existido siempre debido a la naturaleza humana. La migración es tan propia del ser humano que es parte del instinto natural de supervivencia y se refleja en la búsqueda de mejores condiciones de vida. En las últimas décadas se han intensificado las relaciones humanas en todo el mundo, lo que tiene por efecto el aumento de personas que deciden abandonar su país de origen. Actualmente, este fenómeno tiene efectos en todos los países y para todas las personas debido a la globalización en la que vivimos. De acuerdo al Departamento de asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, estimó en el 2017 que aproximadamente 258 millones de personas no viven en su país de origen, un incremento del 49% desde el 2000. Asimismo, el Consejo Nacional de Población de México durante el mismo año estimó que los migrantes representan el 3.3% de la población mundial, en promedio cada minuto, tres personas abandonan su país de origen para buscar refugio en otro país. El constante crecimiento de la migración produce que los Estados deban idear medidas de control, sin embargo, algunos optan por medidas demasiado restrictivas o que directamente sean prohibitivas. La realidad es que la naturaleza humana no se suprime a través de prohibiciones, a diferencia de las ciencias exactas donde puedes manipular a voluntad para obtener resultados exactos e inmediatos, las ciencias sociales y jurídicas son más complejas porque buscan formas de regular a las personas. Esta área no produce resultados exactos, mucho menos inmediatos, pero se busca tener el mayor impacto en la sociedad y que genere el mayor bienestar social posible. De acuerdo a Organización Internacional para las Migraciones este es un fenómeno que requiere de cooperación internacional debido a su importancia en la prosperidad económica, en el desarrollo humano y la seguridad, se prevé que la migración será de máxima prioridad en el futuro.

El reconocimiento de los derechos humanos a nivel internacional de las personas migrantes ha sido un proceso gradual. Actualmente México ante tal situación ha mantenido una postura de completo apoyo a los derechos humanos en materia de migración. Sin embargo, esto no lo exenta de tener problemas estructurales en materia de migración y de tener una sociedad que manifiesta tendencias xenofóbicas. Los derechos humanos de las personas que se encuentran fuera de su país de origen suelen ser un tema bastante polémico, esto se debe a conductas hostiles por parte de la sociedad receptora por considerarlos ajenos a ellos y a sus intereses nacionales. Los procesos administrativos migratorios a los que deben ser sometidas las personas migrantes también se enfrentan a constantes retos estructurales, sobre todo cuando están ante un fenómeno tan complejo como la migración irregular.

Las restricciones migratorias alteran el comportamiento de los flujos migratorios, pero no los elimina. En el caso de México, el INM señala que aproximadamente hubo 20 mil 943 personas presentadas en estaciones migratorias durante el primer bimestre del 2018, de ellas, más de 16 mil fueron retornadas a su país de origen. Todos los países tienen el poder soberano para decidir con base en su jurisdicción quienes pueden permanecer en su territorio, pero al mismo tiempo son responsables de las acciones y omisiones de sus autoridades, así como de los niveles de vulnerabilidad de los inmigrantes dentro de su territorio. Lo complejo en materia de migración es que se debe velar por los intereses propios del país sin dejar de lado la protección efectiva de los extranjeros. La política migratoria de México ha adoptado un enfoque de control a los flujos migratorios, pero se basa en el respeto y procuración de los derechos humanos, independientemente de la condición migratoria de la persona. Las políticas migratorias siempre tienen efectos sobre la forma de operar de los flujos migratorios, sobre todo en los flujos irregulares. Es bastante común que decidan transitar por zonas que representan una amenaza para su situación de vulnerabilidad.

La vulnerabilidad es un término que se asocia demasiado en materia de migración, sobre todo en el caso de los inmigrantes irregulares internacionales. Esto le exige al Estado mexicano idear medidas que logren subsanar situaciones de vulnerabilidad. Las acciones afirmativas que se decidan implementar de forma normativa y estructural deberán basarse en el principio de igualdad y no discriminación. A través del capítulo I se busca construir un panorama de la situación actual de la inmigración irregular en México y los desafíos a los que deben enfrentarse los inmigrantes irregulares que han sido víctimas de un delito. La realización de dicho capítulo fue posible por medio de las aportaciones de las organizaciones civiles dedicadas al estudio y atención de las personas migrantes. El papel que desempeñan las organizaciones civiles en materia de migración es de gran valor e importancia, debido a los datos reales que aportan y la atención que brindan. El último tema del capítulo I se enfoca en explicar el proceso administrativo para obtener la regularización por razones humanitarias en el caso de haber sido víctima de un delito

Posteriormente, en el capítulo II se enfoca al estudio del marco normativo internacional y nacional respecto al principio de igualdad y no discriminación, lo que permite entender de qué manera se aplica dicho principio durante el proceso de regularización y a que se encuentra sujeto México en materia de migración. El capítulo inicia con un antecedente histórico de los derechos humanos en el sistema universal, también se hace una breve mención de la consolidación de los derechos humanos en el sistema interamericano. Se estudian los derechos de estándar mínimo que deben ser reconocidos en materia de migración en todos los Estados y el reconocimiento por parte de la CIDH al derecho de igualdad y no discriminación como una norma de *ius cogens* en el sistema regional. El capítulo prosigue con el estudio del marco nacional y las políticas migratorias dirigidas a la atención de personas migrantes. No obstante, también se señalan las limitantes a los derechos de los extranjeros en México como parte de la protección a la soberanía nacional. El análisis al marco normativo nacional se centra en el derecho de igualdad para comprender su aplicación en la regularización por razones humanitarias. El

penúltimo tema se enfoca en el estudio de opiniones de la CIDH y jurisprudencia emitida por la SCJN respecto al principio de igualdad y no discriminación. Mientras que el último tema se enfoca en el amparo directo de la inmigrante irregular Cluida Quioto ante la SCJN, un caso que reúne todas las características sobre el reclamo de diferencias arbitrarias durante el proceso administrativo para la regularización por razones humanitarias en caso de haber sido víctima de un delito dentro de México.

Finalmente, el capítulo III hace un estudio del principio de igualdad y no discriminación desde su concepción doctrinal. La comprensión doctrinal de la igualdad permite identificar la esencia de este derecho, al igual que su forma de manifestación y la manera en la que se crea un verdadero estado de igualdad en la sociedad. Se entiende que la igualdad no es una cualidad directa de la persona, depende del contexto y de la pluralidad, tal es el caso, que se plantea comprobar si la regularización por razones humanitarias es una acción afirmativa que efectivamente responde como una herramienta para subsanar su vulnerabilidad como inmigrantes y como víctimas de delitos. Para robustecer dicho estudio se realiza un test de igualdad y no discriminación, a través del test se logra analizar si una restricción es adecuada con un derecho.

Regularización por razones humanitarias: su aplicación a inmigrantes irregulares víctimas de delitos.

Capítulo I

La migración irregular en México.

1.1 Migración irregular.

La migración es un fenómeno que ha existido siempre y no es exclusivo de algunos países. “*Es tan antiguo como el establecimiento mismo de las fronteras*”.¹ Por *migrante internacional* se entenderá a toda persona que se encuentre en un país o área geográfica distinta a la de su lugar de nacimiento.² La migración en el mundo ha alcanzado una gran complejidad e impacto ante la mayoría de los países, en algunos a mayor escala que en otros. La migración se manifiesta de dos formas, la *emigración* y la *inmigración*. La primera consiste en el acto y efecto de salir de un país para residir en otro, y la segunda, es el acto de ingresar a un país con la intención de residir en él.³ Esta actividad, la cual es considerada como un fenómeno, es una causa y efecto de la globalización. El constante desarrollo al que se enfrentan todos los países, ya sea a mayor o menor grado, puede abarcar varios aspectos de migración, pero no se debe olvidar que esto es parte de la misma

¹ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (OACDH), *Migraciones y Derechos Humanos. Mejoramiento de la Gobernanza basada en los derechos Humanos de la Migración Internacional*, Ginebra, Organización de las Naciones Unidas, 2013, p.7.

² Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, *International Migration*, 2013, Nueva York, ONU, 2013, p.7.

³ Ruíz García Laura, *El Derecho Migratorio en México*, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 21.

globalización en la que nos encontramos sumergidos. “*No existen sociedades sin cultura, como tampoco sociedades sin migración.*”⁴

La migración internacional hace unas décadas constituía para la mayoría de las personas involucradas un tránsito unidireccional y de un solo intento, las áreas de ciencias sociales coincidían en establecer que esa era la tendencia. Las teorías respecto a la migración se centraron por mucho tiempo en los factores de abandono de su país de procedencia y las razones por las que elegían al país de destino. Los estudios tenían un panorama más reducido, es decir, se concentraban solo en los efectos que generaban en la sociedad receptora y en los efectos sobre los mismos migrantes. Posteriormente se le dio mayor atención a las consecuencias que involucra todo el proceso de migración en los países de origen. Se comprendió la necesidad de analizar todos los aspectos que involucra una migración como un todo y no de manera disgregada. La migración en todas sus formas involucra factores sociales, culturales, económicos y políticos respecto al país de procedencia y el de destino.⁵ Otro de los enfoques al que no se le había prestado tanta atención es a la *transmigración*, un concepto de migración creado por las ciencias sociales. Es considerada como una forma de migración temporal, circular o transitoria. Consiste en desplazamientos recurrentes y continuos, la residencia no es fija, puede haber cambios en ella dependiendo de las necesidades e intereses del inmigrante. Además, las distancias siempre varían, pueden ser distancias cortas, mediadas o largas.⁶

El fenómeno de la migración está ampliamente asociado a penosos acontecimientos de sufrimiento y miseria, suelen ser vistos como procesos

⁴ Sanz, Nuria y Valenzuela, José, *Migración y Cultura*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, México, 2016, p.17.

⁵ Ludger, Pries, *La Migración Internacional en Tiempos de Globalización*, *Nueva Sociedad* 164, noviembre-diciembre 1999, p. 64.

⁶ *Ibíd.*

dolorosos a causa de factores económicos y sociales que impulsan a las personas a abandonar su país de origen para mejorar el nivel de vida en varios sentidos. No existe región en el mundo que se exente de la dinámica migratoria, es la naturaleza humana buscar condiciones óptimas de vida. Estas constantes formas de búsqueda conllevan a situaciones estructurales complejas, a que existan asimetrías económicas entre países, a la interdependencia económica y relaciones e intercambios entre ellos.⁷ Las causas por las que las personas deciden emigrar pueden ser muy diversas, por cuestiones económicas, de violencia, por trabajo, estudios, por unificación familiar entre muchos otros factores. Obedecen a muchas circunstancias distintas, lo que coincide son los procesos y formas de migración. “Cada clase social tiende a generar un tipo específico de migración en respuesta a los procesos económicos que los afectan”.⁸

Algunos de los aspectos de la migración pueden ser considerados favorables para el país receptor, como en el caso del *flujo de inmigrantes regulares*, es decir, todas aquellas personas que deciden emigrar a algún país del cual no son nacionales cumpliendo con los requisitos administrativos solicitados por el país de destino. Este grupo de inmigrantes genera beneficios en los aspectos económicos, laborales, académicos, etc. Sin embargo, la migración también representa aspectos complejos, como en el caso de los *flujos mixtos* de migración. De acuerdo a la Organización Internacional de Migraciones, es un fenómeno de naturaleza variable, con múltiples factores que impulsan los movimientos, donde las necesidades de las personas son varias, así como el perfil de cada uno de los involucrados. Se caracteriza por la irregularidad, surge cuando una persona decide ingresar a un país, residir o transitar en él sin cumplir las disposiciones normativas de migración

⁷ Consejo Estatal de Población, *Migración Mexicana hacia los Estados Unidos*, Segundo Trimestre del 2004, XII, N°.53, p.5.

⁸ Arzipe, Lourdes, *La Migración por Revelos y la Reproducción Social del Campesinado*, Centro de Estudios Sociológicos, El Colegio de México, México, 1980. p. 6.

del país receptor. La complejidad de este flujo migratorio se debe en gran medida a que emigran debido a las amenazas, las persecuciones, el secuestro, la extorsión, la violencia sexual, a las graves violaciones a los derechos humanos y a los problemas económicos. Esto propicia que tengan que abandonar su país de origen a causa de la precariedad en la que se encuentran viviendo. Buscan mejores oportunidades de vida a través del país al que ingresan, de manera que es usual que esta clase de inmigrantes se encuentren trabajando en el país de destino, aunque de forma clandestina. También buscan reunificación familiar, huir de la precaria situación económica y de violencia que enfrentan en su país de origen.

Los flujos mixtos han demostrado ser bastante dinámicos durante las últimas décadas, han aumentado exponencialmente a nivel mundial. Este fenómeno se ha definido en un contexto internacional como movimientos de población complejos, que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes. En el caso de solicitantes de asilo abarca a personas que huyen de su país de origen por motivos de persecución política, los refugiados son los que abandonan su país por persecuciones a causa de: raza, religión, nacionalidad o pertenencia de algún grupo social; deciden no volver por la existencia de peligro a su vida y seguridad. El resto de este flujo son personas en busca de un trabajo y oportunidades de vida inmigrando a otro país. Ahora, la construcción artificial y actual del término *flujos mixtos* se compone por tres tipos principalmente:

1. Por motivos políticos.
2. Por motivos de violencia.
3. Por motivos económicos.

Los flujos mixtos de migración comprenden a un conjunto de personas que se desplazan o en algunos casos huyen principalmente por los tres motivos mencionados anteriormente. En ocasiones su distinción suele ser complicada, esto se debe a que efectivamente pueden ser personas que huyen por el inminente peligro en el que se encuentran, pero también buscan trabajo y oportunidades de

económicas para su misma supervivencia. A pesar de ser construcciones artificiales en ocasiones suele confundirse con facilidad.⁹ Un elemento que permite diferenciar los tipos de migrantes del flujo mixto, es que los inmigrantes económicos suelen emigrar de manera voluntaria, toman la libre decisión. Mientras que los que huyen por riesgo a su vida no tuvieron opción de decidir. Una de las características por la que se suelen confundir es que las personas que huyen por cuestiones de un riesgo inminente a su vida, terminan siendo parte del trabajo informal, así que su impulso para inmigrar que en principio fue por violencia puede terminar visualizándose por cuestiones económicas. Se debe entender que el trabajo clandestino es parte de la misma búsqueda de su supervivencia.

América Latina se convirtió en un foco importante de migraciones a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, se transformó en una región donde predominan todas las formas de migración (emigración, inmigración y transmigración). Los países con problemas de desarrollo y seguridad suelen tener altos índices de emigración, hombres, mujeres, niños e incluso familias enteras deciden emigrar a pesar de los altos niveles de peligro a los que se exponen.¹⁰ La realidad a la que se enfrenta cada país suele ser diferentes en cada uno, son distintos los retos a los que se deben enfrentar en base a sus particularidades. Como en el caso de las medidas de regulación para los flujos irregulares migratorios que predominan en su territorio. El mayor desafío entre los países centroamericanos y México es la recepción de inmigrantes irregulares que buscan llegar a Estados Unidos y cada vez más permanecer en México.

En México este flujo se concentra en mayor número por los inmigrantes con motivos económicos, no siempre buscando a México como destino final sino como país de tránsito. Aunque, cada vez es mayor el número de inmigrantes que se

⁹ Derderian Katharine et al., *Respondiendo a los Flujos Mixtos de Migración: Una perspectiva Humanitaria*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San Paulo, junio de 2009. p. 107.

¹⁰ Ludger, Pries, *La Migración Internacional en Tiempos...* Op.cit., p. 62.

quedan residiendo en México, algunos porque lo definen como su destino final desde el principio. Ha aumentado la tendencia de los inmigrantes centroamericanos que no tienen definido en principio cual será el lugar de destino, solo se plantean abandonar su país de origen. De acuerdo a estadísticas del informe *Migrantes en México: Recorriendo un camino de Violencia*, 2016 de REDODEM. Inmigrantes que acudieron a los albergues e instituciones participantes registraron que en el 2014 que 18.8 % de inmigrantes irregulares no tenían claro cuál sería su destino final, en el 2015 fue el 19. 62 % y para el 2016 19. 66 %. Consideran que la imprecisión de esta decisión se debe a cuatro factores: por el peligro que representa el camino para llegar a la frontera con Estados Unidos y deciden asentarse en alguna parte de México por seguridad, a causa de los delitos y violaciones a sus derechos humanos lo que provoca que decidan quedarse donde puedan obtener algo de seguridad, conseguir vivienda y trabajo de manera que puedan evitar ser víctimas de algún delito. Finalmente, algunos son conscientes de los riesgos que implica salir de su país de origen y lo que implica el trayecto por México por lo que deciden viajar por lapsos y no de manera constante.

No es ninguna novedad mencionar que México es un país que abarca todas las dimensiones de la migración, esto se debe a cuestiones geográficas. Es un referente de migración internacional al manifestarse en las cuatro dimensiones dentro de territorio. Al ser un país de 1) *origen* de migración, con miles de connacionales que migran a Estados Unidos y en menor número a Canadá. Como país de 2) *destino*, al ser cada día mayor el número de personas que deciden residir en México. Como país de 3) *tránsito*, cuando inmigrantes, principalmente de Centroamérica transitan por su territorio con destino a Estados Unidos o Canadá. Como país de 4) *retorno* por la población que de manera voluntaria o involuntaria regresa a territorio mexicano (Estados Unidos suele deportar a los inmigrantes irregulares centroamericanos y sudamericanos de su país en la frontera norte de México). *“En la actualidad México se caracteriza por ser un país de origen, tránsito, destino y, cada vez con mayor intensidad, de retorno de migrantes. La dimensión que tienen estos fenómenos hace que México sea, dentro del continente americano,*

el país que refleja de forma más clara el carácter pluridimensional de la migración internacional".¹¹ Un punto clave es cómo decide reaccionar el Estado ante este fenómeno dentro de su territorio, como en el caso del creciente y dinámico flujo de inmigrantes irregulares que se encuentran bajo jurisdicción del gobierno mexicano. El creciente flujo de inmigrantes centroamericanos irregulares representa todo un reto de organización, sobre todo para lograr mantener el control sobre ellos respetando siempre sus derechos humanos.

Franck Düvell plantea que la *migración irregular* es una construcción social, política y legal, que existe a razón de los niveles de migración que la política pueda aceptar. Esta definición no se puede considerar como una creación intelectual, sino que ha sido construida a través de los mismos parámetros de la legalidad, esto significa que lo que alguna vez fue ilegal puede convertirse en legal, (como en el caso de México cuando a partir del 2008 el ingreso sin documentos dejó de ser considerado un delito penal y se convierte en una falta administrativa).¹² El discurso convencional de migración sugiere que la migración irregular se debe a problemas de control en las fronteras por la falta de seguridad, la realidad y lo que han demostrado las investigaciones en el tema de migración es que el verdadero problema es la falta de políticas migratorias adecuadas. Este término refleja en el sentido más amplio un acto que no va de acuerdo a lo que exige la ley para la entrada y salida de cada persona. Desafortunadamente, este término suele verse asociado con el comportamiento criminal o ilícito, investigadores en el tema de migración han argumentado que la noción de *inmigrante ilegal* es inapropiada ya que ninguna persona es ilegal. "Los *migrantes pueden estar dentro o fuera de la*

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, véase en; <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf>

¹² Düvell, Franck, Triandafyllidou, A., & Vollmer, B, *Ethical issues in irregular migration research in Europe*. Population, Space and Place, 2009.

irregularidad dependiendo del cambio de políticas".¹³ La irregularidad se refiere concretamente al estado de la persona, depende de las políticas del Estado al que han ingresado, puede ser debido a que el ingreso no acreditó los requisitos solicitados o por exceder el tiempo del tipo de estancia que le había otorgado. Mantener el registro de los flujos irregulares de migración suele ser complicado, los inmigrantes evitan ser detectados, los resultados de los estudios migratorios en ocasiones se ven muy limitados, especialmente en escalas globales.¹⁴

Los extranjeros que no cumplen con las disposiciones administrativas correspondientes son denominados por un sinnúmero de términos y expresiones. Sin embargo, el término más popular y usado era *inmigrantes ilegales*, por el hecho de ingresar sin cumplir los requisitos solicitados por el Estado receptor. Un término mal empleado cuando se determina que ninguna persona debe ser considerada como ilegal, este adjetivo mal empleado denotaba discriminación hacia las personas, de manera que se ha optado por otros términos que no conlleven a connotaciones discriminatorias, (como en el caso de México a este grupo se le denomina inmigrantes irregulares) no por ser políticamente correcto, sino por el hecho de reconocer a cada persona y a sus derechos sin importar la situación migratoria.

El Consejo Nacional de Población de México estima que los migrantes representan el 3.3% de la población mundial, en promedio cada minuto, tres personas abandonan su país de origen para buscar refugio en otro país.¹⁵ De

¹³ Düvell, Franck, Migration en; *Irregular Migration*, Data Portal, The bigger Picture, 2017, Traducción propia, véase en: <https://migrationdataportal.org/themes/irregular-migration>

¹⁴ Irregular Migration, Migration Data Portal, The bigger Picture, véase en: <https://migrationdataportal.org/themes/irregular-migration>

¹⁵ Consejo Nacional de Población, *Anuario de Migraciones y Remesas 2017*, México 2017, véase en: <https://www.gob.mx/conapo/documentos/anuario-de-migracion-y-remesas-mexico-2017>

acuerdo a datos de la Unidad Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación, en el año 2015 alrededor de 300 mil centroamericanos transitan por México con intención de llegar a Estados Unidos, de los cuales se detuvieron aproximadamente a 200 mil migrantes y se deportaron a 140 mil. Para el año 2016 ACNUR estimó que medio millón de inmigrantes en promedio transitan por México anualmente, principalmente los provenientes del triángulo norte de Centroamérica, (Guatemala, Honduras y El Salvador). Estos son los países con mayor emisión de inmigrantes irregulares en México debido a la cercanía geográfica. La frontera sur de México tiene una extensión de 1139 kilómetros, de los cuales 962 son con Guatemala y 176 con Belice, de los 172 puntos de internación con los que cuenta México, 48 se encuentran a lo largo en la frontera sur.¹⁶ La mayor parte de los migrantes en situación irregular que ingresan por la frontera sur de México proviene de Centroamérica, especialmente de la zona anteriormente mencionada, (triángulo norte).

Es importante el estudio de la *tipología*¹⁷ en materia de migración, debido a que con su clasificación se logra reconocer el nivel de vulnerabilidad al que se encuentran expuestos y las atenciones especializadas que requieren. En cuanto a los flujos de inmigrantes irregulares, ha significado una creciente preocupación a nivel internacional y nacional, especialmente el aspecto de la protección los derechos humanos de todo inmigrante sin importar su condición dentro de cualquier Estado. La normativa migratoria internacional y nacional pretenden regular a los flujos de migración, así como una protección efectiva a los derechos humanos, lamentablemente sigue prevaleciendo la anomia en algunos puntos geográficos.

¹⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Referencias Geográficas y Extensión Territorial de México*, véase en: http://www.inegi.org.mx/inegi/SPC/doc/internet/1-GeografiaDeMexico/MAN_REF-GEOG_EXTTERR_VS_ENERO_30_2088.pdf

¹⁷ Ciencia que estudia los tipos o clases con fines explicativos o expositivos.

La migración internacional presupone una interdependencia entre los actores internacionales. Francisco Villegas señala de forma sencilla que, los hombres son creados iguales, sin embargo, no todos los Estados son creados de la misma manera. En ese sentido, los Estados débiles, es decir, poco desarrollados llegan a crear una dependencia de Estados con mayor grado de poder.¹⁸ La existencia de interdependencia entre los Estados genera que, para alcanzar resultados óptimos no podrán hacerlo a través de acciones o medidas unilaterales, es necesaria la colaboración ante los retos que supone la migración irregular. Puede afirmarse, que las relaciones interdependientes en las que no se ideen políticas migratorias adecuadas pueden terminar provocando sensibilidad y vulnerabilidad hacia los inmigrantes. La migración es cada vez más intensa, lo que produce que los Estados tengan que idear formas de control y protección respecto a estos colectivos. Controles que permitan proteger los intereses del Estado sin violentar los derechos humanos de los extranjeros.

*“...es muy difícil encontrar otro fenómeno mundial que encuentre en las ciencias humanas un escenario tan urgente de estudio como lo es el binomio de cultura y migración. El reto es entender si las ciencias sociales cuentan con las metodologías adecuadas para su investigación y acción”.*¹⁹

1.2 Los inmigrantes irregulares como grupo en situación de vulnerabilidad.

La vulnerabilidad, en sentido amplio, proviene del latín *vulnerabilis*, es definida como la probabilidad de ser herido o recibir una lesión física o moral. La vulnerabilidad en el área de migración ha surgido con un enfoque teórico emergente, abarca diversas formas de manifestación, sus niveles de afectación siempre pueden

¹⁸ Villegas, Francisco, *“Análisis de las Relaciones Asimétricas”, Interdependencia ¿Un enfoque útil para el análisis de las relaciones México-Estados Unidos?*, Colegio de México, México, 1990. p. 84.

¹⁹ Sanz, Nuria y Valenzuela, José, *Migración y Cultura...Op. cit.*, p.18.

variar y puede afectar a una persona directamente o también a todo un *grupo social*.²⁰

La vulnerabilidad es un término sumamente complejo, el cual significa la posibilidad de un daño a la condición mortal del ser humano. Puede abarcar varios aspectos, pero en este caso nos referiremos a una dimensión social, donde el punto clave es el reconocimiento de los vínculos entre los seres humanos. El término de *grupos en situación de vulnerabilidad* se usa para nombrar a un grupo de personas o sectores de población que por condiciones del medio donde se desarrollan, características de identidad, acción u omisión de los organismos del Estado se ven privados del goce y ejercicio de sus derechos, lo que imposibilita la satisfacción de sus necesidades. Para esta definición es necesario tener en cuenta todas las dimensiones que abarca como: la histórica, la social, la jurídica y la cultural para su creación. Son un grupo de personas que históricamente han padecido discriminaciones o menoscabo a sus derechos, esto provoca que necesiten políticas activas que garanticen sus derechos a través de su reconocimiento, respeto a su identidad, las condiciones en las que se encuentran, acceso a sus derechos sin discriminación. De manera que se debe aceptar el hecho de que estas características producen necesidades especiales y deben ser atendidas para poder empatarlos ante la sociedad.

La vulnerabilidad no está exclusivamente asociada a la condición propia de cada persona, sino también a las condiciones del medio donde se encuentran

²⁰ Iris Marion Young establece que el término *grupo social* se le puede entender de dos formas: la primera, lo distingue como un mero conjunto, agregado o agrupado; en la segunda forma, las personas que lo integran tienen un vínculo estrecho por identificarse con una identidad colectiva, tales como historia, lenguaje, tradición o experiencias en común. Mientras que el primero solo es empleado como una forma de calcificación convencional, el segundo se refiere a toda una experiencia colectiva de carácter social.

desarrollándose (aspectos sociales, económicos, ambientales, políticos, culturales etc.) En este sentido, surge lo que conocemos como grupos vulnerables o bien, poblaciones vulnerables, es decir, un grupo de personas que en base a ciertas características físicas o al tipo de medio en el que se desarrollan les supone condiciones de vulnerabilidad. Ciertamente están en una situación susceptible a sufrir algún daño, ya sea por su condición como persona o el medio en el que se encuentran. La CEPAL considera que está existe a través de las relaciones sociales y que es identificada por ciertos criterios como los factores contextuales que los hace más propensos a enfrentarse a situaciones adversas para su inserción social y desarrollo personal.

Gustavo Busso, señala que la vulnerabilidad es un proceso multidimensional que conlleva a la posibilidad de un riesgo, daño y/o lesiones para un individuo, el hogar o para toda una comunidad. Plantea que la vulnerabilidad social hacia ciertos colectivos puede manifestarse de varias formas, ya sea como fragilidad e indefensión respecto a cambios en su entorno y ante el desamparo institucional del Estado a causa de su falta de fortalecimiento sistemático. También influye la debilidad interna, es decir, cuestiones personales del individuo y la situación en su hogar, lo que puede paralizar, incapacitar y desmotivar a la persona provocando que no pueda pensar en estrategias y acciones a futuro que le permitan mejorar su bienestar. En este sentido ambas causas, ya sea, por factores de su entorno y a casusa de la falta de medidas por parte del Estado se puede aumentar el nivel de indefensión. La vulnerabilidad funciona de forma relacional, es decir, para que se entienda la vulnerabilidad se debe entender respecto a que se es vulnerable. Por tanto, es bastante común que haya una gama amplia respecto a este término, tiene concepciones en lo social, psicosocial, jurídico, político, cultural, demográfico, entre muchos otros más.²¹ Pero es necesario señalar que todos los seres humanos, así

²¹ Busso, Gustavo, *Vulnerabilidad Social: Nociones e Implicaciones de Políticas para Latinoamérica a Inicios del Siglo XXI*, Comisión Económica para América latina y el Caribe, CEPAL, Chile, junio 2001.pp. 8-9.

como todas las comunidades son vulnerables, lo que varía es el grado de vulnerabilidad y respecto a que se es vulnerable.

Para Jorge Bustamante, la vulnerabilidad en el caso de los derechos humanos de los migrantes, es una cuestión de naturaleza estructural y cultural. Su vulnerabilidad se desprende del hecho de no ser ciudadanos. Ahora, desde una perspectiva cultural, la vulnerabilidad está relacionada con elementos como los estereotipos, prejuicios, racismo, xenofobia, ignorancia y discriminación institucional. Factores que tienden a generar un trato despectivo y con desdén hacia los extranjeros (en el caso de México principalmente hacia los inmigrantes provenientes de Centroamérica), lo que puede agravar el nivel de vulneración es el género, la edad y el estatus irregular de migración. En consideración a lo anterior Bustamante define la vulnerabilidad como la *“condición de impotencia que se deriva de una asimetría de poder frente a otros que es sancionada por el Estado”*.²²

No contar con los requisitos administrativos de ingreso, ni permisos para transitar o residir dentro del territorio mexicano provoca que deban permanecer o trasladarse en zonas controladas por grupos delictivos, esto genera que sean invisibles para el gobierno y un blanco fácil como víctimas de delitos. Mantenerse en las sombras y su estado irregular produce en gran medida que las políticas migratorias actuales no puedan responder a sus problemas, por la poca seguridad que puede proveer el Estado a las personas que transitan o residen dentro de su territorio, la falta de capacidad de las instituciones, así como la falta de capacidad de los agentes encargados de su seguridad. Sin olvidar que en muchas ocasiones los inmigrantes irregulares desconocen que su estado es no es un delito penal, sino una falta administrativa, que independientemente de su estado, sus derechos humanos deben ser protegidos, que cuentan con capacidad para usar los

²² Bustamante, Jorge, *El Marco Jurídico de la Migración y Derechos Humanos de los Migrantes*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 11.

mecanismos de protección judicial del Estado y en los casos que contempla la Ley de Migración, existen casos específicos en los que podrán regularizarse.

*“El inmigrante irregular es presentado o como una víctima de la explotación (víctima del tráfico) o como un abusador del sistema. Esto refleja un amplio discurso de migración en donde separa a los extranjeros en buenos y malos migrantes.”*²³

Una realidad sobre los inmigrantes como grupo vulnerable es que esa posición depende en gran parte de la opinión pública, en el caso de los migrantes irregulares siempre ha prevalecido una criminalización hacia ellos por parte de la sociedad, este hecho abarca en ocasiones a los agentes del Instituto Nacional de Migración y a la misma ley con procesos eufemísticos que provocan discriminaciones que terminan vulnerando el acceso a ciertos derechos humanos, (como en el caso del acceso a la justicia y a un debido proceso). Para que la sociedad reaccione ante ellos de manera positiva o pueda aceptarlos deberán ser lo que Bridget Anderson define como los *buenos inmigrantes irregulares* y ¿cuál es el inmigrante irregular bueno? Es aquel que necesita ayuda por ser víctima del tráfico, pero en un nivel tan grave que es incapaz de reclamar sus derechos por sí mismo, que no tenga opciones para elegir su destino, los que no estén en una posición tan peligrosa no pueden ser victimizados.²⁴ Lo que implicaría que no generen empatía para la sociedad, no serían aptos para usar los instrumentos judiciales y administrativos del Estado y la ley no podría hacer mucho por ellos al no ser víctimas de un delito grave, deben sufrir a grandes dimensiones para ser rescatados por el Estado. Los inmigrantes con sentimientos de enojo y resentimiento que elijan reclamar por si mismos un derecho no son víctimas del todo

²³ Bridget, Anderson, *Illegal immigrant; victim or villain?*, Traducción propia. ESRC Centre on Migration, Policy and Society, University of Oxford, 2008.

²⁴ *Ibíd.*

para la sociedad y en ocasiones para el mismo sistema, incluso lograr que los reconozcan como víctimas llega a ser complicado.²⁵

¿Por qué es importante identificar las principales áreas de tránsito de los flujos migratorios? Esto se debe al riesgo inminente al que se ven expuestos los inmigrantes irregulares a causa de la violencia, desastres ambientales y los posibles escenarios a los que se puedan enfrentar por su estatus dentro del país. El sistema de migración en México es complejo, los inmigrantes irregulares son un grupo propenso a sufrir violaciones de derechos humanos. Es necesario señalar que actualmente en la región de Centroamérica se vive una situación de violencia severa lo que ha generado una crisis de refugiados en dirección a países del norte. Los gobiernos centroamericanos principalmente los del triángulo norte (Guatemala, Honduras y El Salvador) justifican que sus connacionales huyen por motivos meramente económicos y no por razones de violencia, homicidios, amenazas, extorsiones e intimidación con un patrón cotidiano, sin embargo, la realidad es que abarca todos los factores anteriormente mencionados. En consideración a lo anterior deciden emigrar de su país de origen en busca de mejores oportunidades de vida, lo que representa que transiten por territorio mexicano para llegar a Estados Unidos, aunque últimamente ha sido más recurrente que el destino final sea México. Ya sea por tránsito o como destino final los inmigrantes irregulares siguen enfrentándose a altos riesgos de homicidio, secuestro, extorsión, violencia sexual, trata de personas y otros delitos, esto por parte de bandas delictivas, crimen organizado en México y lo más alarmante, incluso por las mismas autoridades mexicanas.

“Es pertinente, al respecto, lo señalado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución sobre protección de los migrantes, según la cual debe tener presente la situación de vulnerabilidad en la que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus

²⁵ *Ibíd.*

Estados de origen y a las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular”.²⁶

De acuerdo a datos del informe de investigación denominado “El Acceso a la Justicia para personas migrantes en México”, por parte de organizaciones civiles (Red Migrante Sonora, Hermanos del Camino, La 72 hogar-refugio para migrantes, Casa del Migrante, Fundación para la Justicia y el estado democrático de derecho, FUNDAR y WOLA) dedicadas a la protección de migrantes, realizado en julio de 2017, la impunidad en delitos contra migrantes en México es alarmante. Según cifras oficiales durante el periodo de 2014 a 2016, de un total de 5,824 delitos contra migrantes en Chiapas, Oaxaca, Tabasco, Sonora, Coahuila, y a nivel federal, solo existe evidencia de 49 sentencias, un equivalente a impunidad del 99 por ciento.²⁷ Los inmigrantes irregulares son un grupo en constante vulneración a causa de su condición, debido a su estado irregular, lo que los coloca en una posición de criminalización, no se debe exclusivamente a algunos efectos en el sistema que produce la Ley de Migración, influye en gran medida la percepción que mantiene la sociedad, la segunda serían las condiciones del medio en el que se encuentran, siempre en la sombra por su medio irregular de ingreso a México. Las situaciones de riesgo en el país son constantes y nadie se encuentra exento, pero no es la misma situación cuando un nacional o inmigrante regular exige la reparación de un daño a cuando un inmigrante irregular lo hace. Este último está mucho más expuesto, en la mayoría de los casos son personas de bajos recursos, con bajo nivel educativo y en ocasiones el español no es su lengua madre. Estos como denomina Briget Anderson, son los malos migrantes porque están exigiendo sus derechos por decisión propia, lo que desencadena el rechazo social en la mayoría de los casos,

²⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000.

²⁷ The Wasington Office on Latin America, *El Acceso a la Justicia para Personas Migrantes en México, un Derecho que existe sólo en papel*, julio de 2017.p. 4.

los convierte en aprovechados del sistema del Estado y de los impuestos que ellos no pagan por ser ajenos al país.²⁸

Ciertamente, son varios los factores los que complican que la sociedad los acepte como un grupo en situación de vulnerabilidad. A pesar de la resistencia social, para el Estado es necesario identificar los tipos y condiciones que originan el estado de vulnerabilidad para cada individuo, grupo social y comunidades. Se deben reconocer las fuentes de su debilidad y en base a ellas crear estrategias que permitan hacer frente a esas condiciones.²⁹ La vulnerabilidad esta relaciona con la capacidad del Estado, depende en gran medida de las acciones que decida efectuar para contrarrestar el estado de vulnerabilidad de las personas en su país.

1.3 Los inmigrantes irregulares como víctimas del delito en México.

La víctima del delito es una figura que ha existido a lo largo de la historia, en algún momento considerada desde una perspectiva secundaria, donde solo contribuía a la integración de la culpabilidad de quien cometía el delito. La víctima adquirió mayor protagonismo de manera gradual, a raíz de la necesidad vital de supervivencia y de la protección de la *dignidad humana*³⁰ de cada persona. Así,

²⁸ Briget, Anderson, *Illegal immigrant; victim or villain?* ESRC Centre on Migration, Policy and Society, University of Oxford, 2008.

²⁹ Busso, Gustavo, *Vulnerabilidad Social: Nociones...* Op.cit., p. 27.

³⁰ La dignidad humana, es un concepto que figura en el aspecto legal, lo ético y lo político. Un discurso que compromete el valor del estado humano. Puede tener varios significados en las distintas áreas, pero en el campo normativo implica una justicia a través del respeto a sus derechos humanos y a sus principios. De manera breve y en palabras de Eusebio Fernández, “es *el derecho a tener derechos*”. Fernández, Eusebio. “Dignidad y derechos humanos”; en Soriano Díaz, Ramón; Alarcón Cabrera, Carlos y Mora Molina, Juan (directores y coordinadores).

como la necesidad de que haya una reparación del daño que ha sufrido y dejar de ser un testigo silencioso durante el proceso penal. Israel Kraphin plantea que el concepto de víctima puede ser visto de dos formas, la primera como el sacrificio para una deidad y la segunda como “...*persona que sufre o es lesionada por otra que actúa movida por una gran variedad de motivos o circunstancias*”.³¹

Actualmente, la disciplina jurídica que responde al estudio y necesidades de las víctimas de delito es la victimología. Acuñada en 1937 por Benjamin Mendelsohn, definiéndola como ciencia de la víctima y planteando toda una metodología en la materia, posteriormente para 1947 le da el término de *victimología*.³² Mendelsohn la definía como la personalidad de un individuo o de la colectividad y puede verse afectada por consecuencias sociales de sufrimiento, las cuales pueden tener un origen diverso, puede abarcar desde lo físico, psíquico, económico, político o social. Una definición formal de víctima de delito es: “*persona que sufre los efectos del delito. Quien padece daño por culpa ajena o por caso fortuito*”.³³ En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder es definida como: “*personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los*

Diccionario crítico de los derechos humanos. La Rábida, Universidad Internacional de Andalucía, 1ª ed., 2000, p. 94.

³¹ Kraphin, Israel “Víctima” en; Champo, Mihael, *La Víctima en el Derecho Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3104/13.pdf>

³² Hernández, Leticia, *Victimología*, Universidad Autónoma de México, México, 2011, p. 4.

³³ Díaz de León, Maco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, 2a. ed., México, Porrúa, t. II, 1989, s.v. “víctima”.

Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder".³⁴ En base a estas definiciones se puede concluir que la víctima de un delito es la consecuencia final de la acción de una persona la cual produce un daño que puede abarcar más allá de lo físico.

La victimología ha permitido crear toda una teoría sobre las causas de la victimización, ha identificado los factores que pueden exponer a las víctimas a una mayor vulnerabilidad, así como a reparar los efectos sobre la persona que ha sufrido algún daño, finalmente ha definido los múltiples factores de riesgo a los que se pueden encontrar expuestos. Conocer todos estos elementos ayudan a idear mejores políticas criminales, especialmente visibiliza los daños a los que se enfrentan las víctimas y permite crear estrategias para la prevención.

Actualmente, los grupos en estado de vulnerabilidad conllevan a un escenario en el que son susceptibles a violaciones de derechos, sin embargo, se mantienen en una posición de constante olvido y de atención efímera, en este aspecto se encuentran los inmigrantes irregulares. Ante este grupo de personas si existe una constante preocupación, pero no como víctimas sino como criminales, a pesar de que la inmigración irregular es reconocida tan solo como una falta administrativa no se ha logrado desligar esa visión de criminalización respecto a ellos por el simple hecho de tener un estatus que no acredita uno los requisitos administrativos. Efectivamente, se mantiene la asociación de criminalización, pero tampoco se debe olvidar que son el objeto de los grupos delictivos por la facilidad que estos representan al movilizarse en puntos olvidados por el Estado y por la errónea idea de que su mismo estatus imposibilita el acceso a la justicia.

³⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder*, véase en;

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx#navigation>

Desde el 2014 han aumentado las inmigraciones desde países centroamericanos en dirección a México, no solo como país de tránsito sino también y en mayor número como país de destino. Este flujo irregular aumenta por la búsqueda de mejorar sus condiciones de vida, desafortunadamente, en muchas ocasiones se arman de valor para encontrarse nuevamente ante más violencia y en el peor escenario, para convertirse en víctimas de algún delito. Los delitos predominantes son: las extorsiones, secuestros, tortura, abuso y violación sexual, homicidios, asaltos y desapariciones. Los registros estadísticos de delitos contra migrantes que proporcionan las autoridades suelen ser poco claros y carecen de una clasificación sobre los delitos con mayor incidencia. Esto representa un obstáculo para mejorar las medidas de protección de los inmigrantes irregulares, en este sentido, las organizaciones internacionales y civiles concentradas en la protección de los derechos de los migrantes desempeñan un papel fundamental por medio de la elaboración de estudios y estadísticas con mayor fiabilidad en el tema de delitos contra inmigrantes irregulares.³⁵

Uno de los aspectos más alarmantes de la realidad de los migrantes es que llegan a la parte sur de México con ofertas engañosas de trabajo, para ser sometidos a condiciones de explotación. Es bastante usual que consideren que no tienen posibilidades de realizar una denuncia debido a su estado irregular, además reciben amenazas o son extorsionados por las mismas autoridades. Al hablar de migrantes será muy frecuente que se les asocie el término *vulnerable*, por considerarse que es una de las características de todo migrante internacional. Son personas que debido a su nivel de exposición pueden ser dañados física o emocionalmente con mayor facilidad. “*En las sociedades éticamente homogéneas surge un fenómeno llamado cierre social*”, consiste en procesos de aislamiento

³⁵ The Washington Office on Latin America, El Acceso a la Justicia...Op. cit., pp. 9-12.

social y cultural hacia los inmigrantes. Se manifiestan ideologías antiinmigrantes en sectores específicos de la sociedad, esto aumenta la vulnerabilidad.³⁶

Una de las estrategias en materia de migración implementadas por el gobierno de México fue la creación de la Fiscalía Especializada en Delitos contra Migrantes. La primera Fiscalía fue creada en el estado de Chiapas el 25 de julio de 2008 como un órgano dependiente de la Fiscalía General del Estado, con el objeto de responder a la creciente necesidad de facilitarles el acceso a la justicia a este grupo vulnerable. La Fiscalía tiene por objeto la persecución de los delitos cometidos en contra de inmigrantes, garantizando plenamente la seguridad jurídica e integridad física y en su patrimonio de aquellos que transitan o visitan la entidad, sin importar el credo, raza, sexo, condición social o estatus migratorio, bajo la observancia de las normas y procedimientos internacionales. Si bien, al día de hoy se cuenta con siete Fiscalías Especializadas para investigar delitos locales en contra de migrantes, están ubicadas en los estados de: Chiapas, Oaxaca, Tabasco, Campeche, Veracruz, Coahuila y Quintana Roo. A pesar de que cada una cuenta con unidades de investigación, así como también cuentan con la Unidad de investigación de delitos de la Procuraduría General de la República que investiga delitos federales, ubicada en Ciudad de México, entre ellas no existe una coordinación para la investigación adecuada de los delitos. Otro de los factores que dificultan las denuncias y el proceso de los inmigrantes es que las autoridades estatales afirman que es complicado el proceso de investigación por el hecho de que los delitos son cometidos en áreas que están fuera de su jurisdicción y las denuncias no son realizadas inmediatamente.

Durante el transcurso del año 2018 se ha planteado la iniciativa de la creación de nuevas Fiscalías de atención a delitos contra migrantes en algunos estados del

³⁶ Silva, Quiroz, Yolanda, *Transmigración de Centroamericanos por México: su Vulnerabilidad y Derechos Humanos*, El Colegio de la Frontera Norte, México, 2014. p.10.

norte a causa del creciente aumento de deportaciones de inmigrantes en Estados Unidos ante la toma de presidencia de Trump. Puede afirmarse que en México se han y siguen creando instituciones, leyes y reglamentos, pero estas no logran tener un efecto de justicia real a causa de la falta de interés para investigar los delitos y la falta de coordinación entre las instituciones, esto se ve reflejado en la falta de sentencias. De acuerdo a datos anteriormente mencionados, donde prevalece una impunidad del 99 por ciento. Ahora, el informe de REDODEM del 2016, *Migrantes en México: recorriendo un camino de violencia*, ha estimado que los estados donde más se han cometido delitos contra migrantes son Chiapas con un total de 1,479 seguido de Oaxaca con 1,153 delitos, Veracruz con 880 delitos y Tabasco con 397 delitos. Respecto a estos datos se puede decir que los inmigrantes irregulares son víctimas simbólicas y no reales al no generar ningún efecto en el sistema a pesar de los daños sufridos. La existencia de las Fiscalías es positiva pero no representan ningún cambio o impacto ante los problemas de delitos contra migrantes a causa de la opacidad de sus actuaciones.

En base a lo anterior puede afirmarse que los inmigrantes irregulares son altamente propensos a ser víctimas de delitos, sin embargo, existe una división entre los que han sido víctimas de delitos en territorio mexicano. ¿De qué manera se dividen? Esto se debe a que, al ser un flujo irregular, una parte de ellos puede ser detenida por agentes del Instituto Nacional de Migración, en estaciones migratorias, donde se suele proceder a su deportación a pesar de ser víctimas de un delito dado que se carece de métodos o protocolos para identificar a víctimas de delitos.³⁷ Una vez que se encuentran confinados en una estación migratoria, su

³⁷ INSIDE a través de su trabajo de investigación denominado *Migrantes Víctimas de delito: ¿detectar y deportar o detectar y proteger?*, señaló que no existe un procedimiento a seguir para determinar si un migrante ha sido víctima de algún delito. El INM argumento que el marco normativo en materia de migración establece un procedimiento para dicho caso, a pesar de que refiera “procedimiento para la detección, identificación y atención de personas extranjeras víctimas de delitos”, tan

contacto se limita exclusivamente con los agentes del INM, por lo que no tienen un acceso directo con un abogado defensor con quien puedan hacer su denuncia ante el órgano jurisdiccional correspondiente y posteriormente solicitar su regularización por razones humanitarias. Ahora, la otra parte son los inmigrantes irregulares que se encuentran aun circulando dentro del país, los cuales pueden acudir personalmente a realizar su denuncia.

1.4 Derecho a la regularización.

La finalidad de las *políticas migratorias*³⁸ ha sido por años, controlar los flujos migratorios, sobre todo el flujo de migración irregular. La lógica de protección de los Estados en materia de migración, es proteger su área demográfica, su economía, su identidad nacional, unidad cultural, su soberanía y seguridad nacional. ¿Cómo se materializan estos intereses? Sucede a través de las disposiciones administrativas: leyes, prácticas e instrumentos destinados a regular el acceso de los extranjeros, también abarca el acceso gradual derechos de los que serán titulares y las formas de acogida en casos específicos.³⁹

Los Estados para poder ejercer su poder sobre los flujos migratorios y sobre sus fronteras establecen requisitos para el acceso y permanencia dentro de su territorio. De acuerdo a sus leyes, reglamentos y procedimientos se establece la forma en la

solo estipula que la autoridad migratoria que identifique a una víctima de delito procederá a realizar una entrevista, pero no menciona de qué manera obtendrán indicios de ello.

³⁸ Las *políticas migratorias* se componen en tres esferas, la primera son las medidas de regulación para internarse en un país. La segunda, son las formas de integración en el país receptor, es decir, acciones enfocadas a las condiciones de vida de los extranjeros y las formas en las que se les integrara en la sociedad. La tercera, es la nacionalidad, es la forma en la que el Estado crea normas dirigidas a la ciudadanía y en ellas se podrán incluir a los extranjeros que decidan naturalizarse.

³⁹ Silva, Quiroz, Yolanda, *Transmigración de Centroamericanos...* Op. cit., p.28.

que los extranjeros podrán ser admitidos, ya sea, temporal o permanentemente. Estas regulaciones son por medio de políticas de pasaportes, visados, cuotas, control sobre las cuestiones laborales, el refugio, la reagrupación familiar, justicia, seguridad, control de fronteras en conjunto con otros países, permisos de trabajo, deportaciones, expulsiones, regularizaciones y readmisiones.

Una de las principales formas de control de los flujos migratorios es el resguardo de las fronteras y los operativos para vigilar e interceptar a los inmigrantes que han ingresado sin acreditar los requisitos administrativos, o sea, los inmigrantes irregulares. No obstante, los agentes de migración durante estos procesos no solo deberán detener y posteriormente deportar a los inmigrantes irregulares, también deben identificar a los inmigrantes que han huido de situaciones en las que su vida corre peligro y acreditan la calidad de *refugiado*, aquellos que salen de su país por motivos de persecución a causa de: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social y opiniones políticas, por tanto, deciden abandonar su país de origen y no quieren volver porque ponen en riesgo su seguridad, vida y libertad. A los *asilados políticos*, personas extranjeras que han huido por motivos de persecución política o delitos contra el Estado por motivos políticos. Asimismo, deben identificar a los inmigrantes que a pesar de su ingreso irregular se encuentran en algunos de los supuestos anteriormente mencionados y previstos por la ley que les permite regularizarse.

El término de *regularización* es definido por la misma legislación de cada Estado, donde generalmente significa que el país receptor le concede el permiso de residencia a una persona de nacionalidad extranjera que se ha internado o radicado dentro del país sin cumplir las disposiciones administrativas correspondientes. La parte esencial del acceso a la regularización es que solo se puede otorgar una vez que la persona se encuentra irregularmente dentro del territorio del país, únicamente se puede conceder esta condición cuando la persona ingresó al país de forma clandestina o cuando la calidad de residente del extranjero está por finalizar y debe renovarlo, en base a estos criterios existe dicho término. Esta puede ser limitada o

ilimitada, dependiendo de las circunstancias por medio de las cuales puede acceder a solicitarlo, así como de las prerrogativas que establezca la legislación de cada país. En consideración a lo anterior, el tiempo de residencia que se le otorgue permite reconocer los niveles de limitación de la regularización, es decir, que puede ser temporal o permanente.

La regularización ha sido la respuesta al crecimiento global de la inmigración irregular en los últimos años. Es una medida por parte del Estado que le permite mejorar el estatus migratorio de las personas dentro del país en el que se encuentren y del cual no sean nacionales, de esta manera ya cumplen con las disposiciones administrativas del Estado receptor. Es necesario señalar que en el caso de la migración irregular la cual supone una posición de vulnerabilidad, es necesario alentar la adopción de medidas adecuadas para este grupo de personas. Esto permite disminuir los movimientos y el tránsito clandestino de inmigrantes, de manera que se puedan asegurar en mayor grado sus derechos humanos.

Un elemento esencial de la regularización es que permite mejorar las condiciones sociales del inmigrante minimizando el estado de vulneración de la persona al regularizar sus estatus dentro del país, sobre todo cuando se trata de inmigrantes trabajadores. Es importante contrastar incluso las principales críticas al derecho de regularización, algunos políticos a nivel internacional lo han criticado porque consideran que es premiar a una conducta criminal, sin embargo, algo que se ha dejado en claro no solo en México, sino también en varios países, sobre todo en Latinoamérica, es que la inmigración irregular no es un delito sino una falta administrativa, no se le puede definir como *ilegal* a una persona, un término que incluso ya no es aceptado, mucho menos considerar la movilidad como un delito. El mayor argumento de los opositores a la regularización es que propicia el incremento de la inmigración irregular, la realidad es que no se dispararía a pesar de optar por medidas restrictivas en los ingresos, por negarles el acceso al país o negarles la regularización. La realidad es que se debe a los problemas económicos y de seguridad que padecen desde su país de origen por lo que deciden abandonarlo

para buscar un mejor nivel de vida, endurecer los controles migratorios no lo eliminaría y puede que su efecto no sería tan significativo. Los estudios en materia de migración han revelado que esas medidas solo terminan alterando el sistema en el que actúa el fenómeno migratorio, pero no lo detiene.

En algunos países prevalecen las actitudes xenofóbicas hacia los flujos de inmigración irregular, el tema de regularización suele ser bastante controversial, una herramienta que no siempre suele ser la primera opción de los países. Consideran que la regularización aumentaría los flujos de inmigración irregular y se aprovecharían de esta herramienta, lo que no les permitirá mantener fuera de su territorio a los flujos no deseados, es así, que algunos países optan por echar abajo las facilidades para acceder a ella. En el caso de México crean medidas eufemísticas de regularización donde existe en papel, pero no en la realidad. Uno de los aspectos más controversiales en el tema de regularización es quienes son candidatos para ello y los requisitos que se deberán solicitar para que lo acrediten, es que no en todas las ocasiones los consideran a pesar de cumplir con dichos requisitos. Para el Estado es importante que el inmigrante haya mantenido una presencia constante y tenga desarrollado todo un modo de vida dentro del país.

Eventualmente la regularización se convirtió en un derecho para un inmigrante irregular en México, cuando se encuentra en las circunstancias que la legislación interna en materia de migración solicita. La Ley de Migración en su artículo 132 señala que los extranjeros tendrán *derecho a solicitar la regularización* de su situación migratoria cuando: carezcan de la documentación necesaria para acreditar su situación migratoria regular, que la documentación con que acrediten su situación migratoria se encuentre vencida y cuando hayan dejado de satisfacer los requisitos en virtud de los cuales se les otorgó una determinada condición de estancia. Asimismo, los artículos 133 y 134 mencionan los casos específicos por medio de los cuales se acreditan las formas de regularización. Los supuestos para tener derecho a una regularización son:

1.- Cuando acredite ser cónyuge, concubina o concubinario de una persona mexicana o de una persona extranjera con condición de residencia.

2.- Cuando acredite ser padre, madre o hijo, o tener la representación legal o custodia de una persona mexicana o extranjera con condición de residente.

3.- Que el extranjero sea identificado por el INM o por autoridad competente, como *víctima o testigo de un delito grave en territorio nacional*.

4.- Que se trate de personas cuyo grado de vulnerabilidad dificulte o haga imposible su deportación o retorno asistido. (Por ejemplo, mujeres embarazos avanzados o personas que han perdido extremidades durante su traslado en el tren ubicado en la frontera).

5.- Cuando se trate de niñas, niños y adolescentes que se encuentren sujetos al procedimiento de sustracción y restitución internacional de niños, niñas o adolescentes.

Si bien, el derecho a la regularización es posible en el supuesto de que el inmigrante irregular se encuentre en algunas de las suposiciones que menciona la Ley de Migración. Son medidas que ha adoptado México debido a las características específicas que representan los flujos migratorios en su frontera norte y sur. Las formas de regularización anteriormente mencionadas no son exclusivas de los inmigrantes que se encuentran transitando en territorio mexicano, también es aplicable para los extranjeros que se encuentren detenidos en estaciones migratorias. En esos casos, de acuerdo al artículo 136 de la Ley de Migración, los agentes de migración les deberán extender un oficio de salida de la estación migratoria dentro de las primeras veinticuatro horas para que acudan a las oficinas del INM a regularizar su situación migratoria. En el caso de los inmigrantes irregulares víctimas de delitos se permitirá que sea un plazo mayor a veinticuatro

horas por respeto a su tiempo de reflexión, los agentes deberán canalizarlos a las instancias especializadas correspondientes para su debida atención.

1.4.1 Estancia en calidad de visitante por razones humanitarias.

La regularización por razones humanitarias es aplicable para los extranjeros que se encuentran dentro del país sin haber acreditado los requisitos administrativos solicitados por la respectiva Ley de Migración y su reglamento. De acuerdo al artículo 52 en la fracción V de la Ley de Migración, se concede la estancia por razones humanitarias a los extranjeros que se ubiquen en los siguientes supuestos:

1.- Al extranjero que sea ofendido, víctima o testigo de algún delito que haya sido cometido dentro de territorio mexicano.

2.- Cuando se trate de una niña, niño o adolescente migrante no acompañado. Todos los menores de dieciocho años adoptan en México la calidad de residentes por razones humanitarias a causa del interés superior del niño de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en el artículo 3, párrafo 1, establece que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se entenderá será el interés superior del niño”*.

3.- Cuando sea solicitante de asilo político, de reconocimiento de la condición de refugiado o de protección complementaria por parte del Estado mexicano, el extranjero tendrá la condición de residente por razones humanitarias hasta que se resuelva su situación migratoria, es decir, que haya acreditado la solicitud de algunos de los tres estados anteriormente mencionados dentro de este supuesto.

La estancia por razones humanitarias es creada con la finalidad de proporcionar una herramienta a los inmigrantes irregulares en México, esta práctica

permite crear un estado regular a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. A través de esta medida especial se intenta disminuir el nivel de susceptibilidad y los posibles perjuicios a este grupo en situación de vulnerabilidad.

En el caso de los inmigrantes que solicitan la condición de asilado o de refugiado se les otorga esta forma de residencia de manera temporal, mientras la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR)⁴⁰ analiza su caso particular y se decide si obtendrán la calidad de refugiado o de asilado político. En estos casos los inmigrantes no pueden ser deportados inmediatamente por la posibilidad de que se encuentre en peligro. Es aplicable el principio de *non-refoulement*⁴¹ (no devolución), se encuentra en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados de 1951, artículo 33, establece que “*ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas*”. En el caso de los menores de edad es necesaria su aplicación automática por la peligrosa situación de alta vulnerabilidad en la que se encuentran y velar por el interés superior de ellos. Respecto a los inmigrantes irregulares que han sido víctimas de algún delito, el artículo 112 de la Ley General de Víctimas señala que se les debe garantizar los servicios de ayuda, atención, asistencia, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral de los extranjeros que hayan sido

⁴⁰ Es un órgano descentralizado de la Secretaría de Gobierno encargado de desarrollar relaciones de colaboración con organismos internacionales, organizaciones de la sociedad civil, y en general, con cualquier institución que otorgue apoyo o servicios a las personas refugiadas. La asistencia de la Comisión consiste en identificar las necesidades que presenta cada refugiado, de manera que elabora junto con el refugiado un plan de atención en coordinación con otras dependencias para atender las necesidades de cada refugiado.

⁴¹ El principio de no devolución deriva del término francés *refouler*, lo cual significa empujar hacia atrás, hacer retroceder a las personas.

víctimas de delito o de violaciones a sus derechos humanos en México. En ese sentido es necesario que los que se encuentran en estado irregular, y que han sido víctimas de algún delito puedan acceder a la regularización por razones humanitarias.

1.4.1.1 Estancia en calidad de visitante por razones humanitarias para inmigrantes irregulares víctimas de delitos.

De acuerdo a la Ley de Migración en el artículo 52 fracción V, inciso a), los extranjeros que hayan sido víctimas o testigos de un delito tienen derecho a solicitar la regularización por razones humanitarias. ¿Quiénes serán considerados víctimas de un delito? El mismo artículo menciona que será víctima u ofendido, la persona que sea sujeto pasivo de una conducta delictiva, independientemente de que se identifique, aprenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación que haya entre el perpetrador y la víctima. ¿Qué se permite con esta forma de estancia? A la víctima u ofendido que se le autorice esta condición podrá entrar y salir del país cuantas veces lo desee y podrá trabajar a cambio de una remuneración económica. No obstante, esta forma de estancia solo será posible mientras se esté llevando a cabo el proceso penal.

Es importante señalar las diferencias de lo que implica esta forma de residencia, es decir, se refiere a *visa por razones humanitarias cuando* el extranjero no se encuentra dentro del país. La *regularización por razones humanitarias* es cuando ya se encuentra dentro del país y no cuenta con un estatus regular. Suelen confundirse estos procesos, es bastante común encontrar información o estadísticas que afirman un incremento de migrantes que han obtenido esta forma de estancia, sin embargo, son números que los engloban como uno mismo. No es lo mismo un extranjero fuera del Estado mexicano solicitando esta condición a través de la visa por otras condiciones y no referente al haber sido víctima de algún delito, que un extranjero que solicita esta forma de regularización por haber sufrido un delito dentro del país. La visa y la regularización son distintas, la primera se

otorga antes de ingresar al país, mientras que la segunda solo es aplicable estando dentro del país y sin un estatus regular acreditado.

Ahora, el artículo 133 de la Ley de Migración señala las formas en las que un extranjero puede acceder a una forma de residencia temporal o permanente. En la fracción III, menciona que el extranjero que sea identificado como víctima o testigo de un delito por el INM o autoridad competente podrá acceder a una regularización y tener esta forma de estancia del país, pero solo en caso de que sea un delito *grave*. Por su parte, existe la ficha de trámite para la regularización de situación migratoria en la modalidad, de residente temporal o permanente. Señala que será aplicable para los inmigrantes irregulares que se ubiquen en alguna de las hipótesis de razones o causas humanitarias. En su inciso d), fracción II, establece que las autoridades migratorias tomarán en cuenta lo previsto en los ordenamientos federales y estatales vigentes en materia penal sobre delitos *graves*.

Los extranjeros que han sido víctimas de algún delito *grave* dentro de territorio mexicano tienen derecho a obtener una regularización por razones humanitarias, la cual les puede otorgar una residencia temporal y posteriormente pueden incluso solicitar una permanente. Esto será posible siempre que el inmigrante irregular acredite ante el órgano jurisdiccional correspondiente, haber sido víctima de un delito *grave*, así que el Instituto Nacional de Migración determinará en base a su potestad discrecional si el inmigrante irregular cumple con los requisitos que les concede una regularización por razones humanitarias (el INM tomará en cuenta lo previsto en los ordenamientos federales y estatales vigentes en materia penal sobre delitos graves para considerar la solicitud de regularización).

Esta herramienta depende de la coordinación entre el INM y de los órganos jurisdiccionales correspondientes. Una vez que el inmigrante irregular haya sido sujeto pasivo de un delito o bien un haya padecido un daño a su persona o patrimonio por persona ajena en territorio mexicano, en base a lo anterior adquiere la calidad de víctima de delito, en este sentido el inmigrante irregular que ha sufrido

un daño puede gestionar una residencia por razones humanitarias, sin embargo, es aplicable solo en caso de delitos *graves*. En consideración a lo anterior se puede decir que acceder a esta estancia tiene restricciones muy específicas, al hacer especial énfasis en el nivel de gravedad del delito y dependiendo de esta podrá tener la oportunidad de darle continuidad al proceso penal. En caso de que no sea considerado como víctima de un delito grave se le negará la regularización de su estado y se procederá a la deportación, lo cual le impide mantener y exigir el impulso del proceso penal que ha denunciado. En efecto, para que el INM pueda conceder o rechazar la solicitud de la regularización, el inmigrante previamente deberá haber iniciado un procedimiento penal a través de su denuncia ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Una vez iniciado su proceso deberá presentar copia de la denuncia al INM para que por medio de su potestad discrecional administrativa determine si es procedente o no la solicitud a una regularización por razones humanitarias.

La Ley General de víctimas en los artículos 10, 11 y 12 básicamente señala que las víctimas tienen derecho de acceder a un recurso judicial adecuado y efectivo, ante las autoridades independientes, imparciales y competentes, que les garantice el ejercicio de su derecho a conocer la verdad. El Estado tiene la obligación de investigar y llevar el proceso de los delitos en los que hayan sido víctima y/o de los derechos humanos que se les hayan vulnerado. Deben tener acceso a los mecanismos de justicia, ya sea, judicial o administrativo. Durante los procesos serán aplicables la Constitución, leyes federales, estatales y tratados internacionales. También una serie de derechos durante el proceso penal para las víctimas del delito, entre estos hace amplia alusión a que siempre tendrán derecho a estar informados y a participar durante todo el proceso. Esta herramienta les permite agotar todas las posibilidades legales para perseguir, investigar y sancionar el delito del cual han sido sujetos pasivos. Estos derechos en el caso de los inmigrantes irregulares víctimas de delito, no pueden acceder y hacer uso de los medios judiciales directamente, lo hacen a través de la regularización por razones humanitarias.

Capítulo II

Derechos de los migrantes.

2.1 Marco jurídico internacional para la protección de inmigrantes irregulares.

El marco jurídico internacional de los derechos humanos surge a través de los múltiples instrumentos normativos enfocados a la protección de cada persona sin distinción alguna, incluidas las personas migrantes. Son todos aquellos pactos, declaraciones, protocolos y convenciones donde se reconocen los derechos humanos. Los instrumentos internacionales abordan principios generales o específicos del derecho, que en muchas ocasiones se ven adoptados por la Constitución de cada Estado. Entre los principales instrumentos de protección de los derechos humanos se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos. A causa de esta declaración se comienza a desarrollar una estructura institucional en la materia de derechos humanos a nivel internacional.

Posterior a la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, en el año de 1948 y bajo la inspiración de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se crea la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La declaración representó un acuerdo entre todos los Estados parte para la protección y garantía de los derechos de todas las personas sin excepción, sin importar la situación y el lugar donde se encuentren, de manera que se crea una titularidad universal. Este instrumento nace para cambiar las cosas, surge con un impulso del concepto de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.⁴² Aunque, solo tiene efecto declarativo y no vinculante

⁴² Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Historia de los Derechos Humanos: un relato por terminar*, véase en: <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/eventos/historia-de-los-derechos-humanos-un-relato-por-terminar>

para los Estados, con el tiempo se le ha dado el valor de derecho consuetudinario.

Por su parte, en el año de 1966 se crearon el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los cuales han pasado a definir las obligaciones internacionales para la mayoría de los países. Los pactos pasan a ser un complemento de la Declaración, debido a que apenas hacía alusión a algunos derechos básicos para el bienestar de las personas. A partir de estos tres instrumentos se conforma lo que actualmente se conoce como la Carta de los Derechos Humanos, aunque los pactos representaron todo un reto al momento de tener que ser ratificados por los Estados parte, por el hecho de que supondrían obligaciones que tenían que reflejar resultados en sus respectivas áreas. La principal preocupación fue en el caso de los resultados económicos que tenían que reflejar, de manera que se acordó que deberían generar avances conforme al nivel de desarrollo de cada país, resultados dentro de sus posibilidades. Esto suavizaba el nivel de exigencia en los aspectos más complejos.⁴³ En el caso del PDGP, es una herramienta valiosa al especificar cuando se cumplen o no los estándares mínimos en materia de derechos humanos.

En consideración a lo anterior se puede reiterar que se consolidaron normas básicas del derecho internacional público, tienen el fin de proteger los derechos y libertades fundamentales de cualquier persona. Así, los derechos que abarcan los instrumentos anteriormente mencionados pasan a ser derechos de trato mínimo o mejor conocidos como: *international standard of treatment* (normas generales del ordenamiento internacional que protegen los derechos y libertades fundamentales

⁴³ García, Elisa, clase de *Derechos Humanos* impartida en marzo de 2017, impartida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNACH.

de cualquier persona. No admiten discriminación alguna).⁴⁴ No se puede exentar a ninguna persona del estándar mínimo sin importar si es connacional o extranjero del país en el que se encuentre, se puede afirmar que toda persona humana es destinataria de normas pertenecientes a distintos ordenamientos, ya sean normas emanadas por el Estado donde se encuentre o normas del marco internacional. El estándar mínimo de derechos le permite a la persona extranjera reclamar en el caso de que la normatividad interna del Estado no se acople al trato mínimo internacional.

Es necesario señalar a los derechos que se reconocen en los principales instrumentos internacionales, como en el caso del predecesor en esta materia, la Declaración Universal sobre los Derechos humanos, donde dentro de sus treinta artículos, estos destacan por su importancia y ser considerados como los derechos estándar mínimo para cada persona:

- Derecho a la vida, libertad y seguridad personal. (Artículo 3 DUDH)
- Prohibición de la servidumbre y trata. (Artículo 4 DUDH)
- Prohibición de la tortura, de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. (Artículo 5 DUDH)
- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. (Artículo 6 DUDH)
- Derecho a la igualdad ante la ley. (Artículo 7 DUDH)
- Derecho a un recurso efectivo ante Tribunales que ampare contra actos que violan sus derechos. (Artículo 8 DUDH)
- Prohibición de la detención o penas arbitrarias y el destierro. (Artículo 9)

⁴⁴ Fernández, Rozas, José, Carlos, *Extranjería: Principios de Derecho Internacional General*, Universidad Complutense de Madrid, Revista de Economía y Sociología del Trabajo, nº 11, España, marzo de 1991.

- Derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de obligaciones o para acusación penal. (Artículo 10 DUDH)
- Derecho a la presunción de inocencia y garantías judiciales; no retroactividad de la ley penal y de la pena. (Artículo 11 DUDH, párrafos 1 y 2)
- Derecho al matrimonio y a fundar una familia. (Artículo 16 DUDH)

Los derechos humanos han sido el resultado de constantes luchas, así como de presiones sociales y políticas. Ciertamente, se ha establecido que no dependen de un reconocimiento, son inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna ya sea por nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color religión, lengua o cualquier otra condición. Toda persona es titular de derechos humanos no por alguna condición, sino por el simple hecho de ser, y no puede existir discriminación alguna sobre esos derechos. Son de carácter: 1) *universal*: son atribuciones de toda persona sin importar las diferencias políticas, históricas, culturales, sin importar las fronteras, no dependerá del lugar donde se encuentre, son atribuciones propias de la persona, “*nuestra pequeña soberanía ante la soberanía de los mismos Estados*”.⁴⁵ Por esa razón el derecho internacional público considera que, al admitir extranjeros en el territorio de un país, supone ciertas limitaciones a su soberanía legislativa y a razón de ello se debe crear un área normativa especializada en el tema, como el derecho de migración o extranjería. 2) *Inalienable e irrenunciable*: a ninguna persona se les puede despojar de sus derechos, ni puede renunciar a ellos. 3) *Indivisible*: independientemente de la índole del derecho, todos se refieren a la condición intrínseca de todas las personas. En este sentido, todos los derechos tienen la misma importancia y no se clasifican por un orden jerárquico. 4) *Interdependiente e interrelacionado*: cada uno de los derechos

⁴⁵ García, Elisa, clase de *Derechos Humanos* impartida en marzo de 2017, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNACH.

contribuyen a la existencia de la dignidad humana.⁴⁶ Los derechos humanos suelen ser transversales por lo que es necesario garantizarlos todos para que no desate una vulneración a algún otro derecho, de manera que si uno solo se ve afectado deja de existir la dignidad humana para la persona.⁴⁷

Es necesario señalar que los derechos humanos representan medios de protección ante los Estados, sin embargo, cada Estado también está facultado para establecer limitaciones o restricciones a los derechos humanos. Deberán crear limitaciones que sean compatibles con la naturaleza de los derechos de los tratados a los que estén vinculados. Cuando deciden implementar medidas restrictivas a ciertos derechos en la legislación interna no solo deben fundamentarse en base a su marco normativo nacional, sino que también deberán fundamentar las limitaciones respecto a las normas de mayor nivel, como las normas de carácter internacional. Se puede afirmar esto conforme al artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictarán por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

⁴⁶ Guevara, José, Antonio, *Marco Institucional y Normativo en Materia de Migración Internacional en México*, Instituto de Estudios y Divulgación sobre Migración, 3 de julio de 2011. p.18.

⁴⁷ El marco normativo de protección de los derechos humanos en México se basa en los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, como señala la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en su artículo 4, donde también hace mención de las facultades que tiene la Comisión, debe realizar los procesos de manera sencilla, siguiendo también los principios de inmediatez, concentración y rapidez.

Al hacer alusión a la Convención Americana de Derechos Humanos, permite mencionar la existencia de los *sistemas regionales*⁴⁸ de organización para la defensa de los derechos humanos. Como en el caso de Europa con su respectivo Consejo Europeo y su Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en el caso de América que cuenta con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La Comisión en conjunto con la Corte fueron creadas en 1959 por la Organización de los Estados Americanos (OEA), posteriormente en 1979 se instala el sistema interamericano de protección, como se mencionó anteriormente, se consolida el sistema regional americano de derechos humanos. La Comisión es un órgano autónomo de la OEA, tiene la función de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. En cuanto a la Corte, es una institución judicial autónoma, la cual tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana, y estas tendrán efectos vinculantes para los países americanos que se encuentren adheridos a dicha convención.⁴⁹

Ciertamente, cada Estado está facultado para imponer limitaciones a algunos derechos, en ese caso las limitaciones deberán ser razonables, objetivas y proporcionales. Como en el caso de las personas extranjeras, se les puede solicitar ciertos requerimientos para su ingreso y estancia dentro del país. Esto permite la protección de los intereses y de la soberanía de la nación a la que han ingresado. Al igual que pueden implementar sanciones administrativas debido al incumplimiento de dichos requisitos. Sin embargo, todas las medidas y limitaciones

⁴⁸ Los sistemas regionales son los instrumentos y mecanismos de determinadas zonas continentales (América, Europa y África). Se desempeñan en la promoción y protección de los derechos humanos a nivel mundial. Los instrumentos que concentran los estándares de derechos son los tratados, convenciones y declaraciones.

⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Nuestra Estructura*, véase en: http://www.oas.org/es/acerca/comision_derechos_humanos.asp

que se decidan aplicar deberán respetar y procurar los derechos humanos de las personas migrantes sin importar su condición dentro del país. Si la persona se interna en el territorio de un Estado sin cumplir las disposiciones administrativas, siempre se deberá regir bajo el principio de igualdad ante la ley, se les deberán respetar y procurar sus derechos de estándar mínimo sin importar su condición migratoria.⁵⁰ Las normas internas de cada Estado deben obedecer a los tratados, convenios y declaraciones de los que son parte, para buscar un bien común y orden público para su nación. Aunque, en el caso interamericano la Corte ha destacado que *bien común*⁵¹ y *orden público*⁵² (términos que son empleados en varios artículos de la Convención) pueden ser definidos de manera errónea con mucha facilidad, esto se debe a que ambos conceptos se pueden usar para defender los derechos ante las autoridades, al igual que para justificar los mismos límites a sus derechos ante las autoridades. Ante esto la Corte ha manifestado que ambas definiciones no pueden ser usadas por sí solas, para privar de un derecho, desnaturalizarlo o suprimirlo.⁵³

⁵⁰ Guevara, José, Antonio, *Marco Institucional y Normativo...* Op.cit., p.55.

⁵¹ Hobbes lo define como bienestar en conjunto, que va de lo particular a una colectividad. Las acciones de cada miembro deben ser bajo un orden de valores. Armonizan sus intereses con los derechos. Un elemento esencial para que haya procuración del bien, es a través del Estado. Por medio de autoridades que vigilaran que la libertad de acciones no afecte la estabilidad, los valores y derechos. Procurar condiciones sociales de paz vigilando el desarrollo de los deberes sociales. Hobbes, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma, y poder de una república eclesiástica y civil*, Trad. Manuel Sánchez, 2ª Edición, Fondo de Cultura Económico, 2012.

⁵² Para Aristóteles toda comunidad busca algún bien, cada hombre actúa mirando el bien y si todos atienden al bien se crea una comunidad ordenada.

⁵³ CIDH. Opinión Consultiva OC-5/85: La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 de la convención Americana de Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985, párrafo 67.

La implementación de medidas limitantes en la legislación interna deberá tener medidas de control eficaces que impidan violaciones a los derechos humanos reconocidos en la convención. Esto también sucede con el resto de tratados, las limitaciones que contemplan cada uno no pueden ser usadas como justificante para derechos que ya hayan sido reconocidos a nivel internacional o interno. La CADH en su artículo 29 establece que sus mismas disposiciones no pueden ser utilizadas para suprimir el goce y disfrute de los mismos derechos que en ella se han reconocido. Ante esto el PICP y el PIDESC en su artículo 5 también señalan que ninguna de sus disposiciones podrá ser usadas de manera que destruyan derechos ya reconocidos. Los únicos casos en los que pueden ser admitidas las suspensiones es en casos extraordinarios; en conflictos armados o perturbaciones graves al orden público, pero estas deberán estar estipuladas. Las que no pueden verse afectadas ni en los casos excepcionales son el derecho a la vida, a no ser sometido a torturas penas o tratos crueles, inhumanos o de la personalidad jurídica.

Se ha mencionado reiteradamente que todas las personas son titulares de derechos sin importar la condición migratoria en la que se encuentren, como en el caso de los inmigrantes irregulares, los derechos humanos no tienen límite de fronteras y siempre serán respetados, sean nacionales o no. Las condiciones especiales en las que se encuentran hacen que se les clasifique como un colectivo determinado, es decir, como un grupo en situación de vulnerabilidad, esta indudable premisa genera la necesidad de crear reconocimientos más concretos hacia ellos. Ciertamente, se deben respetar los derechos humanos sin importar la situación en la que se encuentre la persona, pero si la persona transgrede las disposiciones normativas deberá ser sometido a ciertos procesos necesarios para mantener el orden y bien común dentro de la sociedad, en ese sentido, una persona sometida a una presentación y detención administrativa migratoria no se le violan sus derechos humanos, por el contrario, se le reconocen en todo momento durante el proceso.

Existen convenios enfocados a grupos en situación de vulnerabilidad, esto se debe a la necesidad de crear acciones afirmativas que nivelen su condición por lo propensos que son a que se les vulneren sus derechos. Los grupos en situación de vulnerabilidad son varios: *personas migrantes, víctimas del delito*, niñas, niños y adolescentes, mujeres, personas de la tercera edad, miembros de pueblos originarios, personas con discapacidades, personas de la comunidad LGBTTTIQA (Lesbiana, Gay, Bisexual, Travesti, Transexual, Transgénero, Intersexual, Queer y Asexual) entre otros. Estas distinciones los coloca en desventaja y la comunidad internacional tiene la obligación de proveerles un trato justo y equitativo. Las instituciones internacionales, así como los Estados deben crear estándares de protección para las personas que se clasifiquen en condiciones de vulnerabilidad.

Estar dentro de alguno de los grupos anteriormente mencionados supone características que pueden obstaculizar el pleno desarrollo de cada persona, por esa razón se crean instrumentos enfocados a ciertos colectivos o para la protección en situaciones concretas. El derecho rector que siempre debe estar presente en todo, por ser transversal, es el de igualdad ante la ley, el cual está plenamente relacionado con la no discriminación. Siempre está presente en el sistema interamericano, sin excepciones (norma de *ius cogens*⁵⁴).

⁵⁴ El *ius cogens* es una norma internacional de carácter perentorio. Se compone por tres elementos: imperativa, pertenece al derecho internacional general y anula a los tratados concertados que violan sus disposiciones. El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de tratados de 1969 señala que... "*tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, este en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general*". Son normas inderogables, no se pueden suspender a menos que sea por una norma ulterior internacional general con el mismo carácter.

La Comisión Interamericana ha señalado que la igualdad se desprende directamente de la naturaleza del género humano y no se puede separar de la dignidad, es esencial para toda persona. De manera que son incompatibles situaciones en las que se considere superior a un determinado grupo, se le otorgue ciertos privilegios, o bien, se le considere inferior y conlleve a tratos hostiles. Por tanto, puede provocar que se le discrimine el goce de derechos. En el sistema interamericano, en la actual etapa de evolución del derecho internacional, el principio de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio de *jus cogens*.⁵⁵ Esto significa que debe permear en todos los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

“El principio de igualdad y no discriminación debe estar presente en toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia aquiescencia⁵⁶ o negligencia, no puede actuar en contra de un determinado grupo de personas”.⁵⁷

⁵⁵ Corte IDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C Núm. 289, párr. 216.

⁵⁶ Del latín *acquiescentia*, significa asenso, consentimiento.

⁵⁷ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A Núm. 18, párr. 100.

Actualmente, no se admiten acciones que puedan entrar en conflicto con dicho principio, no pueden existir discriminaciones en perjuicio a alguna persona por razones de género, raza, color, nacionalidad, edad, situación económica, sexo, etnia, opinión política, religión, estado civil, o cualquier otra situación. Posteriormente, su ingreso al dominio de norma de *jus cogens*⁵⁸ fue ratificado por la Corte Interamericana. La Corte manifestó que, debido a su rango, la igualdad y no discriminación, se convierten en normas de carácter imperativo e inderogables salvo por otra del mismo rango. Se reconoce que son exigibles independientemente de que el Estado no sea parte de algún tratado que prevea dicho derecho.⁵⁹

Algunos sectores doctrinarios han manifestado dudas al respecto. Daniel Moeckli, manifiesta que dichos principios elevados a ese rango generan obligaciones a nivel internacional y se basan simplemente en costumbres internacionales. Considera que para entender a los derechos humanos es necesaria mucha comprensión y empatía al antecedente histórico que los ha colocado como tal.⁶⁰ Otra autora que se manifestó al respecto en los años noventa fue Anne Bayefsky, señalaba que es una norma que se ha mantenido proliferando desde su reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En ese sentido, siempre surge alguna nueva categoría que se debe proteger por el derecho internacional. El fin de la igualdad es eliminar la discriminación, sobre todo para los grupos vulnerables, en este sentido este espectro de categorías siempre va en

⁵⁸ De acuerdo al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una norma de *jus cogens*, tiene cuatro características, 1) Tiene estatus general, 2) Es aceptada por la comunidad internacional, 3) Inmune de derogación y 4) Solo podrá modificarse por una norma del mismo rango.

⁵⁹ Guevara, José, Antonio, *Marco Institucional y Normativo...* Op.cit., p.19.

⁶⁰ Moeckli Daniel et. al., *International Human Rights Law*, Oxford University Press, versión en línea: <http://www.oxfordlawtrove.com/view/10.1093/he/9780199654574.001.0001/he-9780199654574-chapter-1>

aumento. Cada vez son más las categorías a proteger por el derecho internacional consuetudinario.⁶¹ Reconocer de esta forma al principio de igualdad y no discriminación en el derecho interamericano, genera que los Estados adquieran mayores responsabilidades con independencia de que exista una ratificación de su parte en un tratado que prevea dicho derecho.⁶²

Los derechos al igual que la sociedad evolucionan constantemente, de manera que el alcance o límite de cada derecho se produce de acuerdo a las necesidades sociales. Podemos afirmar que los niveles de alcance de un derecho siempre estarán en constante cambio. La cuestión de la sociedad actual, es saber hasta qué punto se debe reconocer un derecho, el principio de igualdad no es aplicado de manera automática. Efectivamente, se le exige a cada Estado reconocer dicho principio para todas las personas en los casos de una situación estructural de exclusión y discriminación, donde son altamente vulnerables.⁶³ Se manifiesta a través de *acciones afirmativas*,⁶⁴ son formas de crear igualdad de oportunidades para personas que por ciertas características físicas o situaciones sociales no pueden disfrutar de un estado de igualdad por sí mismos. Además, el sistema interamericano al reconocer el derecho de igualdad y no discriminación como una norma de carácter perentorio ha señalado que se determinará el nivel de alcance

⁶¹ Bayefsky, Anne, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1-2, 1990, pp. 1-34.

⁶² Pérez, Edward, *En el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2016. p. 21.

⁶³ Quiroz, Yolanda, *Transmigración de Centroamericanos por México: su vulnerabilidad y sus derechos humanos*, Colegio de la Frontera Norte, 2014, p.173.

⁶⁴ Es una distinción con efectos positivos. Son acciones que establecen políticas dirigidas a un determinado grupo social (grupos en situación de vulnerabilidad) que han sufrido exclusión históricamente por causas sociales injustas, por lo que las políticas públicas les permiten mejorar su calidad de vida y compensar los perjuicios o discriminación de las que han sido víctimas.

de dicho derecho a través de un *test de restricción de derechos*, este permite analizar el grado de límite a un derecho. Con esta herramienta se puede analizar hasta qué grado una ley o acto administrativo puede limitar un derecho, es importante señalar que no toda distinción o diferenciación son discriminatorias, pueden existir diferencias entre nacionales y extranjeros que no sean contrarias a la ley o bien distinciones como *acciones afirmativas*⁶⁵ a favor de los inmigrantes irregulares por su situación de vulnerabilidad.

“Todos los derechos son susceptibles de regulación y de restricción”.⁶⁶ Desde la Declaración Universal se ha considerado que todos los derechos de las personas tienen límites legítimos, en principio se consideraron dos: las restricciones y las suspensiones. El fin de los límites sobre los derechos es permitirles a todas las personas el ejercicio de sus derechos y el disfrute de sus libertades, solo la ley puede restringirlos en casos necesarios para satisfacer las exigencias de un orden público y orden general.⁶⁷

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el

⁶⁵ Este término es empleado por primera vez en 1961, por la Civil Rights Act, durante el mandato del presidente John F. Kennedy. En ella se usaban las expresiones *affirmative action* y *positive action*, con el fin de obligar al personal empleador a no poner a ciertos trabajadores como objetos de discriminación por causa de raza, color, religión, etc. Posteriormente en el año de 1965 durante la presidencia de Lyndn Jonson se crearon medidas e instrumentos jurídicos a través del Comité sobre la Igualdad de Oportunidades, que promovían programas y acciones afirmativas para crear igualdad de oportunidades en el sector laboral.

⁶⁶ Vázquez, Daniel, *Test de Razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para armar restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, Universidad Autónoma de México, México, 2018, p. 53.

⁶⁷ *Ibidem*, 54.

*Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objetivo de promover el bienestar general de una sociedad democrática.*⁶⁸

Por su parte, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también reconoce las restricciones permitidas, en su mismo artículo 32.2 menciona que los derechos de las demás personas están limitados por los derechos de los demás para mantener la seguridad de todos conforme a las exigencias del bien común. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos en su artículo 18 señala que los derechos y libertades solo podrán ser aplicados conforme una finalidad por las que hayan sido previstas. La Carta de Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos, establece que los derechos de cada individuo serán ejercidos con respeto a los derechos de los demás. En consideración a lo anterior podemos afirmar que todos los sistemas regionales reconocen las restricciones legítimas de derechos. La cuestión es, ¿Cómo lo realizan? Se realiza un *test de restricción* sobre un derecho, es una herramienta argumentativa. Permite analizar las restricciones cuando hay principios en conflicto. Como en el caso del *test de igualdad y no discriminación*, permite analizar restricciones generales y particulares. Se estudia a qué nivel una ley o un acto administrativo pone en juego el principio de igualdad y no discriminación.⁶⁹ Se analiza si la diferencia es: 1) *objetiva*, el objetivo debe ser legítimo, 2) *racional*, la diferencia debe ser idónea respecto a la constitución y el fin que persigue, es decir, debe ser válida, 3) *necesaria*, que no exista otra medida menos onerosa, de manera que se sacrifica un derecho o valor constitucional por algo que alcanza eficazmente el fin propuesto, 4) *proporcional* en sentido estricto, que la distinción genere el menor daño para la obtención del fin,

⁶⁸ Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶⁹ *Ibidem*, p.55.

(esto se hace a partir de tres elementos: peso abstracto, intensidad de la restricción y la seguridad empírica de las premisas).⁷⁰

*“Las leyes están conformadas por reglas, las normas constitucionales suelen ser principios sobre el derecho y sobre la justicia”.*⁷¹ Las reglas son normas que pueden cumplirse o no, pero los principios son normas que ordenan y deben ser cumplidas en la mayor medida posible, se deberán cumplir conforme a las posibilidades fácticas o jurídicas. En ese sentido los principios son *“mandatos de optimización”*, a través de ellos se logra mejorar.⁷² De manera que, si la Constitución de un Estado reconoce el derecho de igualdad y no discriminación es un principio, en el caso de una que sea una Ley Federal sobre la prohibición de discriminación, establece de qué forma estará prohibida y es una regla. Los Estados pueden dentro de su legislación interna crear tratos que supongan una diferenciación siempre que no sean contrarios al derecho de igualdad y no discriminación. Crear tratos diferenciados entre ciertas personas no siempre supone una discriminación, algunas son como se mencionó anteriormente a favor de los grupos en situación de vulnerabilidad. Las formas de análisis que integran al test surgen principalmente de la tradición alemana y española, además de que la técnica de aplicación que ha desarrollado Estados Unidos, (los niveles de intensidad que ha desarrollado la Corte

⁷⁰ Gustavo, Zagrebelsky, *“El Derecho Dúctil”*, en; Vázquez, Daniel, *Test de Razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para armar restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, Universidad Autónoma de México, México, 2018, p. 79

⁷¹ Vázquez, Daniel, *Test de Razonabilidad y Derechos Humanos...Op.cit.*, p.17.

⁷² Alexy, Robert, *“La fórmula del peso”*, *El principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 1ª Edición, 2008, p.15.

estadounidense se han incorporado en la academia).⁷³ “*Son herramientas argumentativas para generar control constitucional en la interpretación del derecho*”.⁷⁴

El test está ideado para cualquier tipo de restricción, pueden ser desde un estudio débil y uno estricto, el segundo es aplicado precisamente en el derecho de igualdad y no discriminación.⁷⁵ De acuerdo a Daniel Vázquez en una serie de entrevistas que realizó a expertos en el tema obtuvo varias versiones y teorías sobre el test, algunos se basaron en la teoría de Robert Alexy, otros lo relacionaron respecto a criterios de la Corte Europea, Interamericana y colombiana.⁷⁶ Mientras que otra se enfocó la identificación del núcleo esencial de los derechos y como se debe buscar el máximo de recursos disponibles. Vázquez concluye que ninguna es incorrecta, finalmente todas tienen en común la búsqueda de lo razonable en casos concretos, “...*todas tienen parecido de familia*”.⁷⁷

En el caso de la migración, la no discriminación e igualdad ante la ley no depende de una nacionalidad, tampoco de la condición del extranjero dentro del país. Respecto a los inmigrantes irregulares, puede que no cumplan con las condiciones de admisión del país receptor, pero esto no restringe que sus derechos sean procurados y respetados. Las restricciones no pueden ser desproporcionales. El artículo 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establecen que:

⁷³ Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Distintos Test de Razonabilidad que Implican Restricción de Derechos*, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4254/5.pdf>

⁷⁴ Vázquez, Daniel, *La Razonabilidad y el Contenido Esencial de los Derechos Humanos: propuesta de un test*, FLASCO-México, México, 2016, p. 84.

⁷⁵ *Ibídem*.

⁷⁶ Vázquez, Daniel, *La Razonabilidad...Op. cit*, p.85.

⁷⁷ *Ibídem*.

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, son garantizados a todos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Al inmigrante también se le debe reconocer como ser humano, como persona física, de manera que los derechos humanos abarcan a todo individuo. Todo individuo se encuentra en una sociedad jurídicamente organizada para poder desarrollarse. Para que esto se pueda efectuar, es necesario que dentro de la sociedad se reconozcan a cada individuo, mientras que la tarea más difícil es para el Estado, pero trascendental para la sociedad. Debe proteger los derechos humanos de cada individuo y debe proporcionar las condiciones necesarias para que cada persona goce de sus derechos, tenga acceso a la paz y se logre un bienestar común.⁷⁸ Ciertamente, los inmigrantes sin importancia de su estado dentro del país receptor forman parte del bien común de la sociedad. No obstante, es importante que los inmigrantes se acoplen a la forma de orden del Estado donde se encuentran. Sus derechos humanos siempre deberán ser procurados y respetados, pero de no cumplir con las disposiciones necesarias, deberán ser sometidos a ciertos procesos administrativos. Es necesario señalar, que ser sometido a un proceso administrativo o penal no representa una vulneración a sus derechos, existe la posibilidad que dentro del mismo proceso haya algunas irregularidades, pero no todo proceso conllevara a vulneraciones o violaciones de derechos, en todo caso produce limitaciones.

⁷⁸ Cornelio, Rosa, *Los Derechos de los Inmigrantes de la Frontera Sur de México*, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, España, 2015. p.140.

El sistema interamericano tiene definido que toda persona tiene derecho al principio de igualdad y no discriminación “*en cualquier espacio, lugar y modo en donde se ubique o radique, por el simple hecho de ser un humano*”.⁷⁹ Sin embargo, el renombrado artículo primero de la declaración es el predecesor en la lucha contra la discriminación en el mundo, a pesar de que han transcurrido setenta años aún enfrenta dificultades para su aplicación. En efecto, es un derecho que debe estar presente en todo momento, aunque, su aplicación efectiva suele ser bastante compleja debido a que millones de personas en el mundo lidian con dificultades cada día al encontrarse constantemente en situaciones que por sí mismas propician la discriminación.

La comunidad internacional, así como cada Estado parte, deben desarrollar e implementar medidas para garantizar el ejercicio de los derechos y eliminar la discriminación. Lo realizan a través de normas como las internacionales que se han ido desarrollado en el presente capítulo o bien, por medio de normas internas. Por ejemplo, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso del Poder, busca definir a un grupo en situación de vulnerabilidad y reconoce la necesidad de implementar acciones positivas. Asimismo, el Estado mexicano también ha desarrollado leyes enfocadas a ese grupo, a través de la Ley General de Víctimas, donde plantea definir y crear medidas a favor de este grupo.

Los Estados deben dedicar especial atención a los grupos en situación de vulnerabilidad y a la persistencia de discriminación a la que se enfrentan. Debido a la susceptibilidad en la que se encuentran, como en el caso de personas migrantes, se deben adoptar medidas que prevengan, reduzcan y procuren eliminar situaciones que puedan perpetuar la discriminación. Estas circunstancias demandan un gran esfuerzo e inversión económica por parte de cada Estado. Además, se debe tener en cuenta que la discriminación evoluciona junto con la

⁷⁹ *Ibíd*em, p.141.

sociedad, a ese mismo ritmo debe mantenerse actualizado el marco normativo, especialmente el marco normativo interno.

En el caso de las medidas internacionales más específicas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en su artículo 1 párrafo 4 establece que:

“Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se consideran como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

Las medidas especiales son adoptadas para nivelar la precaria situación en la que se encuentran los grupos en situación de vulnerabilidad como en el caso de los inmigrantes irregulares en México y la posibilidad de acceder a una regularización en caso de haber sido víctima de un delito. La regularización por razones humanitarias no es un reconocimiento impensado, más bien atiende a las desventajas de este colectivo, sin embargo, puede que no responda obedeciendo correctamente al principio de igualdad ante la ley y la no discriminación. La misma Convención en su artículo 2, señala que no pueden existir prácticas o actos que generen discriminación por parte de sus autoridades e instituciones en todos los niveles. También menciona que serán nulas las normas internas que lleguen a producir discriminación o la perpetúen donde ya existía. Se prevé la posibilidad de que las normas y reglamentos internos produzcan efectos de discriminación en las actuaciones de las autoridades. En el caso donde las medidas migratorias internas provoquen tratos diferentes para los migrantes de manera inconsciente o en el caso

de regularización se considerarán inadecuadas ante el marco normativo internacional. Puede producir discriminación por medio de eufemismos que marcarían una diferencia para los inmigrantes irregulares que han sido víctimas de un delito.

El artículo 5 de la Convención designa, *“los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico...”*. Por lo que cada Estado debe evitar las diferencias entre los nacionales y extranjeros, la condición de irregularidad no les impide el pleno ejercicio de sus derechos. Anteriormente se mencionó que efectivamente pueden crearse limitaciones a sus derechos siempre que estén justificadas. El inciso a), del mismo artículo menciona, *“El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia”*, algunos Estados si otorgan pleno acceso a los medios jurisdiccionales, incluso para los extranjeros, sin embargo, hay ocasiones en donde esto no es completamente efectivo, porque generalmente el inmigrante no puede estar presente para dar seguimiento al proceso judicial, debido a que ha sido deportado. El mismo artículo en el inciso b), establece que tienen *“el derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución”*. El Estado siempre deberá proveer mecanismos de protección para todas las personas, incluso, para los inmigrantes irregulares, como en el caso de México, donde se les permite realizar denuncias de los delitos que hayan sufrido por parte de algún particular o por las mismas autoridades. *“Toda persona tiene derecho a interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente, -judicial, administrativa o legislativa-, cuando sus derechos o libertades hayan sido violados”*.⁸⁰ *“Dicha autoridad decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso,*

⁸⁰ Artículo 2.3.a) y 2.3. b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial".⁸¹ Ya es una obligación a nivel internacional que los Estados permitan a los inmigrantes, sin importancia de su estatus dentro del país, que tengan acceso a los medios judiciales para denunciar cualquier delito del que hayan sido víctimas. Es importante que cuenten con acceso al reclamo de sus derechos, de lo contrario se crean problemas sociales para los migrantes. *"Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad ante los tribunales y el derecho a ser oída públicamente en tribunales establecidos por ley, competentes, independientes e imparciales, para el tratamiento de acusaciones penales o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil"*.⁸²

Reconocer la igualdad ante los tribunales implica que también se les debe otorgar asesoría jurídica, para que cada persona pueda contar con la asistencia de una persona especializada. Debe ser gratuita, siempre que se hable de personas que carezcan de los medios para costearse un abogado por cuenta propia. Esto evita que haya una desventaja entre una de las partes o desventaja para el procesado. El derecho a contar con un abogado ya no es exclusivo de la materia penal, la Corte Interamericana ha determinado que la asistencia deberá aplicarse en distintas materias; migratoria, fiscal, administrativa, civil entre otras.⁸³ Las personas migrantes sin importar el estatus, tienen derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, independiente e imparcial, siempre con un trato de igualdad. *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e*

⁸¹ Artículo 2.3.b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁸² Comité de Derechos Humanos. Observación General N^o32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (artículo 14), adoptada durante su 90^o periodo de sesiones, 13 de agosto de 2007, párrafo 3. Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/GC/32

⁸³ Opinión consultiva OC-11/90: excepciones al agotamiento de los recursos internos, (artículos 46.1, 46.2.a y 42.2.b Convención Americana sobre los Derechos Humanos, de fecha 10 de agosto de 1990, serie A N^o.11, párr.28).

imparcial, establecido con anterioridad en la ley, la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".⁸⁴ También se suma el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 primer párrafo donde menciona que todas las personas son iguales ante los tribunales.

Se puede afirmar que incluso los inmigrantes irregulares tienen derecho de acceder a los mecanismos judiciales si han sido víctimas de algún delito o se les han vulnerado sus derechos humanos. Para la comunidad internacional garantizar de forma efectiva el derecho de acceso a la justicia es un valor fundamental. Este valor se encuentra contenido en múltiples tratados, declaraciones, resoluciones, sentencias u opiniones consultivas. Es importante ofrecer las herramientas necesarias para poder tener acceso a este derecho por ser la única puerta de acceso para reclamar de otros derechos, lo contrario se desarrollan grandes problemas en la sociedad.⁸⁵

Las instituciones internacionales han tomado en cuenta el gran impacto que produce el fenómeno migratorio, como hizo la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990, momento en el que reconoce lo vulnerable y expuestos que están los trabajadores migrantes a través de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familias. Este Convenio se enfoca en la situación de vulnerabilidad de los inmigrantes y se centra en crear una protección

⁸⁴ Artículo 8.1 Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

⁸⁵ Hierro, Liborio, "*El Concepto de Justicia y Teoría de los Derechos*", en *El Derecho de Acceso a la Justicia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su Respectiva Internacional versus Inmigrante en Situación Irregular*, Universidad Nacional Autónoma de México, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2969/4.pdf>

internacional adecuada para este caso específico. En él se retoman los principales instrumentos en materia de derechos humanos: La Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por medio de este Convenio, se crean controles y tratos dignos a los trabajadores migrantes, sin embargo, este tratado se enfoca en los inmigrantes en un estado regular. Se crean una serie de medidas por medio de las cuales los Estado deberán colaborar para impedir empleos clandestinos con inmigrantes irregulares, cada Estado debe idear medidas para prevenir que trabajen sin adquirir un estado de regularización. La finalidad no es limitar a los inmigrantes irregulares, sino acabar con su estado de irregularidad, tampoco busca limitar los derechos que ya están reconocidos por otros instrumentos, la realidad es que los retoma, pero si busca que se cree un control en el área laboral de los migrantes.

*“Los Estado Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica no contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades”.*⁸⁶

El principal impulso para que las personas emigren es la búsqueda de oportunidades que puedan mejorar su calidad de vida, de manera que es usual que se encuentren laborando en el país receptor, ya sea manera regular o irregular. Se han creado varios instrumentos como el Convenio Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores y sus familias, así como diversos convenios desarrollados por la Organización Internacional del Trabajo para la protección de los derechos de los inmigrantes para que exista una igualdad de trato entre ellos y los nacionales. Asimismo, busca eliminar el trabajo clandestino de

⁸⁶ Artículo 25. 3 de la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos Trabajadores Migratorios y sus familias.

inmigrantes irregulares, situación por la cual se pueden ver expuestos a múltiples violaciones a sus derechos o convertirlos en víctimas de delitos. Mantenerlos en la informalidad genera dificultades en la práctica para los derechos relacionados a la seguridad social, (licencia por maternidad/paternidad o enfermedad, entre muchos otros).

En consideración a lo anterior podemos determinar que existen derechos que deben ser siempre reconocidos, principalmente el derecho de igualdad ante la ley y la no discriminación, un principio fundamental en el derecho. Está presente en todo instrumento internacional, regional, nacional etc. Son elementos constitutivos de un principio básico y general en relación a la protección de derechos humanos.

Las obligaciones internacionales que tiene México respecto a los derechos humanos provienen de dos fuentes: el Sistema Universal de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En este sentido México, así como todos los Estados parte de los tratados deberán crear políticas, leyes y prácticas que respeten y garanticen los derechos humanos de todas las personas, incluidos los migrantes. Todos son sujetos de protección internacional y en base al respeto de sus derechos humanos se deriva su dignidad humana.⁸⁷

2.2 Marco jurídico nacional para la protección de inmigrantes irregulares.

El marco jurídico nacional en materia de derechos humanos obtiene reconocimiento en México a partir de la reforma del 10 de julio de 2011. Se modificó el Título Primero de la Constitución y sustituyó el concepto de garantías individuales por el de derechos humanos, además se incorporaron constitucionalmente los derechos de los tratados internacionales en materia de

⁸⁷ Informe anual 1991, Corte IDH, Capítulo V, Situación de los Haitianos en República Dominicana. OEA/Ser.L/II.81 Doc.6 rev.1, 14 de febrero de 1992.

derechos humanos.⁸⁸ Por tanto, las normas relativas a derecho humanos se interpretarán de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales de la materia, basándose en el que genere mayor protección.

A raíz de la reforma, los tratados en materia de derechos humanos adquieren una dimensión de gran relevancia en el ordenamiento jurídico mexicano. No solo reconoce los derechos humanos para sus connacionales, sino que los extiende a todas las personas que se encuentren en territorio mexicano, de igual forma obliga a todas las autoridades y funcionarios a proteger y garantizar los derechos de toda persona sin distinción alguna.

*“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones de esta Constitución”.*⁸⁹

Esta reforma representó uno de los mayores avances en el derecho mexicano, es la mayor ampliación de derechos desde la publicación de la actual Constitución. Elevó a jerarquía constitucional a todos los derechos humanos contenidos en los tratados suscritos por México. De igual forma se incorporó el concepto de derechos humanos, y se reconoce la aplicación del principio *pro persona*,⁹⁰ de manera que se aplicará la norma (nacional o internacional) que

⁸⁸ Servicio Profesional de Derechos Humanos, *Las reformas Constitucionales en Materia de Derechos Humanos*, México, 2013. p. 12.

⁸⁹ Artículo 1 párrafo 1, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹⁰ El principio *pro persona* se refiere a la preferencia por la norma o criterio que genere mayor protección en materia de derechos humanos o la que restrinja menos el goce de los mismos.

proporcione mayor protección al bien jurídico de la persona. *“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”*.⁹¹

Es importante señalar que la Constitución mexicana inicia reconociendo que todas las personas que se encuentren dentro de su territorio son titulares del derecho de igualdad ante la ley y a la no discriminación. Un reconocimiento muy amplio, de manera que incluso a los extranjeros se les debe aplicar dicho principio.⁹² No todos los Estados deciden ampliar dicha titularidad, como en el caso de España; determinan en su artículo 14 Constitucional que solo los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. Podemos afirmar que algunos Estados deciden reversar cierta exclusividad para sus connacionales. Cuando un Estado decide extender tanto la titularidad de algunos derechos sucede lo que plantea Moeckli, se crea una mayor responsabilidad. En ese caso, se debe prever que las disposiciones de los procedimientos en materia de migración no terminen generando vulneraciones al principio de igualdad y no discriminación. Será necesario crear una armonización entre las leyes y procedimientos de todos los niveles.

“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.⁹³

⁹¹ Artículo 1 párrafo 2, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹² García, Elisa, *Derechos Humanos*, (marzo de 2017), [Material de Clase]. Escritura creativa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNACH.

⁹³ Artículo 1 párrafo 5, Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos.

Respecto a la discriminación la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, en sus artículos 6 y 7 reconoce que siempre se debe emplear el principio *pro persona* en caso de que sean aplicables distintas normas jurídicas, asimismo menciona que es obligación de todas las autoridades federales y de las autoridades de las entidades federativas idear medidas que prevengan y eliminen cualquier forma de discriminación basada en: el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra.

Las personas migrantes cuentan con los mismos derechos humanos que los mexicanos, a excepción de algunos derechos como: el derecho a votar y ser votado, a ostentar algún cargo público, el derecho de petición en materia política y el derecho de asociación. Reconoce que estos son exclusivos de los ciudadanos mexicanos.⁹⁴ En los casos de empleos en el sector público habrá preferencia por los mexicanos, ahora, en el sector privado no hace mención de preferencia sobre los mexicanos, pero la Ley Federal del Trabajo menciona el porcentaje máximo de empleados extranjeros.⁹⁵

Como se mencionó anteriormente durante el año de la reforma Constitucional del 2011 en materia de derechos humanos, también involucró cambios en el marco jurídico migratorio, como en el caso de los artículos 11 y 33 constitucional, donde anteriormente hacía alusión a derechos aplicables en materia migración. Ahora, el marco migratorio constitucional se extendió a los artículos 1, 11, 14, 16, 17, 30 y 33.

⁹⁴ Artículo 32 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹⁵ De acuerdo al artículo 7 de la Ley Federal del Trabajo “...*el patrón deberá emplear a un noventa por ciento de trabajadores mexicanos, por lo menos. En las carreras de técnicos profesionales, los trabajadores deberán ser mexicanos, salvo que no haya en una especialidad determinada, en cuyo caso el patrón podrá emplear temporalmente a trabajadores extranjeros, en una porción que no exceda el diez por ciento de los de la especialidad...*”

El artículo 1, el respeto a los derechos humanos para todas las personas; artículo 11, la libertad de tránsito dentro del país y las limitaciones respecto a las autoridades judiciales y administrativas migratorias; artículo 14, referente a la no retroactividad de la ley y que nadie podrá ser privado de su libertad sin justificación; artículo 16, garantía de autoridad competente, a la seguridad jurídica, mandamiento escrito donde se funde y motive la causa legal para cometer un acto de molestia en contra de un particular; artículo 17, ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho, toda persona tiene derecho a ser juzgado ante un tribunal y al servicio gratuito de asesoría jurídica; artículo 30, menciona las maneras de adquirir la nacionalidad mexicana; artículo 33, define a las personas que serán consideradas como extranjeras y las formas procedentes de expulsión y detención conforme a la ley. En el caso de asilo, protección de refugiados y migración propiamente se encuentran en los artículos 11, 30 y 33.

En el mismo año 2011, se crearon leyes especializadas en la materia, como son la Ley de Migración y la Ley sobre Refugiados, Protección complementaria y Asilo Político, publicadas en el diario oficial de la Federación el 25 de mayo y el 27 de enero, respectivamente. Posteriormente se complementa a la Ley de Migración con su respectivo reglamento. Al haber reconocido ampliamente los derechos humanos, en materia de migración era necesario tener una Ley en materia de migración que respondiera al control y procuración de las personas migrantes.

Anteriormente, la ley que regulaba en materia de migración era la Ley General de Población, publicada desde 1974. Contemplaba al ingreso irregular como un delito penal y penalizaba la asistencia humanitaria a personas con ingreso irregular dentro del país. El 25 de mayo de 2011 se publica la Ley de Migración, está dirigida a regular el ingreso y salida tanto de personas mexicanas como extranjeras. Era necesaria la creación de una ley enfocada exclusivamente en materia de migración, la Ley General de Población resultaba insuficiente ante la realidad del fenómeno migratorio y no se relacionaba con los compromisos internacionales en

materia de derechos humanos.⁹⁶ Contiene grandes avances en comparación de su sucesor por reconocer los derechos y libertades con los que cuentan los inmigrantes en el país, así como las sanciones a las autoridades migratorias en caso de vulnerar sus derechos. En los casos de duda respecto a sus derechos humanos se recurrirá a la Constitución y a los tratados internacionales referentes en dicha materia. Sin embargo, que la Ley de Migración mantenga una armonización con la Constitución en materia de derechos humanos no es una cuestión sencilla. Desde su publicación muchos artículos no se adecuaban a la Constitución y tratados, han existido modificaciones al respecto, pero no se han contrarrestado en su totalidad. Un factor que ha influenciado a la falta de armonización entre las leyes es porque se considera como un factor desestabilizador a la inmigración irregular, suelen ser vistos como mano de obra más económica o *“una variable de desarrollo o de la criminalidad, y no seres humanos”*.⁹⁷

La regularización y control migratorio se deben en gran medida a la protección de la soberanía del Estado y de su seguridad nacional, esto les autoriza regular a los flujos migratorios y crear procesos que generen diferencias en razón de la nacionalidad. Pero deben ser diferencias o bien, discriminaciones justificadas⁹⁸ que cumplan con un objetivo razonable y no transgreda los derechos humanos reconocidos a nivel internacional y nacional.

⁹⁶ Castilla, Karlos, *Ley de Migración mexicana: Algunas de sus inconstitucionalidades*, Scielo, véase en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-75992014000200006

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ La discriminación no siempre conlleva a efectos negativos. Existe discriminación positiva y negativa. La discriminación positiva deberá estar justificada para su existencia y no deberá vulnerar derechos.

La Ley de Migración fija como objetivo, regular el ingreso y salida de mexicanos y extranjeros en el territorio nacional, así como el tránsito y la estancia de los extranjeros, en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, de contribución al desarrollo nacional y de preservación de la soberanía y de la seguridad nacional. Se basa en los principios de:

- Respeto irrestricto a los derechos humanos de los nacionales y extranjeros.
- A la no criminalización del inmigrante irregular.
- Responsabilidad compartida.
- Hospitalidad y solidaridad internacional.
- Facilitación de movilidad internacional de personas salvaguardando el orden y seguridad.
- Unidad familiar e interés superior del niño.
- Reconocimiento de los derechos adquiridos de los migrantes.
- Integridad social y cultural entre nacionales y extranjeros.
- Equidad entre nacionales y extranjeros.⁹⁹

Reconoce la garantía de protección al migrante independientemente de su situación migratoria, asimismo establece las atribuciones de las autoridades migratorias, define qué es la política migratoria y las facultades que tiene el poder ejecutivo sobre dichas políticas. A través de la ley se le da existencia legal al Instituto Nacional de Migración (INM). Por su parte, también regula instrumentos de tecnología, sistemas de conexión y bases de datos para generar instancias de seguridad, obliga a las empresas transportistas a trabajar conforme a lo establecido en las normas de migración, regula las revisiones y el rechazo en ciertos puntos de ingreso. Finalmente, enuncia cuales son las medidas de seguridad a través de la documentación migratoria que se requiere para el ingreso y estancia dentro del país.

⁹⁹ Artículo 2 de la Ley de Migración.

*“Por autoridad migratoria se entenderá al servidor público que ejerce la potestad legal expresamente conferida para realizar determinadas funciones y actos de autoridad en materia migratoria”.*¹⁰⁰

En México la migración irregular deja de ser un delito en el 2008 a través de la derogación de los artículos 119 y 124 de la Ley General de Población, en ella se declaraba como una falta penal la migración que no acreditara los documentos necesarios. Asimismo, se modifican los artículos 118 y 125 con el fin de considerar en ingreso irregular como una falta administrativa y ya no como en delito penal.

La Ley de Migración se enfoca en varios aspectos de la migración, especialmente lo referente a los derechos de los migrantes. Del artículo 6 al 15, señala los derechos a los que tendrán acceso independientemente de su situación migratoria: acceso a servicios educativos, a atención médica, del registro civil, a la preservación familiar, acceso a la justicia y al debido proceso, a la información y a presentar quejas en materia de migración. Se reiteran algunos de los derechos ya reconocidos en la Constitución y tratados internacionales. También estipula un capítulo respecto a la protección de los migrantes que transitan de manera irregular y que su estatus dentro de territorio mexicano no será impedimento para el goce de los derechos y libertades que reconoce la Constitución, los tratados internacionales ratificados por México y los de la misma ley.

El INM, es el órgano encargado del control migratorio, surge el 19 de octubre de 1993. Toma el lugar de la Dirección General de Servicios Migratorios (DGSM) de la Secretaría de Gobernación. Anteriormente, las facultades de la DGSM se encontraban en la Ley General de Población. Ahora, en cuanto al INM, es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, su objeto es la ejecución, control y supervisión de los actos emitidos por las autoridades migratorias en territorio mexicano, así como idear políticas en la materia que vayan de acuerdo

¹⁰⁰ Artículo 3 fracción I de la Ley de Migración.

a lo que expida la Secretaría.¹⁰¹ El Instituto es el encargado de controlar los flujos migratorios de personas nacionales y extranjeras, este control permite preservar la seguridad y soberanía del país. Sus actuaciones siempre deberán apegarse a la ley y respetando los derechos humanos de los mexicanos, extranjeros sin importar su condición dentro del país. De acuerdo a la Ley de Migración las Secretaría de Gobernación y el INM, son las dependencias encargadas del control y verificación de los flujos de migración.

Para apoyo complementario al INM, están los Grupos Beta de Protección a Migrantes. Surge en 1990 en el estado de Baja California como un programa piloto que inicialmente se enfocaba en salvaguardar a los migrantes mexicanos que hubieran sido víctimas de algún delito durante su intento para cruzar a Estados Unidos. Finalmente, se convirtió en un auxiliar de los migrantes (no exclusivamente mexicanos) que han sido víctimas de la delincuencia durante su tránsito en México.¹⁰² El objeto de los Grupos Beta, es la protección y defensa de los derechos de las personas, con independencia de la nacionalidad o situación migratoria.¹⁰³ El papel del INM es complicado al tener que ser la misma institución que persigue a las personas migrantes y la que las protege de la violencia a las que se encuentran expuestas.¹⁰⁴

Algunas organizaciones civiles consideran que la Ley de Migración mantiene una postura de criminalización hacia los inmigrantes irregulares al permitirle al INM la detención de los inmigrantes que no acrediten una regularización en estaciones migratorias que van de las 36 horas (presentación), que puede llegar hasta los 15

¹⁰¹ Artículo 19 de la Ley de Migración.

¹⁰² Secretaria de Gobernación, Grupos Beta de protección a migrantes, véase en: <https://www.gob.mx/inm/acciones-y-programas/grupos-beta-de-proteccion-a-migrantes>

¹⁰³ Artículo 71 de la Ley de Migración.

¹⁰⁴ Guevara, José, Antonio, *Marco Institucional y Normativo...Op.cit., p.72.*

días hábiles y los 60 días naturales (por el aseguramiento en estaciones migratorias). Si el inmigrante decide interponer un recurso administrativo o judicial para reclamar cuestiones con su estado migratorio o bien denunciar un delito del cual haya sido víctima, el plazo de detención en la estación se extenderá durante todo el proceso, en muchas ocasiones desisten del proceso debido al encierro. En algunas situaciones es aplicable la regularización por razones humanitarias,¹⁰⁵ desafortunadamente el tiempo de encierro y la opacidad de las autoridades los orilla a elegir la deportación. La detención administrativa no representa una criminalización a *per se*, puesto que la Constitución, así como las leyes consecuentes en materia de migración sustentan que se les priva de la libertad no como en el caso penal, sino como un recurso último de una medida de protección para el mismo inmigrante. Sin embargo, el incumplimiento administrativo en el caso de los migrantes irregulares sigue presuponiendo la privación de libertad para concluir en la mayoría de casos con la deportación, por lo que persiste una imagen y trato de criminalización hacia ellos por parte de la sociedad y de las mismas autoridades.

*“La privación de la libertad no debe tener una finalidad punitiva. Por ello, debe realizarse cuando fuere necesaria, en apego al principio de proporcionalidad y de persecución de un fin legítimo e idóneo, así como asegurar que sea realizada durante el menor tiempo posible”.*¹⁰⁶

¹⁰⁵ Como se mencionó en el capítulo anterior, el artículo 52 de la Ley de Migración menciona los tres casos en los que es aplicable esta forma de regularización, una de ellas es cuando han sido víctimas de algún delito. El INM deberá permitirles realizar la denuncia ante los órganos judiciales correspondientes, así como también deberán tener acceso a solicitar una regularización por haber sido víctimas de un delito.

¹⁰⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a personas migrantes y sujetas a protección internacional*, México, 2013, p.86.

Se supone que las detenciones administrativas en las estaciones migratorias deben ser realizadas como fin último, la realidad es que se ha mantenido como parte esencial del proceso para todo inmigrante irregular. Claro, cada Estado puede imponer medidas restrictivas debido a la seguridad nacional, la cuestión es que en el caso particular de México una detención administrativa mayor a 36 horas supone una *inconstitucionalidad*.¹⁰⁷ De acuerdo al artículo 21 de la Constitución la autoridad administrativa solo podrá aplicar sanciones que consistan en multa, arresto hasta por 36 horas y trabajo a favor de la comunidad. En México la figura del aseguramiento se aplica como regla y no como excepción, tal como recomiendan los mecanismos internacionales de protección a los derechos humanos.¹⁰⁸

Al existir la posibilidad de privar de la libertad a las personas migrantes y a personas migrantes sujetas a protección internacional en estaciones migratorias, debe observarse lo previsto en el artículo 21 constitucional sobre la duración

¹⁰⁷ La acción de inconstitucionalidad es un mecanismo de control que se interpone ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el fin de examinar si la ley es constitucional o es adecuada respecto a un tratado internacional. Es un mecanismo de control constitucional que no implica la existencia de un agravio o interés específico, plantea una revisión en abstracto de la constitucionalidad de una ley o tratado.

López, Sergio, *Las acciones de Inconstitucionalidad en la Constitución Mexicana: Balance Empírico de Doce años de ejercicio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Revista de Derecho Constitucional, México, julio-diciembre 2009.

¹⁰⁸ LIBERTAD PROVISIONAL. LOS ASEGURADOS CON MOTIVO DE UN PROCEDIMIENTO MIGRATORIO TIENEN DERECHO AL OBTENERLA BAJO LA FIGURA DE “CUSTRODIA PROVISIONAL”. PPRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Incidente de suspensión (revisión) 204/2007.28 de diciembre de 2007. Mayoría de votos. Disidente: Luis Pérez de la Fuente. Ponente: José Luis Villa Jiménez.

máxima de detenciones administrativas, así como los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 22 y 23 constitucionales para asegurarles el acceso a la justicia y al debido proceso.

Es necesario señalar la importancia de las detenciones, porque la regularización por razones humanitarias es aplicable para los inmigrantes que hayan sido víctimas de algún delito dentro del país. Este grupo en situación de vulnerabilidad, o sea, los inmigrantes irregulares pueden encontrarse en tránsito dentro del país o bien, pueden ser *presentados*¹⁰⁹ y detenidos en estaciones migratorias por los agentes migratorios del INM. Por tanto, es indiferente si el inmigrante se encuentra detenido en alguna estación o en libre tránsito incluso si es de forma irregular, tienen derecho a denunciar el delito de cual han sido víctimas ante las autoridades correspondientes y en base a ello solicitar su regularización por razones humanitarias.

Realizar una denuncia incluso mientras transitan suele ser complicado para ellos, ahora, las posibilidades de para realizar una denuncia y así acreditar una regularización dentro de las estaciones migratorias se convierte el algo sumamente complicado.

“Al ofendido, víctima, o testigo de un delito a quien se autorice la condición de estancia de Visitante por Razones Humanitarias, se le autorizará para permanecer en el país hasta que concluya el proceso, al término del cual deberán salir del país o solicitar una nueva condición de

¹⁰⁹ De acuerdo al artículo 67 de la Ley de Migración los migrantes en situación irregular solo podrán ser presentados por agentes del INM y en los casos previstos por la ley. Deberá constar en actas y no podrá exceder el término de 36 horas a partir de su puesta a disposición.

*estancia, con derecho a entrar y salir del país cuantas veces los desee y con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país”.*¹¹⁰

La política migratoria se concentra en decisiones estratégicas que puedan cumplir objetivos, esto es a través de principios generales y preceptos contenidos en los instrumentos internacionales, leyes nacionales, reglamentos y leyes secundarias en materia de migración. En el caso de México como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes, busca atender a este fenómeno ideando programas y acciones afirmativas, sin embargo, no siempre se consigue materializar dicho fin de forma coherente.¹¹¹ Actualmente, mantiene una política migratoria donde se facilita la estancia y tránsito a los flujos regulares de inmigrantes, en el caso de los inmigrantes irregulares busca crear un mayor control que pueda salvaguardar la seguridad pública y nacional. Las medidas de control migratorio siempre deberán ser realizadas respetando los derechos de los migrantes sin importancia de su situación migratoria. La cuestión es que no se ha reflejado del todo en el país, las organizaciones siguen presentando reportes con cifras alarmantes respecto a violaciones a derechos de los inmigrantes irregulares por parte de algunas autoridades y especialmente como blanco de las bandas delictivas.

2.3 Jurisprudencia en materia de migración.

Actualmente, los derechos humanos tienen un alcance nunca antes visto debido a la creación el orden público internacional, se enfoca en la protección de

¹¹⁰ Artículo 52 de la Ley de Migración.

¹¹¹ Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (OEA), *México- Tendencias y Características de la Política Migratoria desde fines del siglo XX a la actualidad*, véase en: <http://www.migracionoea.org/index.php/es/sicremi-es/17-sicremi/publicacion-2011/paises-es/137-mexico-3-tendencias-y-caracteri-sticas-de-la-poli-tica-migratoria-desde-fines-del-siglo-xx-a-la-actualidad.html>

toda persona y en el reconocimiento de sus derechos. El derecho internacional ha llegado al punto de incorporación en el derecho interno, “...*dando paso a una serie de nuevas teorías sobre cómo se incorpora el derecho internacional en el derecho interno: modelos y técnicas que explican los diferentes esquemas constitucionales en relación a la jerarquía entre el derecho internacional y el derecho doméstico.*”¹¹² En base a esto es importante que exista una armonización entre el ordenamiento jurídico interno respecto al ordenamiento jurídico internacional.

De manera que, cada Estado deberá adaptarse y responder a las recomendaciones y resoluciones de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos por sus efectos vinculantes. “Significan *también una herramienta que puede habilitar la oportunidad de obtener respuestas ante una violación de derechos humanos en una instancia internacional, si un caso no fuera atendido debidamente por los organismos internos, incluyendo el Poder Judicial*”.

113

Ahora, la Corte Interamericana ha señalado la importancia de que cada Estado cree políticas migratorias. En ellas tienen la facultad para crear medidas atinentes respecto al ingreso, permanencia o salida de las personas migrantes. Efectivamente, las medidas implementadas tienen el fin de regular y controlar los flujos de migración, pero es importante que no generen ninguna forma de discriminación, de manera que se les proteja de situaciones que puedan vulnerar sus derechos o los coloque en un estado de inseguridad. Es necesario que los Estados hagan especial énfasis en el caso de trabajadores irregulares, por la

¹¹² Rodríguez, Gabriela, *Derechos Humanos: Jurisprudencia Internacional y Jueces Internos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2740/19.pdf>

¹¹³ Centro de Estudios Legales y Sociales, *Jurisprudencia sobre los derechos de las personas migrantes en América Latina y el Caribe*, véase en: <http://imumi.org/attachments/2015/jurisprudencia.pdf>

tendencia de contratar trabajadores que sean inmigrantes indocumentados con fines de explotación laboral. Son considerados como una oferta laboral menos costosa, los salarios para ellos son menores, no adquieren derechos laborales y se les niega la oportunidad de denunciar abusos ante la autoridad competente porque son amenazados con la deportación por parte de los empleadores. El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos laborales de todas las personas independientemente de su situación migratoria, tampoco deberán tolerar situaciones de discriminación en las relaciones laborales¹¹⁴. *“El Estado no debe permitir que las personas que emplean violen los derechos de los trabajadores y trabajadoras, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”*.¹¹⁵

La obligación de los Estados no solo se cumple al adecuarse a los instrumentos internacionales a los que estén sujetos, también las normas internas deben adecuarse de manera que los órganos y funcionarios de cualquiera de los tres poderes (legislativo, judicial y ejecutivo), realicen actos y emitan normas que no subordinen o condicionen el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación. Incluidas las normas de carácter migratorio, el principio de igualdad y no discriminación debe respetarse y garantizarse siempre.¹¹⁶

Uno de los casos más emblemáticos en materia de migración es el caso Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

¹¹⁴ Suprema 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.

¹¹⁵ Opinión Consultiva 18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, párr. 148.

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derecho Humanos, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos N^o2: Persona Situación de Migración o Refugio, 2017.

Sentencia de 23 de noviembre de 2010. En él se establece lo que se ha mencionado anteriormente; que cada Estado tiene la facultad discrecional para crear controles en el ingreso y salida de los extranjeros siempre respetando sus derechos humanos. Además de sus facultades discrecionales por cuestiones de protección a su soberanía y seguridad nacional, tienen el deber de respetar y garantizar los derechos de toda persona. Tienen la obligación de atender a las necesidades especiales, a la condición personal o la situación específica en la que se encuentre la persona. En este sentido, los inmigrantes irregulares han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, su misma condición los hace propensos a sufrir violaciones potenciales sobre sus derechos. De igual manera influye el contexto histórico de cada país para el reconocimiento a la condición de vulnerabilidad. También influyen los prejuicios culturales acerca de los migrantes, generan patrones de conducta despectivos hacia ellos, lo que no permite su integración a la sociedad (en muchas ocasiones terminan como víctimas de delito).¹¹⁷

Si bien, muchas veces las violaciones a los derechos de los migrantes se deben a cuestiones culturales y el acceso a la justicia para los migrantes en ocasiones llega a ser ilusorio por cuestiones fácticas o de iure.

La Corte Interamericana ha señalado que el debido proceso debe ser reconocido para todas las personas independientemente de su estado migratorio, que no solo será aplicado por *ratione materiae*¹¹⁸ sino también por *ratione personae*¹¹⁹ sin discriminación alguna. Los migrantes deben tener la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en

¹¹⁷ Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 168; Corte IDH, Caso Vélez Looz Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218 párrs. 97 y 169.

¹¹⁸ En razón de competencia de la materia.

¹¹⁹ En razón de la persona.

condiciones de igualdad procesal.¹²⁰ De manera que cada Estado debe implementar medidas que permitan que toda persona, incluso extranjeros tengan acceso a los instrumentos judiciales para exigir la impartición de justicia cuando hayan sido víctimas de algún delito o en su caso cuando las actuaciones de los agentes o de alguna institución pública haya vulnerado alguno de sus derechos.

Se han mencionado una serie de derechos a los que la comunidad internacional se ha comprometido a garantizar para todas las personas, incluidos los inmigrantes, también han reconocido el estado de vulnerabilidad en el que se encuentran los inmigrantes irregulares. En ese sentido todas las actuaciones de cada Estado deben regirse bajo el principio de igualdad ante la ley y no discriminación. Este principio debe estar presente en toda manifestación por parte del Estado, en materia internacional es imperativo, por lo que su cumplimiento no depende de un tratado internacional.

*“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación”.*¹²¹

¹²⁰ Cfr. CIDH. Derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N^o 16, párrafos 117 y 119; Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, párrafo 159 y CIDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A N^o 21, párrafo 113.

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No.18.

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación son derechos fundamentales que deben estar presente en todo ordenamiento jurídico (nacional o internacional). Actualmente, no se admite ningún trato que genere alguna forma de discriminación que produzca perjuicios a alguna persona. Ya sea por raza, color, género, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil o cualquier otra condición.¹²² En el caso de migración, el estado regular no es necesario para que se le haga valer dicho principio, por ser fundamental, debe ser garantizado tanto a nacionales como extranjeros. Cuando se impongan restricciones de trato entre inmigrantes regulares e irregulares deberán cumplir con una justificación razonable, proporcional y objetiva. De no cumplir con esos criterios de justificación se crea un trato discriminatorio, esto se refiere a que no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. En ese caso, ¿los Estados no tienen permitido hacer diferencias entre connacionales y extranjeros? Pueden realizar tratos diferenciados, pero es necesario que cumplan con ciertas características para que puedan ser aceptadas. En el caso particular de México, las distinciones entre extranjeros y connacionales obedecen a mayores principios por la ratificación de múltiples tratados en materia de derechos humanos y el amplio reconocimiento de derechos humanos en su misma Constitución.

La Corte Interamericana considera que la igualdad se le puede entender de dos formas, o sea, que tiene dos concepciones. La concepción negativa, esta se refiere a tratos arbitrarios, que carecen de justificación por parte de las autoridades, y la segunda, la concepción positiva se refiere a las obligaciones que adoptan los Estados para crear condiciones de igualdad a los grupos en situación de vulnerabilidad.¹²³ En ese sentido, el Estado no solo está obligado a respetar dicho

¹²² Corte Interamericana de Derecho Humanos, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana...cit. p. 11

¹²³ Caso Yamata vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 185, y Caso López

principio, sino que también deberá crear medidas apropiadas para garantizar dicho principio por ser parte de su cumplimiento y deber.¹²⁴

Como podemos observar la discriminación existe al crear una distinción. Las de concepción negativa son aquellas distinciones arbitrarias que carecen de justificación y suponen una vulneración, mientras que las de concepción positiva son aquellos tratos que marcan una diferencia por ser necesaria, crean *acciones afirmativas*. Los tratos distintos se establecen debido a la diferencia que existe entre todas las personas y a la diversidad de condiciones en la vida. Dichas condiciones demandan atribuciones que revaloricen las necesidades especiales de cada individuo para crear igualdad de condiciones.¹²⁵

La jurisprudencia en el sistema de derecho mexicano, “...es una fuente de Derecho, cuando se entiende en un sentido estricto, es decir, como criterios obligatorios emanados de ciertas autoridades, a los cuales la ley les confiere esa característica”.¹²⁶ La jurisprudencia permite salvar imperfecciones, a través del estudio que esta emite permite crear seguridad al momento de administrar justicia.

Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr.170.

¹²⁴ Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 158 y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyari Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 129.

¹²⁵ Ferrajoli, Luigi, *La igualdad y sus Garantías*, Semanario sobre Igualdad, Montevideo, 12 de junio de 2008.

¹²⁶ García, Máñez, *Introducción al estudio del Derecho*, 44ª ed., México, Porrúa, 1992, p.68. Citado dentro del texto de Ambriz, Adalid, *La Jurisprudencia en México, su evolución e importancia*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, véase en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/21/21-01.pdf>

Esto se debe a sus efectos obligatorios para las autoridades, resulta obligatoria conforme a la ley.¹²⁷ En ella se denota un proceso intelectual donde se determina el alcance de una norma jurídica.¹²⁸ Por tanto, la jurisprudencia permite esclarecer a lo que se refiere un precepto jurídico en relación a un caso en concreto.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce a todos por igual. De manera que el principio de igualdad y no discriminación sirve como principio básico para la creación de nuevas normas y siempre debe ser aplicado para la interpretación y aplicación de las normas. El sentido de este principio dentro de la legislación es buscar y eliminar situaciones de desigualdad manifiesta. Esto no significa que serán iguales en cuestiones materiales, económicas y de derechos patrimoniales, tampoco significa que tendrá una condición de igualdad absoluta ante toda situación. Se refiere a la igualdad jurídica, está se traduce a no tener que tolerar un perjuicio o que se le prive de sus derechos. La correcta aplicación de dicho principio evitará que se creen normas que al momento de tener que materializarse proyecten situaciones o prácticas donde haya rupturas a la igualdad. Las rupturas producirían tratos discriminatorios entre situaciones análogas, o bien, situaciones impares, lo que se traduce como desigualdad jurídica.¹²⁹

¹²⁷ Ramírez, Vallejo, Patricia, *Significado de la Jurisprudencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, véase en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-posgrado-derecho/article/view/17094/15304>

¹²⁸ Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1997, p.239.

¹²⁹ IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. Tesis 1a./ J.81/2004, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y si Gaceta. Novena Época. Pág. 99. Jurisprudencia Constitucional. Amparo en revisión 1174/99. Embarcadero Ixtapa, S.A. de C.V. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo.

Se ha señalado que el principio de igualdad contenido en la Constitución mexicana no solo garantiza que todos sean iguales ante ley como destinatarios de la norma y en su condición de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también respecto al contenido de la misma ley. En los casos donde exista una distinción de trato deberá cumplir ciertos criterios para ser permitida: 1) Debe obedecer una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: en este caso los legisladores no pueden introducir leyes que produzcan una desigualdad injustificada. 2) Se debe analizar la racionalidad o adecuación de la distinción que plantea el legislador: que la diferencia que se plantea por el legislador conduzca a un fin, es decir, que exista una relación entre la diferencia clasificadora establecida en la ley y el resultado que generara. 3) Debe ser proporcional: el fin que el legislador busca no puede hacerse a costa de una afectación, o sea, no puede alcanzar un fin si afecta a alguno de los otros derechos reconocidos en la constitución.¹³⁰

Ciertamente, el principio de igualdad y no discriminación debe prevalecer durante todas las actuaciones de los funcionarios públicos. El ejercicio de cualquier derecho que no obedezca a este principio será inconstitucional, además de que es obligación de todos los funcionarios e instituciones procurar y respetar los derechos humanos.

Es necesario recordar y como se mencionó anteriormente, no todo trato diferencial presupone una discriminación arbitraria que desemboca en un detrimento a los derechos humanos. El poder legislativo puede hacer uso de las

¹³⁰ IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Registro 174247 Tesis. 1a./J.55/2006. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, septiembre de 2006, Pág. 75. Amparo directo en revisión 988/2004. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos.

*categorías sospechosas*¹³¹ para evitar efectos negativos. Son clasificaciones en las que pueden surgir prejuicios y/o estereotipos que afecten a personas en específico o grupos sociales (raza, sexo religión entre otras más).¹³² Las *categorías sospechosas* son un criterio de interpretación del derecho de igualdad. Se realiza a través de diversos tipos de análisis constitucionales y en diversos grados de intensidad. Los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales permiten sostener los criterios de análisis cuando se transgrede un derecho.¹³³

El sistema normativo mexicano no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización de forma injustificada, en estos casos se permiten distinciones basadas en las categorías sospechosas y serán admisibles cuando cumplan con una justificación robusta.¹³⁴ Para que las distinciones sean permitidas deberán tener una base objetiva y que se apague a los que estable la Constitución, es decir, constitucionalmente válida. Que las diferencias se adecuen a los límites establecidos por las mismas normas constitucionales. Que sea razonable la diferencia que planteen los legisladores y tengan un fin. La diferencia que

¹³¹ Es un criterio de interpretación y aplicación del derecho de igualdad ante la ley. Fue desarrollada por la Corte Suprema de Estados Unidos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹³² Tamés Regina L. et al., *Igualdad y No Discriminación entre mujeres y hombres*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, México, 2013.p. 336.

¹³³ Treacy, Guillermo, *Categorías Sospechosas y Control de Constitucionalidad*, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, véase en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/viewFile/13858/12368>

¹³⁴ PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL. Tesis: P./J.9/2016 (10ª.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I. Pág. 112. Jurisprudencia Constitucional.

establezcan en una norma no debe afectar de forma innecesaria derechos constitucionalmente protegidos.¹³⁵ Deben de cumplir con los requisitos que se han mencionado constantemente, deberán cumplir con un fin objetivo, razonable y proporcional. Podemos afirmar que el sistema jurídico permite hacer diferencias entre las personas siempre que persiga una finalidad constitucionalmente admisible, que proteja a un mandato de rango constitucional. Un ejemplo de esto son las distinciones entre nacionales y extranjeros, pero las medidas deben contar con restricciones que permitan alcanzar una finalidad constitucionalmente válida, adecuada y efectiva.

2.4 Amparo Directo por violar el derecho de Igualdad y No Discriminación a inmigrante irregular víctima de delito.

El caso de Claudia Solanlle Quioto Pérez, originaria de Honduras, se encontraba en México bajo las condiciones de inmigrante irregular y víctima de un delito, presentó su inconformidad ante la Suprema Corte de Justicia, turnado al Ministro José Fernando Franco González Salas y a la Secretaria Norma Paola Cerón Fernández, bajo el número 3314/2016 en la Segunda Sala por ser materia administrativa, por inconformidad de la resolución del amparo presentado ante el Tribunal Colegiado.

Durante su estancia padeció los delitos de lesiones y abuso de autoridad. Por medio de su denuncia penal fue reconocida en el sistema judicial mexicano como víctima de un delito. De manera que decidió solicitar su regularización por razones humanitarias ante la Delegación Local de Tenosique, Tabasco, en las oficinas de Regularización Migratoria. La respuesta a su solicitud fue que se le negaba la regularización por razones humanitarias. El INM de Tabasco le negó la solicitud porque no cumplía con los requisitos de los artículos 1, 2 y 133 fracción III, de la Ley

¹³⁵ Tamés Regina L. et al., *Igualdad y No Discriminación entre mujeres...Op.cit.*, p.337.

de Migración y numeral 50 correspondiente de la ficha de trámite para regularización de situación migratoria en la modalidad de regularización por razones humanitarias de los lineamientos y trámites y procedimientos migratorios. Claudia Quioto manifestó su inconformidad porque planteó que el requisito de ser víctima de un delito grave para poder regularizarse suponía una discriminación a los inmigrantes irregulares. Que dicha diferencia carecía de justificación, por estar plenamente reconocido el principio de igualdad y no discriminación en la Convención Americana y en la Constitución mexicana.

Las autoridades consecuentes mantenían una postura en la que señalaban que Claudia Quioto, no cumplía con los requisitos señalados por la Ley de Migración. Se determinó que efectivamente Claudia Quioto era víctima de un delito, pero los delitos que padeció no eran tipificados como *graves* de acuerdo al artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales. Además, el Tribunal Colegiado indicó que solo manifestó la existencia de las violaciones a sus derechos de igualdad y al derecho de acceso a la justicia, pero no desarrolló un análisis en el que lo explicara. Finalmente, cuando el caso llega a la SCJN, la segunda sala consideró que en la distinción para acreditar la regularización por razones humanitarias no obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida. Señaló que no resultaba adecuada o racional, no conducía al fin u objetivo perseguido, existe una relación de *instrumentalidad*, no resulta proporcional por no demostrar razonabilidad en el trato diferencial. También manifestaron que no era necesario que la actora desarrollara la manera en la que se produjo la violación de su derecho de igualdad y no discriminación, que solo con manifestar la existencia de la violación a sus derechos ya es trabajo de los juzgadores hacer el análisis. La Corte concluyó en base a un estudio doctrinal y de los antecedentes históricos¹³⁶ de los inmigrantes irregulares como un grupo en situación de vulnerabilidad, que el artículo 133 fracción III, de la Ley de Migración se emitió sin algún propósito, justificación o intención, de manera que si provoca una distinción hacia los

¹³⁶ Si bien, el estudio de los antecedentes históricos es siempre necesario, los mismos derechos humanos son el resultado de procesos evolutivos de la sociedad.

extranjeros en situación irregular que han sido víctimas, ofendidos o testigos de un delito no grave, que soliciten una regularización para permanecer en el país para darle impulsó y continuidad a su denuncia. En ese sentido, si existe una diferencia en relación a los migrantes regulares porque no deben acreditar el nivel de gravedad del delito cometido en territorio nacional.

Por tanto, al evidenciar la existencia fundada de discriminación por la falta de exposición de motivos, ni en los dictámenes legislativos, ni en la propia ley, en base a lo mencionado de determinaron que el artículo 133, fracción III, resulta inconstitucional. Dicho artículo “...*genera un trato desigual entre sujetos que se encuentran en supuestos similares, sin existir una razonabilidad en la diferencia de trato que se pretende*”. Asimismo, el reconocimiento de la inconstitucionalidad del artículo 133 se hace extensivo al artículo 50 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios, donde menciona que deber ser *delito grave*.

En el caso de Claudio Quioto, se reconoció que al ser inconstitucional el artículo 133 fracción III, de la Ley de Migración, si provocó un trato normativo diferenciado entre ella como extranjera en situación migratoria irregular víctima, testigo u ofendido de un delito no grave, que solicitó regularización por razones humanitarias, en relación a un inmigrante regular al que si le permiten cambiar su condición solo por ser identificado como víctima de un delito.

Establecer una norma como inconstitucional es conlleva a una “*carga emotiva*” desfavorable, porque será descalificada como norma, de manera que admitir su inconstitucionalidad no permite que sea usada para justificar decisiones institucionales.¹³⁷ En México existe un sistema híbrido en el caso de *control*

¹³⁷ Perot, Pablo, *Inconstitucionalidad, Legalidad y Orden Jurídico*, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina, 2008, p. 121.

constitucional,¹³⁸ en la materia de control constitucional se han creado múltiples clasificaciones, pero son dos las que más han logrado sobresalir. La primera, es el *control difuso* (nace en Estados Unidos en el año de 1803 a través de la jurisprudencia emitida en el caso *Marbury vs Madison*, resultado por la Suprema Corte de Justicia) consiste en la revisión de las leyes, de manera que los jueces locales y federales pueden calificar de ilegales disposiciones jurídicas que se aplican en procesos específicos por resultar contrarias a la Constitución. La segunda clasificación es el *sistema concentrado*, se concentra en velar por los principios constitucionales, (un modelo que nace en Austria y Checoslovaquia en de década de 1920).¹³⁹

En el caso concreto de Claudia Quioto se realizó el estudio a un procedimiento de control en base a la regularidad constitucional para resolver un conflicto que suscitó en una esfera menor.¹⁴⁰ Por tanto, resultó nula una norma de la Ley de Migración, es decir, una norma general, así como los actos del INM y el Tribunal Colegiado. Sus resoluciones estaban fundadas y motivadas en una norma general que era inconstitucional por crear situaciones de discriminación respecto a los inmigrantes irregulares víctimas de delitos no graves. El principio de igualdad funciona en base a las relaciones humanas, en ese sentido los inmigrantes regulares o inmigrantes regulares de delitos graves o no graves son sujetos en la misma situación, pero el efecto que produce la norma para ellos es no representa una verdadera igualdad. Como plantea Bobbio para justificar la igualdad debe ser de manera relacional, en ese sentido se realizó un estudio en base a los otros tipos

¹³⁸ Es el sistema adoptado por los Estados para limitar el poder político ejercido en ellos.

Soto, Armando, *La Controversia Constitucional y la Acción de Constitucionalidad como Medios de Control de la Constitución*, Universidad Autónoma de México, México, 2016, p. 153.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 155.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 157.

de inmigrantes que han sido víctimas de delitos en México. Es importante que igualdad no se vea solo con un fin o valor deseable, sino que también debe ser vista como un medio a través del que se podrá alcanzar a los demás derechos.¹⁴¹ Como en este caso en particular la falta de existencia del principio de igualdad y no discriminación en el proceso para la regularización por razones humanitarias limitaba el derecho de acceso a la justicia.

Las autoridades en muchas ocasiones se mantienen en apego a las disposiciones normativas, sin un análisis de las mismas a pesar de que se manifieste la informalidad respecto a ellas. Es necesario que lo realicen para evidenciar si la persona puede manifestar inconformidad al respecto o no. En el caso del INM es comprensible, suelen ser autoridades con funciones más mecánicas, mientras que los Tribunales si deben realizar el estudio del caso y no mantenerse en respecto a lo establecido por la norma. Hasta el momento el caso de Claudia Quioto ha sido el único presentado, puede que más adelante se aumenten el número de casos similares, donde los inmigrantes se apeguen a lo establecido al marco normativo nacional para presentar las mismas inconformidades.

Capítulo III

No discriminación para inmigrantes irregulares en México.

3.1 Principio de igualdad.

Históricamente la igualdad ha coexistido y evolucionado junto con la desigualdad. En el comienzo de la sociedad la desigualdad era una regla y la igualdad constituía un privilegio reservado para grupos sociales con cierto

¹⁴¹ Contreras, Francisco, *La idea de Igualdad en el pensamiento Político de Kant*, Universidad Carlos III de Madrid, Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas, España, julio-diciembre de 2000, p. 236.

estatus.¹⁴² La constante evolución social produce que los derechos y principios deban adecuarse a las nuevas necesidades sociales, de manera que en la actualidad la igualdad se encuentra consagrada como un principio para la mayoría de los ordenamientos jurídicos.¹⁴³ La igualdad es un concepto que no funciona por sí mismo, funciona de manera relacional. No es una cualidad de la persona, para que pueda manifestarse la igualdad deberán existir al menos dos personas, objetos o situaciones, la igualdad existe en base a un juicio sobre una pluralidad.¹⁴⁴

La igualdad abarca distintas ciencias sociales, tiene concepciones desde cada una de ellas, como la filosofía, la sociología, la política, la antropología, el derecho y la economía. Cada una procura el principio de igualdad desde sus distintas perspectivas: igualdad política, igualdad ante la ley, igualdad formal, igualdad material o de recursos, igualdad frente a las diferencias religiosas, de género, social, de capacidades, de étnicas, cultural, entre muchas otras más.¹⁴⁵ Peter Westen señala que existen varias concepciones de igualdad, sin embargo, su concepto siempre será solo uno. En el área social el término igualdad, se emplea dándole un sentido normativo y no descriptivo a diferencia de las ciencias exactas.

La igualdad puede ser abordada desde tres aspectos: el lógico-lingüístico, se centra en buscar el sentido a la palabra igualdad y darle significado al término cuando sea empleado. El filosófico-político, profundiza en el estudio y

¹⁴² Brito, Rodrigo, *El Principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, p.135.

¹⁴³ *Ibíd*em, p.135.

¹⁴⁴ Carbonell, Miguel, *Igualdad y Constitución*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2004, p.10.

¹⁴⁵ Silvina Ribotta, *Sobre la Propuesta de Igualdad en Norberto Bobbio*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía de Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, revista núm. 14. 2010.

cuestionamiento de la igualdad, ¿qué es? ¿por qué es necesaria? ¿dirigida a quienes? ¿igualdad ante quién? Se busca justificar la igualdad como un valor y los tipos de igualdad que existen. Finalmente, el aspecto jurídico, busca y estudia de qué manera alcanzar la igualdad.¹⁴⁶

El concepto de igualdad es complejo desde un punto de vista jurídico, ¿a que se debe la complejidad? Esto sucede porque exige un gran esfuerzo por parte del Estado, al tener que crear tratos que presupongan una diferencia sin colocar a las *personas como medios si no como un fin*.¹⁴⁷ En el caso de la política, busca encontrar justificación a la igualdad como un valor que debe ser protegido y elegir el tipo de igualdad que se ajuste mejor a los criterios y necesidades de la sociedad. Por tanto, la igualdad permite crear un juicio comparativo para una desigualdad jurídica. En este punto no es necesario justificar por qué es un valor, pero si es necesario explicar la razón por la que es necesaria su aplicación y de qué forma.¹⁴⁸

La igualdad permite medir los tratos que produzcan una diferencia, esto se hace en base a criterios determinados por la misma sociedad. Sucede lo que plantea Rawls en su *teoría de la justicia*, son principios que las personas libres y racionales acuerdan para promover sus propios intereses, asimismo estos

¹⁴⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Los Derechos de Igualdad*, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1408/5.pdf>

¹⁴⁷ Esto se refiere al planteamiento de Kant en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, de acuerdo a su filosofía los seres humanos merecen un trato especial y digno que les permita desarrollarse como personas, de manera que cada persona es un fin en sí mismo y no el medio para el fin de otras personas. Por tanto, cada persona merece respeto moral, así, la discriminación injustificada atenta a la dignidad humana y es moralmente incorrecta. Al dejar de existir la igualdad para una persona también pierde la dignidad, debido a que la dignidad depende del conjunto de derechos básicos.

¹⁴⁸ Carbonell, Miguel, Comp., *El Principio Constitucional de Igualdad...* Op. cit., p.10.

principios regularan acuerdos posteriores en la sociedad y en base a ellos será la forma de gobierno. Esto permitirá alcanzar una sociedad justa y equitativa, cada sociedad elige: sus principios, derechos, deberes básicos y beneficios sociales.¹⁴⁹

La igualdad nace como un derecho y principio en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Su objetivo precisamente era crear un estado de igualdad, significó el fin para el régimen feudal y el comienzo de la ciudadanía. Desde ese momento se comienza a incorporar a la igualdad como una norma jurídica, vence a la monarquía absolutista y surge la figura de un Estado que busca libertad, fraternidad e igualdad ante los ciudadanos. A esta nueva etapa se le atribuye la influencia intelectual de Rousseau, Montesquieu y Voltaire. Si bien, desde ese momento el principio de igualdad se ha ido desarrollando como un derecho fundamental, humano y constitucional.

Para Bobbio el principio de igualdad se desprende de su concepción de *Estado de Derecho*¹⁵⁰, de manera que la igualdad y libertad son entendidas como valores jurídicos, morales y políticos. No explica a la libertad e igualdad desde una perspectiva de la filosofía moral, más bien establece distinciones analíticas entre ambas. La igualdad es un valor supremo para una convivencia ordenada civil y feliz. Es la aspiración para todo hombre que vive en sociedad, permea en las ideologías sociales y sobre todo en el aspecto político, por esa razón está ampliamente relacionada con la libertad. La libertad puede llegar a ser ambigua por la forma en la que es empleada en el lenguaje político, pero para hacerla concreta, la libertad es una cualidad o propiedad de la persona, depende de un hecho en el que varían aspectos de la persona, especialmente la voluntad o la acción que ella misma emite. Por otro lado, considera que la igualdad es pura y depende de un estado relacional formal, del cual puede haber distintos contenidos. *“Tanto así que, mientras <<X es*

¹⁴⁹ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, 2ª Edición, Trad. de María Dolores, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1995.

¹⁵⁰ Organización democrática para la creación de derechos.

libre>>, es una proposición dotada de sentido, <<X es igual>>, es una proposición sin sentido, antes bien remite, para adquirir sentido, a la respuesta a la pregunta, ¿Igual a quién?”.¹⁵¹

Ciertamente, la igualdad no es una cualidad directa de la persona, depende del contexto y de una pluralidad a diferencia de la libertad que no depende de ninguna de las anteriormente mencionadas. En pocas palabras la igualdad se ve como un fin en pluralidad (para toda la sociedad), mientras que la libertad como un fin individual (para cada persona). La igualdad es la manera en la que se establecerán las relaciones de las personas como una totalidad, mientras que la libertad es la cualidad de cada una de las personas que conforma una totalidad. Por tanto, la sociedad debe regirse bajo un trato de igualdad con la única semejanza de ser libres. En este sentido podemos entender a la igualdad como algo relativo por depender de un punto de comparación, es necesario que haya más de una persona para que pueda aplicarse, no funciona por si sola. “...*toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con un determinado tertium comparationis puede ser afirmada o negada, y la fijación de ese tertium es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga*”.¹⁵²

Ahora, en el aspecto jurídico, la igualdad ante la ley no solo se refiere a la prohibición de discriminación, sino también a que haya atribución y disfrute de los derechos y libertades jurídicas reconocidas en el ordenamiento jurídico. La igualdad jurídica significa que todos los ciudadanos son titulares de derechos y tienen derecho de usarlo ante la sociedad. En este sentido la igualdad ante la ley es el

¹⁵¹ Bobbio, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Trad. de Pedro Aragón, Universidad Autónoma de Barcelona, Buenos Aires, México. Ed. Paidós Iberoamérica, 1993, p. 54.

¹⁵² *Ibidem*, p.55.

punto medio, mientras que la igualdad de derechos el máximo y la igualdad jurídica el punto mínimo.¹⁵³

A través de los valores surgen los principios y derechos. Así, respetar a los principios corresponden a todos los poderes públicos, sirven de fuente y criterio de una norma y permiten crear criterios de interpretación. En este sentido la igualdad se ha convertido en un principio y ha permeado en todas las normas, ya sean internacionales o nacionales, aunque recogen a dicho principio de distinta manera. La igualdad ya es un principio fundamental en la mayoría constituciones contemporáneas, claro que las concepciones pueden ser distintas, pero no dejan de buscar el mismo fin.

La igualdad se ha adoptado como un *derecho fundamental*¹⁵⁴, principalmente por la cultura occidental. Actualmente, se entiende que decir que las personas son iguales no se refiere a que son idénticas, en principio la igualdad implica entender las diferencias de cada persona, se reconoce que cada persona tiene características

¹⁵³ *Ibíd*em, p.75.

¹⁵⁴ De acuerdo a Carlos Bernal Pulido, en su artículo *Derechos Fundamentales* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, señala que los derechos fundamentales son derechos subjetivos y su característica especial se encuentra en el mismo nombre, es decir, son fundamentales. Para entenderlos como derechos fundamentales hay que comprender a los derechos subjetivos. Pulido recurre a Robert Alexy para esta definición, por tanto, el "*derecho subjetivo es un todo integrado por tres tipos de entidades: una disposición jurídica, una norma jurídica o varias normas jurídicas y una posición jurídica o varias posiciones jurídicas.*" Para sintetizar, se puede entender a los derechos fundamentales como derechos subjetivos con algunas propiedades específicas. De forma breve, los derechos humanos son aquellos derechos reconocidos internacionalmente y se convierten en derechos fundamentales para un Estado cuando son positivados en su constitución, al estar en su máximo normativo cuentan con el mayor grado de protección interna.

particulares y en ocasiones éstas pueden significar una desventaja. Debido a sus características particulares deberán obtener un trato distinto, uno necesario para poder mantenerlas en un verdadero estado de igualdad frente a las demás personas. Es importante esta clase de diferencias, sobre todo ahora que las conocemos como acciones afirmativas o discriminación positiva, a través de ellas se intenta alcanzar lo que plantea Rawls, una sociedad equitativa y justa.

Aristóteles, planteaba la idea en su célebre frase “*tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”, en base a este criterio se intentaba alcanzar una verdadera justicia, especialmente para las minorías. En razón de lo anterior podemos entender que la igualdad busca dar a cada persona lo que merece en base a su posición social, sin embargo, en ese tiempo se creaba una igualdad, pero solo en el interior de cada grupo social. Como toda sociedad con naturaleza evolutiva y como todo derecho que se adapta a los cambios sociales, se transforma el objetivo de la igualdad, ahora se busca poder mejorar la posición de los que se encuentran en desventaja, elevar su posición para que se pueda crear un estado de equidad social.

En base a lo anterior se puede decir que actualmente la igualdad requiere del reconocimiento de las diferencias, de manera que se reconozca, respete y defienda la identidad de cada persona. Crear diferencias puede terminar mal si el Estado no adopta medidas que prohíban las formas de disgregación y no crea medidas que los pueda integrar más a la sociedad. Las diferencias constituyen el mismo medio por el que se les podrá asegurar su participación e inclusión, ¿Cómo puede una diferencia asegurar la integración? Actualmente, el principio de igualdad ya no se enfoca en buscar similitudes como pudo ser siglos atrás, ahora se basa en las diferencias. De manera que las leyes buscan crear una condición de igualdad de oportunidades basándose en sus diferencias para crear acciones afirmativas que compensen la diferencia y se cree una condición social de igualdad. Detectar, visualizar y reconocer las diferencias permiten compensar las posiciones de

desventaja entre las personas.¹⁵⁵ Es necesario resaltar que las diferencias no son exclusivamente naturales, es decir, no solo existen por cuestiones físicas y biológicas, muchas veces se deben a circunstancias sociales que se han creado en base a un contexto histórico.

Sartori propone que hay varios tipos de igualdad (la distingue en cuatro principales: jurídico-político, igualdad social, igualdad de oportunidad e igualdad económica), sin embargo, al día de hoy, la más importante de todas es la igualdad de oportunidades.¹⁵⁶ Plantea que la igualdad de oportunidades es al mismo tiempo igual a libertad, esta idea se remonta desde la revolución francesa donde se prohibían las distinciones de nacimiento, ni herencia en el poder, basan todo en la idea de leyes iguales. No obstante, esta fuerza-idea de la igualdad termina convirtiéndose en un *bicéfalo*¹⁵⁷ como él mismo menciona, por tener que obedecer a una igualdad de oportunidades que oculta que solo se tiene acceso dependiendo de los méritos y capacidades, en ese sentido solo se reconocen a los que tengan las mismas capacidades, creando una meritocracia. También hace un enfoque respecto a la falta de oportunidades para las clases bajas, Sartori como muchos otros autores desarrolla dentro de su estudio, que la igualdad también se base en las diferencias distributivas, aunque, como se mencionó en el capítulo anterior, los instrumentos internacionales reconocen la obligación de respetar el principio de

¹⁵⁵ García, Clarck, Rubén, “*Derecho a la Diferencia y Combate a la Discriminación*” *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2007. pp. 102-104.

¹⁵⁶ Sartori, Giovanni, “*Igualdad*”, *¿Qué es la democracia?*, Trad. de Miguel Ángel González, Ed. Patria, México, 1993, p.175.

versión en línea de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, véase en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1135-que-es-la-democracia>

¹⁵⁷ Es un adjetivo para nombrar a un ser con dos cabezas o en este caso para hacer alusión que atiende a dos fines.

igualdad para permitir el pleno desarrollo y goce de los derechos de cada persona, pero esto no implica la obligación de regular las diferencias distributivas en base al trabajo de cada persona. Claro, el Estado procura el mismo acceso a los derechos sin importar las condiciones económicas o que tan desarrolladas tienen las aptitudes cada persona dentro de la sociedad.

De igual manera también sostiene que las leyes iguales no producen iguales resultados, buscar hechos iguales termina generando que se creen tratamientos desiguales, ¿cuáles son los tratamientos desiguales? Con esto se refiere a leyes específicas que produzcan discriminaciones compensatorias. Lo representa a través del ejemplo de corredores lentos y rápidos que deben llegar juntos a la meta, para lograrlo deben penalizar a los rápidos y compensar a los lentos. En ese sentido ya no tienen las mismas oportunidades de nuevo, la búsqueda de igualdad por medio de acciones afirmativas puede terminar siendo contraproducente. En otro ejemplo plantea que en ese caso el reconocimiento al sexo débil o la etnia débil y la implementación de medidas compensatorias son privilegios, es decir, el nacer como mujer, afrodescendiente o hispano es una mala suerte que genera que se les tenga que compensar. Plantea que la igualdad reduce la libertad hasta casi extinguirla al no dar un trato igual, sino que solo busca resultados idénticos. El costo de las medidas compensatorias es que disminuye la libertad. Para él, la libertad no produce igualdad, sino que la igualdad produce libertad. Los términos son distintos, pero ambos tienen un efecto simbiótico entre sí. *“Para sanar una desigualdad creamos otra, y así infinitamente en crecimiento perverso”*.¹⁵⁸

Es necesario contrastar que la actual concepción de igualdad donde se busca mejorar la posición de los grupos con características de desventaja no siempre es considerada como la mejor opción, pero si es la que se ha aceptado y adoptado por varios países, por tanto, es la que se exige a nivel internacional. Además, las acciones afirmativas no son privilegios, ni pone en desventaja a otras personas,

¹⁵⁸ Sartori, Giovanni, *“Igualdad”, ¿Qué es la democracia? ...Op. cit. p.177.*

están para poder ponerlos en una posición igual que al resto de personas que no pertenecen a un grupo en situación de vulnerabilidad. La implementación de medidas afirmativas para ciertos grupos no significa menos derechos para el resto. No se les considera solo por las características con las que nacieron, por ejemplo, no se reconocen a las mujeres como mujeres como un grupo en situación de vulnerabilidad solo por haber nacido como tal, sino por todo el contexto de prejuicios y desventajas a los que deben enfrentarse todos los días, así como todo el antecedente histórico en el que han sufrido. Han logrado ser reconocidos muchos otros grupos, a causa de constantes luchas y presiones sociales. También se debe entender que las medidas de compensación no se crean de manera arbitraria, responden a un problema específico, así como también buscan la prevención de situaciones que terminen vulnerando sus derechos. Estas medidas no están sobre los derechos del resto de la sociedad, por el contrario, esta para crear una mayor integración entre ellos.

3.1.1 Igualdad en sentido estricto o formal.

*“La igualdad formal son la manifestación del propio principio de igualdad de trato, es decir, en la ley, ante la ley, en la aplicación de la ley, en el contenido de la ley y el mandato de no discriminación”.*¹⁵⁹ Implica que el principio de igualdad este en el texto normativo, reconociendo que protegerá a todas las personas sin distinción, deberá procurar que haya igualdad entre los iguales y desigualdad entre los desiguales.¹⁶⁰

Ahora, la *igualdad ante la ley* se refiere a que es un mandato dirigido y aplicado por los organismos jurisdiccionales.¹⁶¹ Esto significa que deberán tratar

¹⁵⁹ Carbonell, Ricardo, *El Principio de Igualdad entre Mujeres y Hombres. Desde el ámbito Público al Jurídico-Familiar*, Universidad de Murcia, España, 2009, p.16.

¹⁶⁰ *Ibíd*em, p.16.

¹⁶¹ *Ibíd*em, p. 17.

igual a los que se encuentren en la misma situación y deberán tratar desigual a los que se encuentren en determinadas situaciones de desventaja, esto permite brindarles a todas las personas la misma capacidad jurídica. Por ejemplo, personas que no puedan pagar asesoría jurídica durante un proceso, esto presupone que no se encuentra en una situación de igualdad. Por tanto, el poder judicial deberá crear igualdad de oportunidades, como en el caso de los departamentos de asesoría legal gratuita.

El termino de *igualdad en la ley*, se refiere a un mandato dirigido a los legisladores, de manera que ellos contemplen que las mismas normas no produzcan discriminación alguna. En cuanto al principio de *igual aplicación de la ley*, está dirigido a los organismos del poder judicial y ejecutivo por ser los encargados de aplicar el derecho, deben interpretar y aplicar de la misma manera las normas en los casos sustancialmente similares.¹⁶²

La *igualdad en el contenido de la ley*, es cuando se crea la igualdad a través de las normas, es decir, que se reconozca a los grupos en situación de vulnerabilidad. Funciona junto con el principio de igualdad ante la ley, esto se debe a que no solo se concentra respecto a quienes está dirigida la ley o como deben aplicar la ley las autoridades, sino que también admite la facultad discrecional de los legisladores al crear las leyes, no deben establecer literalmente la razón por la que deciden cada distinción que implementen en las normas, pero estas deberán obedecer una justificación proporcional, objetiva y razonable.

¹⁶² Martínez, Fernando, *El derecho Fundamental a no ser discriminación por razón de sexo*, Comisión Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, México, 2005.

3.1.2 Igualdad sustancial, material o real.

“Se puede traducir como el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos a la igualdad en los hechos...”¹⁶³ Los poderes del Estado realizan esto a través de acciones afirmativas, para que dichas acciones puedan ser aplicadas antes deberán identificar a los grupos en situación de vulnerabilidad dentro de la sociedad, una vez identificados deberán idear medidas especiales que atiendan a sus necesidades.

Los grupos en situación de vulnerabilidad no existen porque se les nieguen los derechos, están por sus características particulares y sus condiciones sociales, disminuir su estado de vulnerabilidad no depende exclusivamente de las medidas implementadas en la ley y las prohibiciones establecidas en la misma, también influye todo el contexto cultural de la sociedad. “*El derecho debe servir no solamente para decirnos que todos somos iguales, sino también para hacernos más iguales*”.¹⁶⁴

3.2 Principio de no discriminación.

La no discriminación funciona como una prohibición, es una variable del principio de igualdad. El principio de igualdad y no discriminación están ligados, pero cuentan con cierta autonomía debido a las características específicas de cada uno.¹⁶⁵ La discriminación implica que haya una diferencia o distinción de una cosa respecto a otra en un sentido negativo, por razones de raza, sexo, religioso, político entre muchas otras. Jesús Rodríguez, define concretamente a la discriminación como “...una conducta, culturalmente fundada, y sistemáticamente y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y

¹⁶³ Carbonell, Miguel, “*Igualdad y Constitución*” ...Op. cit., p.18.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Carbonell, Ricardo, *El Principio de...*Op. cit., p.17.

*que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales”.*¹⁶⁶

La discriminación se origina en las relaciones sociales, en las acciones y decisiones emitidas por funcionarios públicos. En muchas ocasiones son generadas de manera inconsciente, sin embargo, esto no exenta el menoscabo que genera. Se discrimina al dar un trato distinto a otra persona que en esencia es igual al resto y goza de los mismos derechos, tratarla de forma distinta produce una restricción a sus derechos. Es importante señalar que todas las personas pueden padecer una discriminación, aunque, algunas son mucho más propensas de padecerlo, como en el caso de los grupos en situación de vulnerabilidad. En base a la procuración del principio de igualdad y no discriminación se protege la dignidad humana de cada persona. La no discriminación no fue reconocida como un principio desde el comienzo, implicó un proceso gradual.

La no discriminación se origina en la Declaración de los Derechos del Ciudadano de 1789. Sin embargo, no se le reconoce por sí misma, sino a través del reconocimiento del derecho de igualdad. Fue entendida como el opuesto de la igualdad, en ese sentido todo lo que amenazara a la igualdad se entendía como un acto de discriminación, al comienzo solo generaba sanciones sociales, más adelante, se convierte en sanciones jurídicas.¹⁶⁷ Se establece formalmente la no discriminación con la Carta de los Derechos Humanos de 1948.

¹⁶⁶ Rodríguez, Jesús, “¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?”, *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2007. p. 65.

¹⁶⁷ La Agencia de la ONU para los Refugiados Comité Español, ¿Qué entendemos por principio de no discriminación?, véase en: <https://eacnur.org/blog/entendemos-principio-no-discriminacion/>

La finalidad es que por medio de las normas limite la existencia de tratos diferenciados que carezcan de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Asimismo, busca especificar algunos de los rasgos y características por los que generalmente se crean tratos diferenciales, claro esto puede variar en cada Estado en base a su situación particular, pero normalmente se enfoca en dos aspectos: situaciones fuera de la voluntad de la persona que no puede modificar y/o situaciones en las que se involucra voluntariamente pero no por ello se le limitara o suspenderá el goce de algún derecho, (Como vimos en el capítulo anterior se pueden crear limitaciones a ciertos derechos pero deberán obedecer a un fin objetivo, razonable y proporcional).¹⁶⁸

*“La prohibición de la discriminación se encuentra incorporada tanto a constituciones como a tratados de derechos humanos. Podría decirse que la prohibición de discriminación es la norma común a la mayor parte de los tratados de derechos humanos, tanto del sistema universal como de sistemas regionales”.*¹⁶⁹

La discriminación se identifica como una distinción entre las personas y en ella ha predominado la asociación negativa. Desde la perspectiva social general es considerada como una cuestión meramente *ética*. James Nickel, plantea que la discriminación se entiende moralmente como algo malo por hacer menos importante a un grupo determinado de personas en comparación de otros, reduciendo sus oportunidades, lo que lo convierte en algo injusto. No obstante, la discriminación no solo supone una distinción entre grupos de personas, también son situaciones específicas que terminan generando una diferencia y disgregando a la persona. De manera sencilla, la conducta discriminatoria es producto de la cultura social. Es

¹⁶⁸ Carbonell, Miguel, Comp., *El Principio Constitucional de Igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.

¹⁶⁹ Opinión consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, de 17 de septiembre de 2003, párrs. 100-101.

desprecio contra una persona o un grupo de personas, basan el trato en prejuicios o estigmas respecto a ciertas características de la persona o su misma situación de desventaja, esto termina creando una desventaja inmerecida y daña sus derechos y libertades fundamentales.¹⁷⁰

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación define a la discriminación como una conducta culturalmente fundada, sistemática y socialmente extendida de desprecio hacia una persona o a hacia un grupo de personas, basándose en prejuicios negativos o un estigma relacionado a una desventaja inmerecida y tiene un efecto que daña los derechos y libertades. La discriminación es una práctica bastante usual, en algunas ocasiones es complicado percibirla, pero es bastante usual que cualquiera lo padezca alguna vez. Sin embargo, siempre están los grupos que la padecen con mayor intensidad.¹⁷¹ Son dos razones principales por las que se origina la discriminación: los estereotipos, es una idea o imagen que se ha aceptado comúnmente, se basa en características de unas cuantas personas para atribuírsela a todo un grupo sin que haya un análisis objetivo; y los prejuicios, se basa en crear un juicio u opinión generalmente desfavorable por cuestiones superficiales, es erróneo porque se juzga sin conocer.

La discriminación puede manifestarse de distintas formas:

- Discriminación de derecho: se encuentra en la misma ley, cuando establece prácticas que violan el principio de no discriminación establecido en la misma ley. Solo pueden existir diferencias de trato siempre que tengan un fin

¹⁷⁰ Rodríguez, Jesús, “¿Qué es la discriminación y cómo combatirla...Op.cit. p. 65.

¹⁷¹ Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación, *Discriminación e Igualdad*, véase en: https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84&id_opcion=142&op=142

objetivo, razonable y proporcional, que no terminen generando una vulneración a otros derechos.

- Discriminación de hecho: Estas son realizadas a través de las prácticas sociales o por acciones de los funcionarios públicos, cuando tratan de manera arbitraria a alguna persona por razones de su condición social o debido a características particulares de la persona.
- Discriminación directa: cuando se usan como forma de exclusión y de manera explícita los criterios prohibidos de discriminación.
- Discriminación indirecta: cuando no se hace una distinción en base a los criterios prohibidos de discriminación, sino que aparentemente es neutro.
- Discriminación por acción: cuando se realiza un acto que genera a través de un acto o conducta.
- Discriminación por omisión: cuando no se realiza una acción que se está establecida en la ley y esta evita discriminación sobre algún grupo determinado.
- Discriminación sistémica: Se refiere a la magnitud de la discriminación de hecho o de derecho hacia ciertos grupos en específico.¹⁷²

En consideración a los tipos de discriminación anteriormente planteados el Estado debe crear acciones afirmativas para conseguir medidas concretas y temporales para conseguir igualdad entre esos grupos en situación de vulnerabilidad y el resto de la población. Como en el caso de los inmigrantes irregulares y la posibilidad de regularizar su estatus migratorio en los casos que contempla la Ley de Migración.

Situaciones donde no haya un estado de igualdad se traducen como uno de los mayores obstáculos para poder ejercer los derechos humanos. Es necesario para la sociedad de cada Estado procurar ambos principios para favorecer el desarrollo

¹⁷² Comisión Nacional de Derechos Humanos, *El Derecho a la No Discriminación*, 2ª Edición, México, 2016, pp. 11-12.

igualitario entre los integrantes de la sociedad. Como se ha mencionada reiteradamente, la única manera de que una diferencia de trato sea adecuada es que no genere una vulneración a los derechos de las personas o determinado grupo.

Para contrarrestar las prácticas discriminatorias no basta solo con medidas implementadas en la ley, suele ser un tema complejo porque también se requiere mucha voluntad por parte de la sociedad. La no discriminación no depende exclusivamente del Estado, depende en gran medida también de los valores colectivos. Luchar contra la discriminación es parte de los objetivos principales de una sociedad democrática, de no prevenirla o no crear acciones afirmativas se crea una sociedad desigual, en ese caso sería una sociedad donde nadie podría tener pleno goce de sus derechos y definitivamente ya no se le podría considerar democrática. Una verdadera democracia no puede mantenerse impasible ante las situaciones de discriminación que padecen las personas, especialmente los que pertenezcan a un grupo en situación de vulnerabilidad, su misma condición no les permite hacer mucho por su propia cuenta al respecto. Para poder enfrentar a la discriminación es necesario ampliar nuestra idea de igualdad, eso permite crear un estado de justicia.¹⁷³

Tratar de eliminar la discriminación es una lucha constante que necesita un enfoque en conjunto de los aspectos político y jurídico. En primer lugar, para prohibir conductas discriminatorias y en segundo para llenar los huecos que genera su misma condición vulnerable a través de protección en la ley. Es necesaria una ley que si tenga un impacto contra la discriminación reconociendo el trato igual entre las personas como un principio universal y complementar con medidas de compensación y apoyo. Los complementos a ciertos grupos no son una forma de segregar más a la sociedad, por el contrario, esto ayuda a generar mejores relaciones entre las mayorías y las minorías.

¹⁷³ Rodríguez, *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?...Op. cit.* pp. 87-88.

*“...el ideal de la igualdad no consiste en tratar a todos de la misma manera, sino en tratar a cada uno como una persona igual, que merece respeto a sus diferencias y compensaciones por las desventajas sociales no escogidas por ella y mucho menos merecidas”.*¹⁷⁴

Básicamente, las medidas prohibitivas de la no discriminación y las acciones afirmativas son la manera de reforzar al principio de igualdad o de crear la misma protección para todos que ofrece el principio de igualdad. Por tanto, dependiendo del que tan amplia sea la noción de discriminación que se adopte, más deberán ser las medidas antidiscriminatorias y el alcance que deberán tener respecto a la protección de ciertos *grupos sociales*. De esta manera se evitará que se frustren las intenciones de protección por la falta de mecanismos idóneos para cumplir con el fin del principio de igualdad y no discriminación.

3.3 Prohibición de discriminación para migrantes en México.

En la prohibición de discriminación se suele aplicar las categorías sospechosas¹⁷⁵ que se mencionaron en el capítulo anterior, para evitar que haya mecanismos jurídicos que puedan desembocar en una violación. Los principios de igualdad y la no discriminación son dos conceptos ampliamente relacionados. Inicialmente, se consideraba a la no discriminación como el aspecto negativo de la igualdad. Sin embargo, eso fue cambiando con el tiempo, en los ordenamientos jurídicos ya se considera que tienen carácter autónomo. Si bien, para que haya discriminación debe existir una ruptura del principio de igualdad, lo importante en dicha ruptura es hacia quienes va dirigido y los efectos que produzca. Ciertamente, existe discriminación negativa: por afectar los derechos y libertades de las personas por distinciones que carecen de razón y por otro lado la discriminación positiva: por

¹⁷⁴ *Ibíd.* p. 90.

¹⁷⁵ Carbonell, Ricardo, *El Principio de...* Op. cit. p.20.

los efectos de protección que tendrá respecto a grupos en situación de vulnerabilidad.

La no discriminación es una prohibición esencial en la sociedad, es propio que se aplique para cada persona. Generalmente no se le asocia como un derecho en sí, sino como un elemento del derecho de igualdad, como medidas en la legislación para la protección de los grupos en situación de vulnerabilidad y la atención de casos excepcionales. La sociedad tiene la idea de que las medidas para evitar efectos de discriminación son derechos especiales para grupos de personas específicos (como en el caso de los indígenas con el derecho a la autodeterminación y las mujeres con el derecho de paridad de género en el sistema electoral). *“Cuando postulamos un derecho para toda persona decimos que éste es universal. Cuando lo postulamos para sólo un grupo decimos que es especial o particular, y que no significa nada para quienes no pertenecen a esos grupos fácilmente identificables”*.¹⁷⁶

La mayoría de los Estados en el sistema interamericano están comprometidos a procurar la seguridad de los inmigrantes que se encuentren en su territorio, esto de acuerdo a los artículos 4, 5, 6 y 7 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Se les debe garantizar el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad y todos los demás relativos a una seguridad ciudadana, es necesario resaltar que la convención señala que los Estados tienen el compromiso de garantizar así como de respetar los derechos y libertades siempre sin generar discriminación alguna en base a raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición

¹⁷⁶ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *El Derecho a la No Discriminación...* Op. cit. p. 65.

económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El Estado debe garantizar los derechos de toda persona que esté bajo su jurisdicción.¹⁷⁷

Las medidas de no discriminación no son exclusivas, es para todas las personas, sin embargo, son más visibles en el caso de los grupos en situación de vulnerabilidad por su alto nivel de susceptibilidad ante los actos de discriminación negativa y al momento de tener que contrarrestar esos efectos a través de la discriminación positiva (acciones afirmativas), es más evidente en comparación a la colectividad general que no se ubica en supuestos tan obvios de desventaja. ¿Por qué deben existir esas diferencias favorables? La realidad es que son minorías las que padecen de vulnerabilidad o susceptibilidad en mayor grado, suelen padecer malos tratos por parte la sociedad por pertenecer a un grupo determinado, por tener ciertas características, (raza, nacionalidad, religión, edad, género, preferencia sexual, etcétera.) sus derechos suelen ser limitados debido a su misma condición, carecen de oportunidades y son despreciados por gran parte de la sociedad. Este principio existe para todos, pero algunos necesitan hacer mayor uso de él.

Ante situaciones de tratos diferentes sin justificación, donde las personas carecen de posibilidades para mejorar su situación, el Estado no puede mantenerse inmutable y permitir que esta clase de situaciones y tratos pululen en la sociedad, es por eso que emplea medidas alternativas de apoyo. Respecto a este tipo de medidas necesarias habrá quienes mantengan la idea de que son medidas especiales solo para ciertos grupos, pero el principio de no discriminación se acopla a la evolución social, de manera que si en base a los cambios sociales se deben reconocer a nuevas minorías se hará. Jesús Rodríguez plantea un ejemplo extremo pero que responde muy bien a quienes prefieren mantenerse escépticos en cuanto al reconocimiento a los grupos vulnerables y a las acciones afirmativas como parte

¹⁷⁷ Pelletier, Paola, *La “Discriminación Estructural” en la Evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, julio-diciembre de 2014.

de un derecho de todos. Si en algún momento los papeles se invirtieran, donde las personas heterosexuales disminuyeran en la sociedad y aumentaran las personas homosexuales y padecieran cierto rechazo por el nuevo grupo predominante (que en ese caso serían los homosexuales). En ese supuesto, el principio de no discriminación seguiría presente, se crearían medidas especiales para la protección de esta nueva minoría, lo mismo sucedería en cualquier otro supuesto que presuponga desventaja.

Dworkin defiende a las acciones afirmativas en base al estudio que realizó de las medidas de inclusión en universidades de prestigio de Estados Unidos en los años setentas. Se buscaba crear una mayor inclusión de alumnos que pertenecieran a las minorías (afroamericanos e hispanos), señala que dichas medidas si logran mejorar la situación de su vida personal y si tiene un impacto en la sociedad, así como en su aportación tributaria. Si bien, esta forma de inclusión no tiene un efecto inmediato por tener que enfrentarse y derribar las barreras de estigmatización y rechazo que padecen las minorías, conlleva a un efecto lento y gradual, pero con el tiempo se logra moderar. Asimismo, señala que la aplicación de éstas conlleva a dilemas éticos y legales por romper el con el principio de igualdad, en ese sentido se debe romper con la igualdad para alcanzar la justicia.¹⁷⁸

La Constitución en su artículo 1 prohíbe cualquier tipo de distinción motivada por cuestiones de género, edad, condición social, religión o cualquier otra razón que atente contra la dignidad y produzca menoscabo de algún derecho. De igual forma, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar Discriminación derivada del artículo 1 Constitucional, en su artículo 4 señala que se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra,

¹⁷⁸ Dworkin, Ronald, *Virtud Soberana, La Teoría y la Práctica de la igualdad*, Trad. de Fernando Aguiar y María Bertomeu, Ed. Paidós, España y Argentina, 2003.

tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. Por tanto, no puede existir discriminación alguna en México por el reconocimiento a su valor en la legislación interna como en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

El artículo 2 de la misma ley señala que le corresponde al Estado procurar que las condiciones de libertad e igualdad sean efectivas y reales. Asimismo, las autoridades federales deberán protegerlos de los obstáculos para el pleno ejercicio de los derechos. Las conductas discriminatorias se pueden identificar como los actos, omisiones o prácticas sociales por parte de particulares, personas físicas y de los servidores públicos. En caso de realizar actos discriminatorios se les impondrá medidas administrativas de reparación.

Tanto la Constitución y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar Discriminación exponen una definición de discriminación, es fundamental y necesaria para su carácter legal. Es importante definir las prohibiciones de discriminación por el amplio espectro que representa, en ocasiones como forma de protección y es su mayoría para crear una idea de las formas de distinción, exclusión, o restricción afectan el pleno desarrollo de las personas. Las normas se enfocan en prohibir toda acción que sea una discriminación negativa directa, así como acciones que puedan terminar desembocando en actos que no se logran distinguir inmediatamente, pero terminan produciéndola.¹⁷⁹

En ese sentido el marco normativo nacional protege de la discriminación a todas las personas que se encuentren dentro de territorio mexicano. El gobierno mexicano, en todos sus niveles al igual que las autoridades deberán prevenir actos de discriminación en sentido negativo hacia los inmigrantes que estén dentro del país sin importancia de su estado migratorio. La Ley de Migración en su artículo 2

¹⁷⁹ Facio, Alda, *El Derecho a la No Discriminación*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 17.

señala que debe existir respeto irrestricto a los derechos humanos de todas personas, sin importar que sean extranjeros o mexicanos, sin importar su estado migratorio, nacionalidad, género, edad, etnia y con especial atención a los grupos vulnerables: mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera edad, así como *víctimas de delito*.

El Estado mexicano a través de la Ley de Migración en su artículo 67 reconoce que incluso en el caso de los inmigrantes irregulares tienen derecho a ser tratados sin discriminación alguna y con el debido respeto de sus derechos humanos, en el artículo 2 se establece que el Estado mexicano creará estrategias y líneas de acción dirigidas a respetar, proteger, promover y garantizar los derechos de los inmigrantes sin importancia de sus situación dentro del país, asimismo en su artículo 72 ha reconocido a los inmigrantes irregulares que han sido víctimas de algún delito como un grupo en situación de vulnerabilidad.

Ciertamente, México ha optado por crear un marco normativo donde el principio de igualdad y no discriminación tenga un efecto bastante amplio. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha declarado que situaciones como estas son positivas, sin embargo, en algunos casos (no solo en el caso de México sino de muchos otros países), reconocer los derechos no es suficiente, ni la única solución. Hace falta de un sistema de coordinación a nivel mundial, regional y nacional, se vive una crisis en las fronteras de los países de tránsito y destino.¹⁸⁰

México ha afirmado que mantiene una política migratoria basada en los derechos humanos, en ese caso es necesario que preste atención a la situación

¹⁸⁰ Comisión de Derecho Humanos de las Naciones Unidas, *Migración y Derechos Humanos*, véase en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Migrants/Pages/MigrationAndHumanRightsIndex.aspx>

que viven los inmigrantes irregulares sobre todo en el caso de los que presentan mayores características de vulnerabilidad; mujeres, niñas, niños y adolescentes, indígenas, personas de la tercera edad y víctimas de delitos. Como podemos observar, se ha implementado en el marco normativo nacional que toda persona independientemente de la nacionalidad es titular del derecho de igualdad y no discriminación, esto implica que también se deban crear las medidas necesarias para mejorar su situación tan precaria. Como en el caso de la posibilidad de regularización, es una de las medidas que permite mejorar su situación de vulnerabilidad en el caso de los inmigrantes irregulares.

Como se ha venido desarrollando, es una realidad que los Estados tienen la facultad de poner las restricciones necesarias para el control de los flujos de migración, sin embargo, en el caso concreto de México, ha adquirido una enorme responsabilidad al reconocer de forma tan amplia ciertos derechos. Cuando México reconoce derechos a través de instrumentos internacionales y en su legislación interna son logros que se aplauden por ampliar tanto la protección de las personas dentro de su país. No obstante, parece que en ocasiones no tiene completa conciencia del gigante desafío que eso representa. Adecuar los derechos humanos durante cada proceso en ocasiones suele ser complicado, pero tampoco imposible, en ese caso si se ha adquirido el compromiso de generar un estado de igualdad para toda persona dentro del país es necesario no solo el reconocimiento en la Constitución y sus leyes consecuentes sino también idear acciones efectivas y reales que ayuden a equilibrar su situación de vulnerabilidad.

3.4 Discriminaciones de jure y de facto.

La discriminación de *jure* o bien de *iure* proviene del latín que literalmente significa de derecho, también puede ser conocida como discriminación de ley o normativa. Esta forma de discriminación se basa en una distinción excluyente que restringe o menoscaba el ejercicio de un derecho. Una discriminación de jure se manifiesta de dos formas, de forma *directa*, por ejemplo, cuando se establecen

mayores requisitos para cierto grupo de personas para acceder a un empleo como funcionario público y carece de una justificación objetiva. Como negarle un cargo público a una mujer solo por cuestión de sexo (sin tener una razón objetiva), a diferencia de que, a un extranjero, donde existe una preferencia por los nacionales por cuestiones de seguridad pública y la procurar el sector laboral a los nacionales. En ese sentido la primera limitate supone falta de justificación, pero en el segunda podemos observar que es una diferencia con un fin objetivo, por velar en principio por los intereses de su país y su seguridad nacional. Ahora, respecto a la forma de discriminación de jure indirecta, se presenta cuando se realiza una distinción en la ley que al parecer es neutra, pero al aplicarse puede tener un efecto o resultado que excluye de manera desproporcionada a un grupo y carece de una justificación objetiva para emplearla en relación con la cuestión decidida.¹⁸¹

Algunas discriminaciones son más evidentes, se reconoce inmediatamente la distinción injustificada en la ley, solo basta con probar que la distinción se basa en un factor prohibido. Mientras que en otros casos es necesario estudiar el efecto o resultado desproporcional o perjudicial que produce a un colectivo en específico, se requieren indicios empíricos.

En el caso de las discriminaciones de *facto*, que significa literalmente de hecho, o sea, por la fuerza de los hechos. Se habla de discriminaciones estructurales o sistemáticas.¹⁸² En ellas se refleja parte de los efectos de las discriminaciones de *jure*, (toda discriminación de jure producirá también una de *facto* al momento de tener que aplicarse la norma en las actuaciones) así como las mismas de *facto* en colectivos específicos, son los tratos diferenciales sin justificación, se refleja en la

¹⁸¹ Courtis, Christian, *Dimensiones Conceptuales de la Protección Legal contra la Discriminación*, Comisión Internacional de Juristas de Ginebra. p.4.

¹⁸² Ruíz, Carbonell, Ricardo, *El Principio de Igualdad entre Hombres y Mujeres. Del Ámbito Público al Ámbito Jurídico Familiar*, véase en: <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/17585/1/RuizCarbonell.pdf>

exclusión y daños a los miembros de un grupo. También puede manifestarse por omisión, no solo por acción, esto ocurre cuando se tiene una obligación positiva pero no cumple a causa de una distinción prohibida, o genera un efecto de diferencia sobre un grupo protegido por ser considerado como grupo en situación de vulnerabilidad. Por ejemplo, en el caso de la desaparición de una persona la puedes reportar ante las autoridades a partir de las 72 horas, en el caso de la denuncia de un adolescente hombre, las autoridades proceden a realizar la investigación correspondiente, sin embargo, en el caso de ser una mujer adolescente no consideran que sea necesario reportarla como desaparecida durante las 72 horas, es necesario dejar pasar más tiempo por considerar que las mujeres tienden a huir con una pareja.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los Estados deben evitar realizar acciones que directa o indirectamente creen situaciones de discriminación de jure y de facto. En el caso de las discriminaciones de jure, pueden ser las leyes o disposiciones, civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, asimismo las acciones y prácticas de los funcionarios deben en base a la aplicación de las normas e interpretación de las mismas abstenerse de cualquier efecto discriminatorio. En este orden de ideas a las discriminaciones de jure las podemos entender como las que se encuentran en la misma ley, no necesariamente deben hacer un trato diferente injustificado literalmente en la ley para considerarse una discriminación, puede no percibirse directamente hasta el momento en que se materializarse en la aplicación de la norma. También cuando se favorecen las actuaciones y prácticas de los funcionarios a través de la ley.¹⁸³

¹⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, párr. 103.

3.5 Prohibición de discriminación y su aplicación para inmigrantes irregulares víctimas de delitos.

Los migrantes son un grupo en situación de vulnerabilidad, pero es necesario reiterar que efectivamente cualquier grupo en condiciones desfavorables necesita de acciones afirmativas para contrarrestar su posición desfavorable. Sin embargo, y no solo en el caso de los migrantes, su condición no les permite anteponerse a la misma ley que los protege y mucho menos aprovecharse de ella. En ese sentido toda persona que decida ingresar a México deberá cumplir con los requisitos establecidos en la Ley de Migración y cumplir y respetar las exigencias durante los procesos de ingreso que están dentro de su capacidad discrecional administrativa migratoria, incluso los mismos mexicanos deben presentar el pasaporte en las áreas de ingreso para acreditar su entrada al país.¹⁸⁴

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que actualmente existe una tendencia de xenofobia hacia los no nacionales, principalmente hacia los migrantes. Esto sucede especialmente en el ámbito de vivienda, educación, salud, trabajo y seguridad social. Esto es un problema a nivel mundial, sobre todo en países de origen, tránsito y destino de migración, (como en el caso de México que abarca todas las características de migración anteriormente mencionadas). En el caso de los inmigrantes irregulares siempre se encuentran en constante riesgo de ser víctimas de algún delito mientras transitan o residen dentro del país receptor. Por su parte, también sucede que son detenidos en centros administrativos, aun cuando el ordenamiento jurídico internacional proponga que la detención debería ser el último recurso que empleen los Estados. La Comisión ha detectado que a nivel internacional hay una tendencia en la que durante las

¹⁸⁴ De acuerdo a los artículos 35 y 36 de la Ley de Migración, incluso los mexicanos deberán presentar su pasaporte o cualquier otro documento que acredite su nacionalidad mexicana. Asimismo, los mexicanos al igual que los extranjeros solo podrán entrar y salir del territorio por los lugares destinados al tránsito internacional de personas por tierra, mar y aire.

detenciones se pueden terminar generando violaciones a los derechos de los inmigrantes detenidos. La realidad es que muchos países se ven en la necesidad de restringir más a los flujos migratorios irregulares a causa de la crisis humanitaria, económica que se vive en algunos países y el creciente problema de desempleo.¹⁸⁵ Ante esto la Comisión ha manifestado que es necesario implementar medidas que ayuden a eliminar la imagen de criminalización que hay hacia los inmigrantes irregulares para que se logre crear una sociedad más homogénea.¹⁸⁶

Es evidente que padecen una gran susceptibilidad y prejuicios los inmigrantes en México, especialmente los irregulares, el estigma social hacia ellos suele ser bastante agresivo en algunas ocasiones, aunque una de las cuestiones más alarmantes es que las organizaciones delictivas los han adoptado como un blanco fácil. Los inmigrantes irregulares se enfrentan a tratos despectivos por parte de la sociedad, a circunstancias sociales precarias, (razones por las que decidieron emigrar en principio), al acecho de la delincuencia por ser sujetos fáciles por su misma condición de irregulares. Es una realidad dura, sin embargo, cualquier

¹⁸⁵ De acuerdo a la Agencia de la ONU para los Refugiados en Ecuador, Colombia y Brasil se vive una crisis humanitaria tras el masivo número de inmigrantes venezolanos que intentan abandonar su país e ingresar de forma irregular a los países anteriormente mencionados. La OIM ha señalado que 2.3 millones de venezolanos que viven en el extranjero, o sea el 7.5 % de su población, más de 1.6 han huido desde el 2015. Mientras que en Europa 362, 000 refugiados y migrantes arriesgaron sus vidas cruzando el Mar Mediterráneo en 2016, 181, 400 llegaron a Italia y 173, 450 a Grecia. A mitad de 2017, más de 105, 000 refugiados y migrantes ingresaron Europa.

La Agencia de la ONU para los Refugiados, *Situación en Europa*, véase en: <https://www.acnur.org/emergencia-en-europa.html>

¹⁸⁶ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Lucha contra la Discriminación de los Migrantes*, véase en: <https://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/DiscriminationAgainstMigrants.aspx>

Estado receptor no solo en el caso particular de México, no puede simplemente acceder a recibir a cuanto extranjero decida transitar o residir dentro de su territorio. De ser así, ¿dónde quedarían sus intereses propios? Como su seguridad nacional y la protección a su propia soberanía.

Esta es la parte compleja en materia de migración, se deben crear normas que efectivamente protejan los intereses y control del país, pero que al hacerlo no vulnere los derechos de los inmigrantes irregulares. Se ha hecho alusión constantemente de la necesidad de crear medidas que favorezcan a los grupos que padezcan alguna desventaja como en caso de los inmigrantes irregulares que han sido víctimas de algún delito dentro de territorio mexicano. Si bien, la Ley de Migración menciona casos concretos en los que se podrán regularizar su situación migratoria dentro del país, pero es necesario que cumplan con los requisitos establecidos en la misma ley. En este caso tienen derecho a solicitar una regularización por haber sido víctima o testigo de algún delito dentro del país, pero solo es aplicable en el caso de que sea un delito grave. Ciertamente, los instrumentos internacionales reconocen la facultad de los Estados de imponer las restricciones que consideren necesarias para su propia protección e intereses, siempre que no se vulneren los derechos humanos de las personas, no obstante, en el caso particular de México considerar que solo podrán acceder a una regularización por especificar que solo procede en casos delitos graves, esto termina vulnerando el principio de igualdad ante la ley reconocido dentro de sus misma constitución.

Algunos académicos y organizaciones civiles¹⁸⁷ consideran que la Ley de Migración mantiene una postura de criminalización hacia los inmigrantes irregulares al permitirle al INM la detención de los inmigrantes que no acrediten una

¹⁸⁷ Red Migrante Sonora, Hermanos del Camino, La 72 hogar-refugio para migrantes, Casa del Migrante, Fundación para la Justicia y el estado democrático de derecho, FUNDAR, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova y WOLA.

regularización en estaciones migratorias, son detenciones que van desde las 36 horas (presentación),¹⁸⁸ que puede llegar hasta los 15 días hábiles y los 60 días naturales (por el aseguramiento en estaciones migratorias). Si el inmigrante decide interponer un recurso administrativo o judicial para solicitar una regularización o bien denunciar un delito del cual haya sido víctima, el plazo de detención en la estación se extenderá durante todo el proceso, por lo que muchas veces desisten del proceso. En algunas situaciones es aplicable la regularización por razones humanitarias, desafortunadamente el tiempo de encierro y la opacidad de las autoridades los orilla a elegir la deportación.

De acuerdo al principio de igualdad y no discriminación los Estados deben adoptar acciones afirmativas dirigidas los grupos vulnerables para preservar un estado de igualdad entre las personas más susceptibles ante el resto de la población. En este orden de ideas si dentro del territorio mexicano se vive una crisis humanitaria, una situación alarmante de seguridad respecto a los migrantes irregulares que son blanco fácil para la delincuencia, padecen en algunas ocasiones de tratos arbitrarios de las mismas autoridades (se debe principalmente a la falta de capacitación) o no suelen ser respetados por la sociedad mexicana. Debido a las inminentes adversidades que los termina colocando como sujetos pasivos de los cuantiosos delitos que suceden en México se deben crear medidas concretas que ayuden a contrarrestar esas situaciones, en primer lugar, para reforzar el principio de igualdad en base a formas de protección a través de la regularización por razones humanitarias en caso de haber sido víctima de algún delito. Esto como una acción afirmativa en apoyo a este grupo en situación de vulnerabilidad permitirá alcanzar el fin de los principios de igualdad y no discriminación. Asimismo, es una herramienta que les permite que continúen y participen activamente en las denuncias de hechos delictivos.

¹⁸⁸ De acuerdo al artículo 21 de la Constitución mexicana, la autoridad administrativa solo está facultada para privar de la libertad a través de la figura del arresto y no puede excederse de las 36 horas.

En los artículos 52 y 133 de la Ley de Migración se establece que: se les autorizara la regularización por razones humanitarias a los extranjeros que hayan sido víctimas o testigos de un delito grave cometido en territorio nacional. Al comienzo, el artículo 52 de la Ley de Migración hace alusión respecto a las formas de residencia en México, menciona nueve tipos, la número cinco es la residencia por razones humanitarias, en ninguna parte menciona que se requiera que sea un delito grave. Es señalado hasta el artículo 133 de la misma ley, en la fracción III, “*que el extranjero sea identificado por el Instituto o por autoridad competente, como víctima o testigo de algún delito grave cometido en territorio nacional*”. Además, la ficha 50 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios dispone que es necesario analizar el ordenamiento federal penal para determinar la gravedad del delito del que han sido víctimas. De no cumplir con los requisitos establecidos en la ley deberán abandonar el país.

Efectivamente, México como país receptor puede crear los requisitos que considere pertinentes para que los inmigrantes irregulares acrediten la regularización. De acuerdo a la Corte Interamericana una distinción entre dos personas no siempre supone la existencia de una discriminación y tampoco representa una violación al derecho de igualdad y no discriminación reconocido en el sistema interamericano.¹⁸⁹

3.6 Test de Igualdad y No Discriminación.

Desde la consolidación internacional de los derechos humanos se han aceptado dos formas para limitar a los derechos de las personas, la primera es la restricción y la segunda la suspensión. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

¹⁸⁹ Protocolo de Actuación para quienes imparten Justicia en casos que afecten a Personas Migrantes y Sujetas de Protección Internacional, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013, p. 47.

reconoce en su artículo 29.2 que todas las personas pueden ejercer sus derechos y libertades, no obstante, pueden estar sujetos a limitaciones para asegurar: la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la protección de la salud, la moral pública y los derechos y libertades de otras personas.¹⁹⁰ Esto permitirá crear el bienestar general para una sociedad democrática. Eventualmente los tratados internacionales en materia de derechos humanos consecuentes integraron las mismas formas de límites. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo integra en su artículo 4, la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo señala en su artículo 30 y 32.2, el Convenio Europeo de Derechos Humanos lo menciona en el artículo 18 y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos en su artículo 27.7.

*“Todos los derechos son susceptibles de regulación y de restricción”.*¹⁹¹ A través del test de igualdad y no discriminación se logra analizar si una restricción es adecuada con un derecho. Se busca analizar si una norma o acto administrativo generan restricciones que llegan a vulnerar a dicho derecho al crear situaciones de discriminación.¹⁹² Este test tiene un fin más específico a diferencia del resto. El orden jurídico contempla que en este principio se reconocen tratos diferenciados a ciertos grupos, porque no representan en sí mismos una vulneración, por el contrario, son distinciones que permiten crear una optimización de oportunidades para grupos específicos, es decir, acciones afirmativas. Sin embargo, en ocasiones las diferencias pueden ser contrarias al principio, de manera que la aplicación del test permitirá comprobar si la finalidad perseguida por la norma es legítima.

En los casos donde una ley o un acto administrativo produzcan vulneraciones al principio de igualdad y no discriminación se aplica el test de igualdad y no discriminación concretamente. Por medio de este test se puede analizar si la

¹⁹⁰ Vázquez, Daniel, *Test de Razonabilidad y Derechos Humanos...* Op. cit., p.53.

¹⁹¹ *Ibíd*em, p.53.

¹⁹² *Ibíd*em, p.77.

restricción general o particular produce efectos desfavorables a grupos específicos.¹⁹³ Los elementos del test provienen de tendencias alemanas y españolas con aportaciones estadounidenses y colombianas como se mencionó en el capítulo anterior, existe un criterio de evaluación exclusivo para un derecho tan complejo e importante como el derecho a la igualdad y no discriminación.

Para realizar el test de igualdad y no discriminación es necesario comenzar definiendo el nivel de escrutinio. Al hablar de un derecho tan complejo generalmente se considera que siempre deberá realizarse un escrutinio estricto, sin embargo, debo resaltar que en este test también son aplicables otros niveles de escrutinio como el intermedio y el débil.¹⁹⁴ Ahora, ¿qué implica el estricto? Este nivel es aplicable cuando una clasificación sospechosa que se relaciona con una de las prohibiciones de discriminación¹⁹⁵ afecta el goce de un derecho. Esta clase de limitantes recae principalmente sobre grupos de personas en situación de vulnerabilidad, grupos que suelen ser marginados, de manera que se termina generando mayor aislamiento para un grupo de personas.

¹⁹³ *Ibíd*em, p.77.

¹⁹⁴ El intermedio se aplica cuando afecta a un derecho que es constitucional pero no fundamental. Mientras que el débil, cuando es respecto a cuestiones económicas, tributarias, de política internacional, cuando está de por medio una competencia definida por la constitución, cuando se trata de una norma derogada que sigue manteniendo efectos y cuando una norma represente una amenaza a algún derecho, aunque no se aprecie a *prima facie*.

Vázquez, Daniel, *La Razonabilidad y el Contenido Esencial de los Derechos Humanos: propuesta de un test*, FLASCO-México, México, 2016, p. 53.

¹⁹⁵ Son las que específicamente menciona el artículo 1 de la Constitución. (Origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas).

Uno de los primeros criterios que debe tener la norma para que marque diferenciación a un grupo determinado de personas es la 1) *legitimidad del objetivo* de dicha diferenciación, en el caso de los inmigrantes irregulares existen diferenciaciones debido a la protección de la seguridad nacional, la soberanía del Estado receptor y el orden público. Son consideradas causas de restricción legítima para proceder a la deportación, no obstante, la regularización por razones humanitarias ha sido creada para atender a un grupo en situación de vulnerabilidad, es decir, a inmigrantes que han sido víctimas de un delito dentro de territorio mexicano. De acuerdo al artículo 72 de la Ley de Migración se deben implementar acciones que permitan brindar ayuda y atención a los migrantes que por distintos factores se ubiquen en situación de vulnerabilidad como niñas, niños y adolescentes, las mujeres, las *víctimas de delitos*, con discapacidad y adultos mayores. Los artículos 28 y 75 de la misma ley establecen que el INM trabajará en conjunto con organizaciones civiles e instituciones gubernamentales para la persecución de delitos en los que hayan sido víctimas los inmigrantes sin importancia de su estado migratorio. Asimismo, busca brindar una medida compensatoria a la situación de vulnerabilidad derivada del delito que han padecido a causa de las omisiones en la seguridad por parte del Estado. Al ser inmigrantes irregulares tienden a desplazarse por zonas controladas por grupos delictivos y poco vigiladas por parte de las autoridades, adicionalmente son un grupo adoptado como blanco del crimen organizado. De manera que la regularización por razones humanitarias es una medida que les permite superar su situación inicial de vulnerabilidad por ser inmigrantes irregulares y víctimas de un delito dentro de territorio mexicano. No obstante, si se plantea que hay diferencia de trato por tener que acreditar la regularización solo en casos de haber sido víctimas de un delito grave es necesario hacerlo desde un punto de vista comparativo, es necesario recordar como vimos al inicio de este capítulo que las diferencias funcionan de manera relacional. Se debe tener presente que el derecho de igualdad y no discriminación es complejo por implicar que todas las personas deben ser iguales ante la ley, es decir, que todas las personas son destinatarias de las normas, así

como usuarios del sistema de administración de justicia. Para que esto pueda ser efectivo se debe ajustar de manera que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales, esta premisa produce que se tengan que producir acciones afirmativas para ciertos grupos. Como sucede con la regularización por razones humanitarias en caso de haber sido víctimas de un delito.

De manera que limitar el acceso a esta herramienta no sigue un objetivo legítimo, no representa un verdadero enfoque de ayuda para un grupo en situación de vulnerabilidad como plantea la Ley de Migración. Esto sucede por fue creada para ayudar a inmigrantes regulares o irregulares que han sido víctimas de delitos, sin embargo, quienes más necesitan de esta herramienta son los inmigrantes irregulares, debido a su misma condición. Al establecer la restricción en la que solo podrán acceder a esta forma de regularización los que hayan sido víctimas de un delito grave puede interpretarse como un eufemismo para proceder a la deportación. La regularización para inmigrantes que han sido víctimas no representan una amenaza para los puntos planteados al inicio del test. Ciertamente, sucede lo que plantea Anderson, es necesario que sufran a grandes escalas para que se reconozcan formas reales de ayuda.

En este principio debe verificarse la situación jurídica de los sujetos a comparar para determinar si la situación es equivalente entre ellos. Esto permitirá determinar las prerrogativas jurídicas con las que cuentan los individuos de los que se plantean carencias y si las situaciones en las que se encuentren representan diferencias. Esta lógica consecuente permitirá saber si pueden o no recibir el mismo tratamiento. La misma constitución les exige a los legisladores que en algunos casos tengan mayor amplitud durante la creación de las normas, manteniéndose en los parámetros y condiciones constitucionales.

“Si bien es cierto que el Estado tiene la potestad de establecer requisitos de entrada y permanencia de personas extranjeras en territorio

*mexicano, las normas de origen internacional imponen ciertos límites relacionados con la protección a los derechos humanos. El poder Judicial de la Federación ha determinado que la facultad discrecional no es absoluta, no faculta autoridades a dejar de fundar y motivar correctamente sus resoluciones”.*¹⁹⁶

Esta forma de regularización surge como una medida compensatoria, como exige el mismo principio de igualdad y no discriminación. Una verdadera medida de optimización dirigida a un grupo en situación de vulnerabilidad supone atención por parte de las autoridades y que cuenten con capacitación para brindar la atención adecuada. Este es un punto importante en el caso de tratar con víctimas de delito independientemente del nivel de gravedad.

Por tanto, esta acción afirmativa surge para nivelar la situación de personas que ya presuponen un estado de vulnerabilidad por ser inmigrantes. El fin planteado en esta medida es poder otorgar una forma de residencia a los extranjeros que han sido víctimas de un delito dentro de territorio mexicano para poder mantener el seguimiento de su denuncia. En el caso de los extranjeros no pueden darle la continuidad adecuada a la denuncia si no residen en México, para ello es necesario contar con la residencia por razones humanitarias. Esta medida se crea para fungir como una herramienta que les facilite el acceso a la justicia y brinde atención debido a su situación como víctimas. Sin embargo, las especificaciones en el artículo 133 fracción III y 50 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios producen una diferenciación entre inmigrantes irregulares dependiendo del nivel de gravedad del delito, asimismo hace diferenciación entre inmigrantes regulares, debido a que estos últimos no deben justificar el nivel de gravedad del delito para acreditar esta regularización.

¹⁹⁶ Tesis Aislada: 1ª CLXXXVII/2001 (9ª) Semanario de la Federación y su Gaceta, Libro I, Décima Época, octubre de 2011, Tomo 2, p. 1088. Registro IUS: 160855.

Personas en condición de víctimas no suponen una amenaza para la seguridad nacional, el bien común y la soberanía nacional. Al no ser una amenaza a las principales razones de restricciones de cada Estado y siendo víctimas de un delito no hay necesidad de marcar diferencias que no obedecen a un fin objetivo. Dicha diferenciación perpetua el estado de vulnerabilidad por una diferencia basada en niveles de gravedad. Las personas no son menos o más víctima dependiendo del nivel de gravedad, el acceso a la justicia no se acredita dependiendo del nivel de gravedad del delito.

*“El sistema Nacional de Atención a Víctimas garantizará los servicios de ayuda, atención, asistencia, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral de los extranjeros que hayan sido víctimas del delito o de violaciones a derechos humanos en México”.*¹⁹⁷

La medida debe contar con 2) *adecuación o idoneidad causal*, para acreditar este punto la medida debe ser la más idónea. La finalidad de las políticas migratorias en México es permitir a los extranjeros un trato digno y respetuoso de sus derechos humanos, al igual ha solicitado el mismo trato para sus connacionales que se encuentran radicando en el extranjero. De manera que México ha reconocido el derecho de igualdad a nivel constitucional para todas las personas dentro de su territorio, esto exige que implementen medidas para proteger los derechos humanos de todas personas dentro de su país. Los inmigrantes son altamente vulnerables, especialmente los irregulares. Por esa razón existen herramientas como la regularización por razones humanitarias, en caso de ser víctimas de abuso de autoridad y especialmente de la delincuencia organizada. La diferenciación entre inmigrantes, donde solo podrán obtener la regularización los que hayan sido víctimas de un delito grave no es la medida más idónea. No tiene un verdadero enfoque de ayuda, esto se debe en gran medida a los problemas estructurales que ha desarrollado la herramienta.

¹⁹⁷ Artículo 112 de la Ley General de Víctimas.

*“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil desligar de la no discriminación”.*¹⁹⁸

En este sentido, la diferencia entre los mismos extranjeros que establece el artículo 133 fracción III de la Ley de Migración no obedece al principio de igualdad, hace diferencias motivadas por condiciones que no admite el artículo 1 constitucional, (nacionalidad) no obedece al fin que plantea la constitución. La exigencia de garantía del derecho de igualdad se materializa cuando la acción afirmativa cumple su fin, es decir, la optimización de condiciones y derechos de un grupo en situación de vulnerabilidad, de no hacerlo no cumple con el fin de una acción afirmativa efectiva, no crea un estado de igualdad. No plantea un nexo de causalidad claro y explícito con el objetivo que desea cumplir. Al ser un derecho que funciona en relación a otros, se genera una diferenciación entre los mismos inmigrantes dependiendo de su estatus migratorio, a pesar de que ambos se encuentran en situaciones similares.

*“En este sentido, no se cumplirá el requisito de adecuación cuando la medida legislativa no contribuya a la obtención de su fin inmediato. Tratándose de las prohibiciones concretas de discriminación, en cambio, será necesario analizar con mayor intensidad la adecuación, siendo obligado que la medida esté directamente conectada con el fin perseguido”.*¹⁹⁹

¹⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, op. cit., párr. 83.

¹⁹⁹ PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE. Tesis 2ª LXXXII/2008. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, junio de 2008. Novena Época, pág. 448. Tesis Aislada (Constitucional)

Si bien, los legisladores no deben justificar y motivar la medida debido a que se considera que el principio de igualdad ya es un mandato vinculante para el legislador. Por tanto, quienes valoraran si cuenta con una justificación objetiva y razonable son los órganos de control.²⁰⁰ En el caso de la distinción para los inmigrantes irregulares que no acreditan ser víctimas de un delito grave no crearon esa regla en base a los principios con los que se encuentran vinculados como órgano legislativo. No hay razón para implementar dicha restricción que genera efectos desfavorables para los inmigrantes irregulares víctimas de un delito, a pesar de su estado de vulnerabilidad. Los legisladores con base en la Constitución tienen la obligación de extender el principio de igualdad en toda acción legislativa para que tenga un impacto significativo para todas las personas. Esto no quiere decir que se les restrinja la creación de leyes que a su consideración sean necesarias, pero si deben ser cuidadosos al momento de hacerlo. Especialmente, respecto al derecho de igualdad y no discriminación por servir como criterio básico en la producción de normas, así como los efectos que tiene en la interpretación y aplicación.

*“Abstención de realizar acciones que directa o indirectamente creen situaciones de discriminación de jure o de facto, lo que implica la prohibición de emitir leyes o disposiciones, o de favorecer prácticas y actuaciones de agentes estatales, que tengan como consecuencia la discriminación directa o indirecta de las personas”.*²⁰¹

²⁰⁰ FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LEYES QUE DAN TRATO DESIGUAL A SUPESTOS HECHOS EQUIVALENTES. NO NECESARIAMENTE DERIVAN DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY CORRESPONDIENTE O DEL PROCESO LEGISLATIVO QUE LE DIO ORIGEN, SINO QUE PUEDEN DEDUCIRSE DEL PRECEPTO QUE LO ESTABLEZCA. Tesis: 2º XXVII/2009. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIX, Marzo de 2009. Novena Época, pág. 470. Tesis Aislada (Constitucional).

²⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18/03: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, op. cit, párr.110.

La situación estructural de dicho proceso administrativo termina produciendo discriminaciones hacia los inmigrantes irregulares que han sido víctimas de un delito. De acuerdo a la Corte Interamericana “*el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables*”.²⁰²

Esta forma de regularización surge por la necesidad de atender un problema que padece un grupo en situación de vulnerabilidad, como en el caso de los inmigrantes irregulares que han sido víctimas de un delito. Sartori señala que tratar a favor de cierto grupo de personas abre una caja de pandora por crear ventaja o bien, como el mismo menciona *privilegios* a un grupo, lo que produce desventajas para la mayoría.²⁰³ La realidad en este caso es que no se está creando una igualdad de oportunidades efectiva, además de que no genera desventajas para nadie, ni hacia el mismo Estado. En la mayoría de los casos se perpetua la impunidad del delito que se ha cometido, debido a la irregularidad de la víctima. Esta es una situación donde la acción afirmativa en favor de un grupo en situación vulnerable no cumple su fin, no produce una mejor posición en la que puedan usar esta herramienta para acceder a una regularización y defender sus derechos.

De acuerdo al artículo 1 constitucional, México afirma que el principio de igualdad es general, así como el disfrute de los derechos humanos reconocidos en la misma, asimismo menciona la prohibición de discriminar. En este orden de ideas,

²⁰² La Corte adoptó este criterio fundamentándolo en la Observación General Núm. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vid. Corte Interamericana de Derecho Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie 251, párr. 229.

²⁰³ Sartori, Giovanni, “*Igualdad*”, *¿Qué es la democracia...* op, cit, p.175.

se entiende que México adquirió un gran compromiso incluso con los extranjeros, por esa razón las disposiciones de la Ley de Migración no pueden generar procesos que conlleven a efectos discriminatorios entre extranjeros dentro del país. De haber mantenido más cerrado este reconocimiento en la constitución como hacen otros países, la diferencia en relación a otros, al momento de la regularización por razones humanitarias no supondría una discriminación de *jure*. Dicha discriminación existe por marcar una diferencia en la ley y conlleva a discriminaciones de *facto*; al momento de efectuarse las actuaciones de los agentes migratorios, ellos se basan y actúan en base a la ley. Sus actuaciones se basan en una norma y los efectos al momento de materializarse llegan a producir perjuicios para un grupo específico.

El problema de la distinción que hace para poder acceder a ella es que no cuenta con una justificación legal constitucionalmente hablando, por solo permitir la regularización a las víctimas en caso de un delito grave. Dado que la medida impuesta por el legislador no cuenta con una justificación a la diferencia que genera entre los inmigrantes al crear tratos distintos a pesar de estar en situaciones similares. La aplicación de dicho precepto normativo provoca que el inmigrante irregular tenga que acreditar la gravedad, mientras que el regular no, a pesar de estar en situaciones similares. No se concentra en el hecho de que ambos son víctimas. Es una herramienta enfocada para un grupo en situación de vulnerabilidad, sin embargo, no tiene un verdadero enfoque de ayuda. Además, la Ley de Migración en sus artículos 11 y 12 reconoce el acceso a la justicia en materia penal para los migrantes independientemente de su situación migratoria, carece de sentido reconocer un derecho del que no podrán hacer uso efectivo al tener que ser deportados. En ese caso, el acceso a la justicia está reservado para los mexicanos y los extranjeros regulares que pueden cambiar su situación migratoria a la de residencia por razones humanitarias sin necesidad de acreditar gravedad en el delito. De acuerdo a la Suprema Corte de la Nación el artículo 133, fracción III, resulta inconstitucional, porque genera un trato desigual entre los sujetos que se encuentran en supuestos similares y no existe una razonabilidad en la diferencia que hacen entre ellos. *“En la medida que tenemos distintas reglas y principios*

conviviendo en el sistema jurídico, podemos tener colisiones entre reglas y colisiones entre principios. Las formas en que se resolverán cada una de estas colisiones son diferentes".²⁰⁴

Al existir discriminación en la ley también se refleja en la estructura del sistema donde se emplea. *Organizaciones civiles*²⁰⁵ detectaron que dicha diferencia injustificada en la Ley de Migración termina generando que las autoridades judiciales prefieran desistir del seguimiento de la denuncia y deportar a los inmigrantes que han sido víctimas de delitos.

Los criterios que integran un test funcionan de forma acumulativa, si acredita el primero significa que la norma si cumple adecuadamente con el principio y se avanza para seguir comprobando que es adecuada. En el caso de la restricción del artículo 133 fracción III decidí mantenerlo hasta el segundo punto. En este sentido, no se acreditan los criterios consecuentes, por lo que no se proseguirá con los dos últimos criterios que abarca el test de igualdad y no discriminación. Los siguientes criterios eran demostrar la 4) necesidad de dicha restricción mientras que la última era la 5) proporcionalidad en sentido estricto, consiste en demostrar el balance que se debe generar en la diferenciación y el objetivo imperioso.²⁰⁶

Se han creado Fiscalías Especializadas en Atención a los Delitos Cometidos en Contra de Inmigrantes locales y una unidad federal como respuesta a las crecientes cifras de delitos contra migrantes y evitar que se mantenga la impunidad de los delitos cometidos, pero no ha mejorado mucho la situación. De nada sirve

²⁰⁴ Vázquez, Daniel, *Test de Razonabilidad y Derechos Humanos...Op.cit., p.20.*

²⁰⁵ Red Migrante Sonora, Hermanos del Camino, La 72 hogar-refugio para migrantes, Casa del Migrante, Fundación para la Justicia y el estado democrático de derecho, FUNDAR, Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova y WOLA.

²⁰⁶ Vázquez, Daniel, *Test de Razonabilidad y Derechos Humanos...Op. cit., p.96.*

crear herramientas que no representan un impacto significativo. En muchas ocasiones los funcionarios justifican que la falta de resultados se debe a que las víctimas no se mantienen un solo lugar o son deportados y no se puede mantener la investigación. A esto se suma que las autoridades no siempre saben cómo encuadrar los delitos o que deliberadamente los ponen como un delito menor para que no proceda la regularización y pueda ser descartada la investigación. Las asociaciones civiles han detectado que estas prácticas son muy usuales en el estado de Tabasco.²⁰⁷ Aunado a esto, las autoridades presentan una falta de capacitación especializada y no cuentan con procesos de sensibilización cuando deben aplicar la ley. También genera un impacto ante las actuaciones deficientes, los altos niveles de corrupción por parte de los funcionarios, ya sea, de las Fiscalías o del INM.²⁰⁸ Las autoridades prefieren enfocarse en los casos de migrantes visualizándolos no como las víctimas, sino como parte de los mismos grupos delictivos. Esto sucede a pesar de que los inmigrantes son sometidos a trabajar a base de fuerza o coerción. (Como en el caso de las mujeres migrantes donde suelen ser blancos para la trata de personas). Durante los procesos migratorios administrativos para la regularización por razones humanitarias y en el caso de denuncias de delitos contra migrantes, las autoridades responsables llegan a vulnerar derechos de los inmigrantes irregulares, en gran medida se debe a la falta de capacitación, a la falta de interés y a que en muchas ocasiones se encuentran coludidos por participar con organizaciones criminales. Durante el año 2016 no se presentaron investigaciones, enjuiciamientos o condenas de empleados gubernamentales que son están implicados en trata de personas en conjunto con organizaciones de crimen organizado.²⁰⁹

²⁰⁷ The Wasington Office on Latin America, *El Acceso a la Justicia...* Op. cit., p.9.

²⁰⁸ Centro de Derechos Humanos Fray Matías De Córdova, *Criminalización de Mujeres Migrantes, Análisis de seis casos en la frontera sur*, México, octubre de 2017.

²⁰⁹ Departamento de Estados Unidos, *Trafficking in Persons Reports 2017*, véase en: <http://www.stage.gov/j/tip/rls/tiprpt/2017/>

En el informe presentado por Mariana Zaragoza, Coordinadora del Programa de Asuntos Migratorios de la Universidad Iberoamericana y Diego Lorente, Director General del Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A.C., en el Tribunal Superior de Chiapas en febrero de 2018, expusieron seis casos de mujeres inmigrantes irregulares y los distintos problemas a los que se tuvieron que enfrentarse cada una de ellas. Respecto a la regularización por razones humanitarias, Diego Lorente, destacó que es una herramienta nula, realmente no tiene ningún efecto sobre los migrantes, son pocas las ocasiones en las que suele ser procedente y lo peor es para los inmigrantes irregulares que se encuentran dentro de estaciones migratorias, porque deben quedarse privados de su libertad durante todo el trámite.²¹⁰ El nivel de desesperación mientras están encerrados es tanto que en ocasiones tienen que desistir por considerar que jamás habrá solución para el delito que padecieron o una respuesta afirmativa para su solicitud de regularización.

La regularización por razones humanitarias es una herramienta con el fin de crear oportunidades de acceso a la justicia para inmigrantes irregulares que han padecido algún delito dentro de México, la cuestión es que no cumple dicho fin. No obedece al principio de igualdad constitucionalmente reconocido correctamente por lo que termina generando vulneración al derecho a la igualdad y acceso de justicia de los inmigrantes irregulares que han sido víctimas de un delito. Esto a causa de la misma ley, por marcar una limitación que carece de propósito, cuando establece que solo es aplicable en caso de delitos graves, produce que se desencadenen múltiples problemas en las actuaciones de autoridades judiciales y de los agentes migratorios.

²¹⁰ Presentación del libro *Criminalización de Mujeres Migrantes, Análisis de seis casos en la Frontera Sur*, en el Tribunal Judicial de Chiapas, febrero de 2018.

Es plausible que se implementen herramientas como la regularización por razones humanitarias en el caso de haber sido víctima de algún delito. El problema surge cuando la herramienta no obedece correctamente a los principios constitucionales y termina produciendo una acción de inconstitucionalidad. “...*la inconstitucionalidad de una norma trae aparejadas consecuencias diversas en cada uno de los modelos de orden jurídico*”.²¹¹ Esto supone una invalidez, es una creación irregular de la norma por no cumplir con los requisitos que imponen las normas contenidas en la constitución (como el artículo 1 con el principio de igualdad), “*las normas máximas en la jerarquía para la creación de normas*”.²¹²

Conclusiones.

México es un país que abarca todas las dimensiones de la migración, esto produce que se enfrente a desafíos voluminosos en esta materia, uno de ellos es el alto estado de vulnerabilidad de las personas migrantes, sobre todo en el caso de inmigrantes irregulares. El comportamiento de los flujos migratorios depende de las políticas migratorias, es una realidad poco asociada pero que influye directamente en el comportamiento del flujo irregular de migración. La irregularidad como una creación artificial depende directamente del nivel de restricción de las normas de cada Estado, en el caso de la vulnerabilidad no depende directamente de las políticas y normas, pero estas influyen considerablemente, son una variable explicativa de la misma condición de vulnerabilidad.

Combatir la vulnerabilidad es complicado, para ello hace falta conocer los factores y características específicas que afectan a determinados grupos sociales. Por esta razón los hallazgos y estudios de las sociedades civiles logran evidenciar las condiciones y situaciones de vulnerabilidad a las que se enfrentan los inmigrantes irregulares en México. Los datos emitidos por las organizaciones sociales e instituciones públicas demuestran factores estructurales y culturales que

²¹¹ Perot, Martín, *Inconstitucionalidad, legalidad...* Op. cit., p. 121.

²¹² *Ibidem*, p. 122.

en ocasiones son perjudiciales durante los procesos administrativos para la regularización en caso de haber sido víctima de un delito. Efectos estructurales que surgen debido a que la misma norma establece discriminaciones en su aplicación. Las diferenciaciones son una parte esencial en materia de migración, sin embargo, es necesario que cumplan con un fin proporcional, objetivo y racional.

El marco normativo de México reconoce que los inmigrantes tienen los mismos derechos que los mexicanos dentro su territorio, con algunas excepciones establecidas en la Constitución. Esto significa que la discriminación está estrictamente prohibida para los extranjeros, por tanto, la creación de normas administrativas destinadas al tratamiento y control de los inmigrantes deben regirse por el principio de igualdad y no discriminación. De manera que la regularización por razones humanitarias además de crearse para subsanar el estado de vulnerabilidad como inmigrantes y víctimas de delito funciona como puente para que se pueda crear un verdadero acceso a la justicia. Los inmigrantes pueden hacer uso de los instrumentos jurisdiccionales en México, sin embargo, en el caso particular de los inmigrantes irregulares dependen de una forma de residencia para poder estar presentes durante el proceso.

Es bastante usual que la sociedad e incluso algunos especialistas en el tema consideren que el reconocimiento de los grupos en situación de vulnerabilidad produzca constantes ampliaciones a los derechos humanos. Si bien, el sistema interamericano ha hecho varios reconocimientos de derechos en materia de migración, como en el caso del principio de igualdad y no discriminación. Este derecho es bastante complejo y tiene un espectro de responsabilidad bastante amplio, sin embargo, no deja de ser una obligación para los sistemas normativos internos. Tampoco representa una proliferación desmedida de derechos humanos, el reconocimiento de derechos se hace en base al análisis de los factores sociales que demuestran la necesidad de reconocimiento y aplicación.

Esta medida de regularización emerge como una necesidad, debido al alto índice de delitos cometidos contra inmigrantes irregulares. El problema surge por la restricción a los inmigrantes irregulares en la que deben comprobar el nivel de gravedad para acreditar la regularización por razones humanitarias. Las diferenciaciones arbitrarias no son evidentes, se logran reconocer durante el proceso, por ello las organizaciones civiles dedicadas al apoyo de inmigrantes irregulares han señalado reiteradamente que esta es una herramienta nula, funciona más como un eufemismo para proceder a la deportación y descartar las denuncias realizadas por inmigrantes irregulares.

Comprobar la existencia de una discriminación en una norma es bastante complejo, para ello existen herramientas jurídicas como el test de igualdad y no discriminación. A través de dicho test se comprueban los perjuicios que se generan a ciertos grupos sociales debido a las restricciones que carecen de objetividad. La regularización por razones humanitarias en caso de haber sido víctima de un delito, representa un problema que no se logra apreciar con facilidad. ¿Cómo sucede? La restricción que establece el artículo 133 fracción III, produce diferenciaciones que se consideran discriminaciones de *jure*, por consecuencia produce discriminaciones de *facto*.

La igualdad y no discriminación es una norma que debe ser ampliamente protegida por pertenecer al dominio de *jus cogens*, esta revestida de un carácter imperativo, las obligaciones *erga omnes* de protección producen vinculaciones para todos los Estados y para todas las actuaciones emitidas por cada uno de ellos. Tal es el caso, que México debe abstenerse de realizar acciones que directa o indirectamente creen situaciones de discriminaciones de *jure* o *facto*, de manera que tiene prohibido emitir normas, disposiciones, o de favorecer prácticas o actuaciones de agentes del estado que produzcan como consecuencia una discriminación. Se debe evitar también que la adopción de medidas positivas, como la misma regularización por razones humanitarias, que supongan situaciones de perjuicio a un determinado grupo. El principio de igualdad y no discriminación

implica que no puede privarse a una persona del goce de sus derechos por un estatus migratorio, esto incluye derechos sociales, laborales y el acceso al debido proceso.

La regularización en caso de ser víctima de un delito surgió como una acción afirmativa para proteger a los extranjeros del estado de vulnerabilidad en el que se encuentran y para subsanar las omisiones de seguridad en México. No obstante, en ocasiones se crean acciones afirmativas que de forma directa o indirecta producen situaciones de discriminación para las personas. En este sentido, son adecuaciones legislativas en las que la medida no contribuye al fin. Por tanto, la regularización por razones humanitarias crea diferenciaciones entre personas en la misma situación que no permiten compensar realmente la situación de vulnerabilidad, ni el estado como víctima de delito. El perjuicio no se logra apreciar en la misma norma, es posible desde lo estructural, es decir durante el proceso. En consideración a lo anterior se puede decir que las organizaciones civiles e instituciones dedicadas a la protección de los inmigrantes juegan un papel importante para la detección de problemas estructurales. Han demostrado también la falta de interés y voluntad por parte de las autoridades para investigar delitos cometidos en contra de inmigrantes irregulares demuestra la fragilidad del sistema político institucional que enmarca las acciones de control y protección en materia de migración. Asimismo, se refleja la debilidad del sistema de protección para inmigrantes víctimas de delitos, resultado de la opacidad en las actuaciones de los agentes del INM y de la Fiscalía Especializada en Atención a los Delitos en contra de Inmigrantes.

Las acciones afirmativas no representan un detrimento para el resto de personas, son una forma de colocarlos en las mismas condiciones. La evolución social ha demostrado que la igualdad se logra a través de medidas compensatorias, esto produce que realmente puedan acceder a un desarrollo pleno y puedan gozar de sus derechos efectivamente. De nada sirve otorgar derechos de los que no podrán hacer uso debido a sus condiciones de desventaja. No existe justificación razonable a la medida impuesta por el legislador en la exposición de motivos, ni en

la misma ley, la restricción establecida en el artículo 133 fracción III de la Ley de Migración resulta inconstitucional, toda vez que genera un trato desigual entre personas que se encuentran en supuestos similares, sin que exista razonabilidad en la diferencia de trato que se pretende en la ley.

La finalidad de comprobar la existencia de discriminaciones en el proceso para regularización por razones humanitarias en el artículo 133 fracción III de la Ley de Migración no es para que simplemente se les autorice una forma de residencia a todos los inmigrantes irregulares dentro de México. Tampoco se busca plantear la disolución de la deportación, pero es necesario que las medidas de regularización y estancia dentro de México estén bien planteadas y obedezcan a los principios que rigen el sistema normativo nacional, especialmente cuando van dirigidas a víctimas de delitos.

Fuentes consultadas.

Bibliografía.

- ARAGONES, Ana, María, *Migración y Desarrollo, Debates y propuestas*, UNAM, México, 2013.
- BIRKMANN, Jörn, “Measuring Vulnerability to Promote disaster-resilient societies: Conceptual frameworks and definitions”, *Measuring Vulnerability to Natural Hazards*, United Nations University Press, India, 2006.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Trad. De Pedro Aragón, Ed. Paidós, I.E.C. Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, Buenos Aires, México, 1993.
- BURGOA, ORIHUELA, Ignacio. *Las garantías individuales*, 27ª Ed. Porrúa. México, 1995.

- BUSTAMANTE, Jorge, El Marco Jurídico de la Migración y Derechos Humanos de los Migrantes, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
- CARBONELL, Miguel, Comp., *El Principio Constitucional de Igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.
- CARBONELL, Miguel, *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2007.
- CARBONELL, Miguel, et al., *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ª Ed., Ecuador, 2008.
- DIENHEIM, Barriguete, Cuauhtémoc Manuel. *Constitucionalismo Universal: la internacionalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, editorial Ad Hoc, 1ª Ed., octubre 2009.
- DÍAZ de León, Maco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, 2a. ed., México, Porrúa, t. II, 1989.
- DWORKIN, Ronald, *Virtud Soberana, La Teoría y la Práctica de la igualdad*, Trad. de Fernando Aguiar y María Bertomeu, Ed. Paidós, España y Argentina, 2003.
- HERNÁNDEZ, Maximiliano, *La Investigación Argumentada, Bases del Discurso en la Ciencia y en el Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2017.
- HERRERA, Joaquín, *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*, en el vuelo de anteo, Desclée de Brouwer, España, 2000.
- HERRERA, Luis (Coord.), *México País de Migración*, Siglo XXI Editores, 2009.
- LAGUNES, GASCA, Ricardo, *Las Estrategias de Litigio en el Combate a la Criminalización de los Migrantes en la Frontera Sur de México*, 2007.
- MUÑOZ, AUNIÓN, Antonio y Hinojosa, Carlos, *El Tráfico de seres Humanos y la Asistencia a la Inmigración Irregular*, Porrúa, México, 2013.
- SILVA, Quiroz, Yolanda, *Transmigración de Centroamericanos por México: su Vulnerabilidad y Derechos Humanos*, El Colegio de la Frontera Norte, México, 2014.

- PAMPILLO, BALIÑO, Juan Pablo, (coord.). *Derecho de la Migración*, Porrúa, 1ª Edición, México, 2014.
- RAMÍREZ, GARCÍA, Telésforo y Castillo, Ángel, Manuel, coordinadores, *México ante los Recientes Desafíos de la Migración Internacional*, Consejo Nacional de Población, México, 2012.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, 2ª Edición, Trad. de María Dolores, Harvard University Press , Cambridge Massachusetts, 1995.
- RODRÍGUEZ, ZEPEDA, Jesús, *Un Marco Teórico para la Discriminación*, Ed. CONAPRED, México, 2006.
- RUÍZ, GARCÍA, Laura, *El Derecho Migratorio en México*, Porrúa, México, 2006.
- SILVA, CARREÑO, Jorge Ignacio, *Derecho Migratorio en México*, Porrúa, México, 2004.
- VÁZQUEZ, Daniel, *Test de Razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para armar restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, Universidad Autónoma de México, México, 2018.

Revistas y artículos.

- CRUZ, Villalon, P., “Formación y evolución de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nª 25, 1989.
- WITKER, Jorge, *Derecho de los Extranjeros*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- EVERETT S. Lee, *A theory of migration*, University of Pennsylvania.
- FACIO, Alda, *El Derecho a la No Discriminación*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- FERNÁNDEZ, Rozas, José, Carlos, Extranjería: Principios de Derecho Internacional General, Universidad Complutense de Madrid, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nª 11, España, marzo de 1991.

- FREEMAN, Gary, Academy of Political and Social Science, *Can Liberal States Control Unwanted Migration?*, 1994.
- SCHAIN, Marin, *The European Journal of International Law*, Vol. 20 no.1 EJIL; 2009, *The State Strikes Back: Immigration Policy in the European Union*.
- BAYEFSKY, Anne, *The Principle of Equality o Non-Discrimination in International Law, Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N^o 1-2, 1990.
- DÜVELL, Franck, Triandafyllidou, A., & Vollmer, B, *Ethical issues in irregular migration research in Europe. Population, Space and Place*, 2009.
- LEVINSON, Amanda, *The Regularisation of Unauthorized Migrants: Literature Survey an Country Case Studies*, Centre of Migration, Policy an Society, University of Oxford, 2005.
- BRIDGET, Anderson, *Illegal immigrant; victim or villain?* ESRC Centre on Migration, Policy and Society, University of Oxford, 2008.
- JOPPKE, Christian, *Why Liberal States Accept Unwanted immigration*.
- LEVINSON, Amanda, *Why Countries Continue to Consider Regularization*, Migration Policy Institute, septiembre, 2005.
- APAP, Joanna, Philippe, De Bruycker and Catherine, Schmitter, *Regularisations of Illegal Aliens in the European Union: Summary Report of a Comparative Study*, Brussels: Bruylant Publisers.
- BATALOVA, Jeanne, Shymonyak, Andriy and Mittelstadt, Michelle, *Immigration Data Matters*, Migration Policy Institute, marzo, 2018.
- MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho Fundamental a no ser discriminación por razón de sexo*, Comisión Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, México, 2005.
- NASH, Claudio, *Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008)*, Anuario de la Comisión de Derechos Humanos de Chile, Chile, 2008.
- Organización Internacional de las Migraciones, *Reporte de la migración Internacional*, 2018.

- GARCÍA, Clarck, Rubén, “*Derecho a la Diferencia y Combate a la Discriminación*” *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2007.
- VILLAFUERTE, Solís, Daniel, *Migración, Derechos Humanos y Desarrollo, Aproximaciones desde el Sur de México y Centroamérica*, Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas, México, 2014.
- CHAMPO, Mihael, *La Víctima en el Derecho Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013.
- SILVA, Quiroz, Yolanda, *Transmigración de Centroamericanos por México: su Vulnerabilidad y Derechos Humanos*, El Colegio de la Frontera Norte, México, 2014.
- MARCHIORI, Hilda, *Los Procesos de Victimización. Avances en la Asistencia a Víctimas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010.
- FERRAJOLI, Luigui, *La igualdad y sus Garantías*, Semanario sobre Igualdad, Montevideo, 12 de junio de 2008.
- PORTOCARRERO, Quispe, Jorge, Alexander, *El Derecho al Debido Proceso en el sistema Interamericano sobre Derechos Humanos*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 2005.
- MANDRILE, Matteo, Constanza, Argenterì, (coords.) *Derechos de personas migrantes*, manual regional, Organización Internacional para las Migraciones.
- SANTIAGO, Mario, Coord. *Acciones Afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2011.
- CORNELIO, Rosa, *Los Derechos de los Inmigrantes de la Frontera Sur de México*, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, España, 2015.
- FACIO, Alda, *El Derecho a la No Discriminación*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- TAMÉS Regina L. et al., *Igualdad y No Discriminación entre mujeres y hombres*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, México, 2013.
- COURTIS, Christian, *Dimensiones Conceptuales de la Protección Legal contra la Discriminación*, Comisión Internacional de Juristas de Ginebra.

- Migration Policy Practice, *a bimonthly journal for and policymakers worldwide*, december, 2015.
- MORALES, Sánchez, Julieta, *Despenalización de la Migración Irregular en México: Análisis y perspectivas de la Reforma de la Ley General de Población de 21 de julio de 2008*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015.
- PÉREZ, Edward, *En el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2016.
- SOTO, Armando, *La Controversia Constitucional y la Acción de Constitucionalidad como Medios de Control de la Constitución*, Universidad Autónoma de México, México, 2016.
- CONTRERAS, Francisco, *La idea de Igualdad en el pensamiento Político de Kant*, Universidad Carlos III de Madrid, Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas, España, julio-diciembre de 2000.
- GUEVARA, José, Antonio, *Marco Institucional y Normativo en Materia de Migración Internacional en México*, Instituto de Estudios y Divulgación sobre Migración, 3 de julio de 2011.
- BERNAL, Pulido, Carlos, *Derechos Fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- PELLETIER, Paola, *La “Discriminación Estructural” en la Evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, julio-diciembre de 2014.
- DERDERIAN, Katharine et al., *Respondiendo a los Flujos Mixtos de Migración: Una perspectiva Humanitaria*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San Paulo, junio de 2009.
- ARZIPE, Lourdes, *La Migración por Revelos y la Reproducción Social del Campesinado*, Centro de Estudios Sociológicos, El Colegio de México, México, 1980.
- BUSSO, Gustavo, *Vulnerabilidad Social: Nociones e Implicaciones de Políticas para Latinoamérica a Inicios del Siglo XXI*, Comisión Económica para América latina y el Caribe, CEPAL, Chile, junio 2001.

- VILLEGAS, Francisco, *“Análisis de las Relaciones Asimétricas”, Interdependencia ¿Un enfoque útil para el análisis de las relaciones México-Estados Unidos?*, Colegio de México, México, 1990.
- LÓPEZ, Sergio, *Las acciones de Inconstitucionalidad en la Constitución Mexicana: Balance Empírico de Doce años de ejercicio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Revista de Derecho Constitucional, México, julio-diciembre 2009.
- SILVINA, Ribotta, *Sobre la Propuesta de Igualdad en Norberto Bobbio*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía de Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, revista núm. 14. 2010.
- Organización Internacional para las Migraciones, *Migración Irregular y Flujos Migratorios Mixtos: Enfoque de la OIM*, octubre, 2009.
- Procuraduría General de la República, *Protocolo de Actuación Ministerial de investigación de delitos cometidos por y con contra de Personas Migrantes en Condiciones de Vulnerabilidad y de aquellas sujetas de Protección Internacional en Territorio Nacional*, noviembre, 2016.
- Consejo Ciudadano del Instituto de Migración, *Personas en detención migratoria en México; Misión de Monitoreo de Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración*, México, julio 2017.
- Red de Documentación de las Organizaciones Defensoras de Migrantes, *Migrantes en México: recorriendo un camino de violencia*, informe 2016, México.
- Servicio Profesional de Derechos Humanos, *Las reformas Constitucionales en Materia de Derechos Humanos*, México, 2013.
- Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Todo lo que usted Quería Saber sobre el Nuevo Proceso Penal*, septiembre de 2017.
- Comisión Nacional de Derecho Humanos, *Derechos de las personas migrantes: una guía para las y los servidores públicos*, 2016, México.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, 2013.
- Sin Fronteras, *Los Programas de Regularización Migratoria en México, su contribución a favor de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes*, México, diciembre de 2012.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes sujetas a protección internacional*, México, 2013.
- Informe anual 1991, Corte IDH, Capítulo V, Situación de los Haitianos en República Dominicana. OEA/Ser.L/II.81 Doc.6 rev.1, 14 de febrero de 1992.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos, *El Derecho a la No Discriminación*, 2ª Edición, México, 2016.
- Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, *Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Juárez, Criminalización de Mujeres Migrantes, Análisis de seis casos en la frontera sur*, Ciudad de México, octubre, 2017.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: Oficina del ACNUR en México, *Guía para la Protección de las Personas Refugiadas en México*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los Derechos Humanos en México*, 2015.
- Corte Interamericana de Derecho Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nª 14: Igualdad y no Discriminación*, 2017.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Derechos de las personas migrantes: una guía para las y los servidores públicos*, México, 2016.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *El Derecho a la No Discriminación*, 2º Edición, México, 2016.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Migrante: Una Guía de tus Derechos Humanos*, México, 1ª Ed., México, noviembre de 2016.

- Glosario sobre Migración, Organización Internacional para las Migraciones, 2006.
- Suprema 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.
- Consejo Estatal de Población, *Migración Mexicana hacia los Estados Unidos*, Segundo Trimestre del 2004, XII, N°.53.
- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, *International Migration*, 2013, Nueva York, ONU, 2013.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (OACDH), *Migraciones y Derechos Humanos. Mejoramiento de la Gobernanza basada en los derechos Humanos de la Migración Internacional*, Ginebra, Organización de las Naciones Unidas, 2013.
- The Wasington Office on Latin America, *El Acceso a la Justicia para Personas Migrantes en México, un Derecho que existe sólo en papel*, julio de 2017.

Páginas Web:

- OTERO, Salas, Filiberto, *El Debido Proceso, Tomo III; Una Visión Practica, México*, 2016, Tirant Online México, versión en línea disponible en: <http://www.tirantonline.com.mx/tolmex/login.do>
- COSTAS Douzinas, *El fin(al) de los derechos humanos*, véase en: <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0606120309A/20827>
- LUDGER, Pries, *La Migración Internacional en Tiempos de Globalización, varios lugares a la vez*, véase en: http://nuso.org/media/articles/downloads/2811_1.pdf
- BUSTAMANTE, Jorge, *Extreme Vulnerability of Migrants: The Cases of the United States and Mexico*, Scielo, véase en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-89062011000100004

- PULIDO, Carlos, *La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa*, Universidad Autónoma de México, véase en; <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/13.pdf>
- RODRÍGUEZ, Gabriela, *Extranjeros y el Debido Proceso Legal*, véase en; <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/12.pdf>
- ABRAMOVICH, Víctor, *De las Violaciones Masivas a los Patrones Estructurales: Nuevos Enfoques y Clásicas Tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, véase en; <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24902.pdf>
- SOBERANES, José, *La Evolución del Principio de Igualdad*, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4036/26.pdf>
- STRICKLAND, Barbara, *Los Derechos del Extranjero en México y en Estados Unidos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3343/9.pdf>
- MOECKLI, Daniel et. al., *International Human Rights Law*, Oxford University Press, versión en línea: <http://www.oxfordlawtrove.com/view/10.1093/he/9780199654574.001.0001/he-9780199654574-chapter-1>
- HIERRO, Liborio, “*El Concepto de Justicia y Teoría de los Derechos*”, en *El Derecho de Acceso a la Justicia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su Respectiva Internacional versus Inmigrante en Situación Irregular*, Universidad Nacional Autónoma de México, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2969/4.pdf>
- SARTORI, Giovanni, “*Capítulo X, Igualdad*”, *¿Qué es la democracia?*, versión en línea de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, véase en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1135-que-es-la-democracia>
- GARCÍA, Máynez, *Introducción al estudio del Derecho*, 44ª ed., México, Porrúa, 1992, p.68. Citado dentro del texto de Ambriz, Adalid, *La Jurisprudencia en México, su evolución e importancia*, Revista del Instituto

- de la Judicatura Federal, véase en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/21/21-01.pdf>
- MICOLTA, Amparo, Escuela de Trabajo Social y Desarrollo Humano, *Teorías y Conceptos asociados al estudio de las migraciones Internacionales*, véase en: <file:///Users/aledt/Downloads/Dialnet-TeoriasYConceptosAsociadosAlEstudioDeLasMigracione-4391739.pdf>
 - SÁNCHEZ, Adriana, Mussi, International Minimum Standard of Treatment, véase en: <https://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>
 - MASFERRER, Claudia, *Connecting the Dots: Emerging Migration Trends and Policy Questions in North and Central America*, Migration Policy Institute, marzo, 2018, véase en: <https://www.migrationpolicy.org/article/connecting-dots-emerging-migration-trends-and-policy-questions-north-and-central-america>
 - CASTLES, Stephen, *Migración Irregular: causas, tipos y dimensiones regionales*, Scielo, véase en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-75992010000200002
 - CASTILLA, Karlos, *Ley de Migración mexicana: Algunas de sus inconstitucionalidades*, Scielo, véase en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-75992014000200006
 - MENDOZA, Mijail, La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares, véase en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/7683/7929>
 - TREACY, Guillermo, *Categorías Sospechosas y Control de Constitucionalidad*, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, véase en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/viewFile/13858/12368>

- CARBONELL, Ricardo, *El Principio de Igualdad entre Hombres y Mujeres. Del Ámbito Público al Ámbito Jurídico Familiar*, véase en: <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/17585/1/RuizCarbonell.pdf>
- International Organization for Migration, *Challenges of Irregular Migration: Addressing Mixed Migration Flows*, véase en; http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/en/council/96/MC_INF_294.pdf
- RICOY, María, *El Principio de Igualdad y la No Discriminación por Razón de Sexo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/26.pdf>
- INSYDE, *Informe sobre estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración*, Iztapalapa, Puebla y Saltillo, véase en; http://insyde.org.mx/wp-content/uploads/2014/08/Informe_EM_INM2013_DMDH_Insyde.pdf
- Programa de Defensa e Incidencia Binacional de la Iniciativa Frontera Norte de México, *Violaciones a Derechos Humanos de Personas Migrantes Mexicanas Detenidas en los Estados Unidos 2011-2012*, véase en; <http://corteidh.or.cr/tablas/29958.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: Migrantes*, véase en; <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>
- WOLA, *El Acceso a la Justicia para las Personas Migrantes en México, Un Derecho que Existe Solo en Papel*, Julio 2017, véase en; https://www.wola.org/wp-content/uploads/2017/07/Accesoalajusticia_Versionweb_Julio20172.pdf
- La Agencia de la ONU para refugiados, *Los Flujos Migratorios Mixtos y la Protección Internacional de Refugiados en las Américas: avances y buenas practicas*, véase en; <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2006/4370>

- Universidad Rey Juan Carlos Madrid, *Vulnerabilidad*, Scielo, véase en; http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272007000600002
- Eurosocietal, Informe sobre el Abordaje de la Vulnerabilidad en Eurosocietal, *Grupos Vulnerables*, abril de 2015, véase en; http://sia.eurosocietal-ii.eu/files/docs/1447416430-informe_grupos%20vulnerables.pdf
- ACNUR , Los Flujos Migratorios Mixtos y la Protección Internacional de Refugiados en las Américas: Avances y Buenas Prácticas, véase en; <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2006/4370>
- Migrantes Víctimas de Delito: ¿Detectar y Deportar o Detectar y Proteger?, INSYDE, véase en; <http://insyde.org.mx/wp-content/uploads/2013/12/Bolet%C3%ADn10-DMDH-Insyde-diciembre-2013.pdf>
- La Oficina en Washington para Asuntos Internacionales, Denunciando delitos cometidos contra migrantes en México desde el extranjero, véase en; <https://www.wola.org/es/analisis/denunciando-delitos-cometidos-contramigrantes-en-mexico-desde-el-extranjero/>
- La Oficina en Washington para Asuntos Internacionales, Una Fiscalía que sirva en México, véase en; <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2018/04/Fiscalia-Report-SPN.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, véase en; <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf>
- MARTÍNEZ, Solares, Verónica, Víctimas y Justicia Penal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/479/20.pdf>
- Organización Internacional para las Migraciones, Derechos Humanos de personas migrantes, Manual Regional, véase en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf>

- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *La igualdad y no discriminación en el sistema interamericano*, véase en: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/Gaceta_25_sp_0.pdf
- MELGAREJO, Rodrigo, *El Principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/9.pdf>
- FUNDAR, Centro de Análisis de Investigación, *Acceso a la justicia para migrantes víctimas de delito en México*, véase en: <http://fundar.org.mx/acceso-a-la-justicia-para-migrantes-victimas-de-delito-en-mexico/>
- Sistema de Monitoreo de la Protección de los Derechos y la Programación del Buen Vivir de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, *Definición de Elementos de la Matriz del Sistema*, véase en: http://www.fondoindigena.org/apc-aa-files/documentos/monitoreo/Definiciones/Definicion%20Dominios/5_2_Accion%20afirmativa_def.pdf
- Departamento de Estados Unidos, *Trafficking in Persons Reports 2017*, véase en: <http://www.stage.gov/j/tip/rls/tiprpt/2017/>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Igualdad. Límites a este principio*, véase en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/1001/1001524.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Igualdad. Criterios para determinar si el legislador respeta ese principio constitucional*, véase en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/174/174247.pdf>
- Íñiguez, Andrea, *La noción de “categoría sospechosa” y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Scielo, véase en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200013
- Bellamy, Richard, Norberto Bobbio: *Estado de Derecho y Democracia*, véase en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/NB__Estado_de_Derecho_y_Democracia.pdf

- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Discriminación e igualdad, véase en: https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84&id_opcion=142&op=142
- Pérez, Karla, *Más allá de la Igualdad Formal: Dignidad Humana y Combate a la Desventaja*, Instituto de Investigaciones de la UNAM, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2834/27.pdf>
- Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, *Principios de Igualdad y No Discriminación*, véase en: http://www.derechoshumanosgto.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=269%3Aprincipios-de-igualdad-y-no-discriminacion&Itemid=19
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Lucha contra la Discriminación de los Migrantes*, véase en: <https://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/DiscriminationAgainstMigrants.aspx>
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Marco Jurídico del Derecho a no ser Discriminado en México*, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2583/9.pdf>
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Migración y Derechos Humanos*, véase en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Migrants/Pages/MigrationAndHumanRightsIndex.aspx>
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Lucha contra la Discriminación de los Migrantes*, véase en: <https://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/DiscriminationAgainstMigrants.aspx>
- Red- DESC, Los Sistemas Regionales, véase en: <https://www.escri-net.org/es/recursos/sistemas-regionales>

- Bustamante, Jorge, *The Historical Context of Undocumented Mexican Immigration to the United States*, Chicano Studies Research Center, véase en: http://www.chicano.ucla.edu/files/Bustamante____.pdf
- Universidad de las Américas de Puebla, *Los Transmigrantes*, véase en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lri/cordoba_l_jr/capitulo2.pdf
- Universidad de las Américas de Puebla, *Definiciones y Conceptos de Migración*, véase en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lri/guzman_c_e/capitulo1.pdf
- Country Notes: *Recent Changes In Migration Movments And Policies*, véase en: www.oecd.org/migration/imo
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, véase en; <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Referencias Geográficas y Extensión Territorial de México*, véase en: http://www.inegi.org.mx/inegi/SPC/doc/internet/1GeografiaDeMexico/MAN_REFGEOG_EXTTERR_VS_ENERO_30_2088.pdf
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, Organización de las Naciones Unidas, véase en; <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx#navigation>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Historia de los Derechos Humanos: un relato por terminar*, véase en: <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/eventos/historia-de-los-derechos-humanos-un-relato-por-terminar>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Nuestra Estructura*, véase en: http://www.oas.org/es/acerca/comision_derechos_humanos.asp

- Centro de Estudios Legales y Sociales, *Jurisprudencia sobre los derechos de las personas migrantes en América Latina y el Caribe*, véase en: <http://imumi.org/attachments/2015/jurisprudencia.pdf>
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Los Derechos de Igualdad*, véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1408/5.pdf>
- La Agencia de la ONU para los Refugiados Comité Español, *¿Qué entendemos por principio de no discriminación?*, véase en: <https://eacnur.org/blog/entendemos-principio-no-discriminacion/>

Legislación

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del abuso de poder.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas migrantes.
- Convención de Viena sobre la condición de los extranjeros.
- Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Migración.
- Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de Delitos.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Penal del Estado de Chiapas.
- Reglamento de la Ley de Migración.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C Núm. 289.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-11/90: excepciones al agotamiento de los recursos internos, (artículos 46.1, 46.2.a y 42.2.b Convención Americana sobre los Derechos Humanos, de fecha 10 de agosto de 1990, serie A N^o.11.
- Informe anual 1991, Corte I, Capítulo V, Situación de los Haitianos en República Dominicana. OEA/Ser.L/II.81 Doc.6 rev.1, 14 de febrero de 1992.
- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, opinión Consultiva OC-5/85: La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 de la convención Americana de Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985.
- Comité de Derechos Humanos. Observación General N^o32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (artículo 14), adoptada durante su 90^o periodo de sesiones, 13 de agosto de 2007. Documento de Naciones Unidas: CCPR/C/GC/32.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-11/90: excepciones al agotamiento de los recursos internos, (artículos 46.1, 46.2.a y 42.2.b) Convención Americana sobre los Derechos Humanos, de fecha 10 de agosto de 1990, serie A N^o.11.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N^o 16, párrafos 117 y 119; Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, párrafo 159 y CIDH. Derechos y garantías de niñas y niños en

el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A N^o 21.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No.18.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yamata vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C 112.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los Hermanos Gómez Paquiyari Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. Tesis 1a./ J.81/2004, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Pág. 99. Jurisprudencia Constitucional. Amparo en revisión 1174/99. Embarcadero Ixtapa, S.A. de C.V. 17 de abril de 2001.
- IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Registro 174247 Tesis. 1a./J.55/2006. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, septiembre de 2006.
- PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL. Tesis: P./J.9/2016 (10^a). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I. Pág. 112. Jurisprudencia Constitucional.

- TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL. Tesis: 1ª.CCLXIII/2016 (10ª.) Primera Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, junio de 2016, Tomo II, Décima Época, pág. 915, Tesis aislada (Constitucional).
- PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y SU ALCANCE. Tesis: 2ª./J.64/2016 (10ª.) Segunda Sala. Gaceta del Semanario Judicial de Federación, Libro 31, junio de 2016, Tomo II, Décima Época, pág. 791, Jurisprudencia Constitucional.
- FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LEYES QUE DAN TRATO DESIGUAL A SUPESTOS HECHOS EQUIVALNTES. NO NECESARIAMENTE DERIVAN DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY CORRESPONDIENTE O DEL PROCESO LEGISTLATIVO QUE LE DIO ORIGE, SINO QUE PUEDEN DEDUCIRSE DEL PRECEPTO QUE LO ESTABLEZCA. Tesis: 2º XXVII/2009. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIX, marzo de 2009. Novena Época, pág. 470. Tesis Aislada (Constitucional).