

Consideraciones fundamentales acerca del derecho humano al debido proceso de las personas migrantes

Fundamental considerations on human rights for the due process of migrants

Autores: Luis Gerardo Rodríguez Lozano, Jesús Soriano Flores

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.985>

**CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES
ACERCA DEL DERECHO HUMANO AL DEBIDO
PROCESO DE LAS PERSONAS MIGRANTES***

**FUNDAMENTAL CONSIDERATIONS
ON HUMAN RIGHTS FOR THE DUE
PROCESS OF MIGRANTS**

**CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS
SOBRE O DIREITO HUMANO AO DEBIDO
PROCESSO DE MIGRANTES**

Luis Gerardo Rodríguez Lozano^a
gerardorodriguezmx@yahoo.com.mx
Jesús Soriano Flores^b
jesussorianomx@yahoo.com.mx

Fecha de recepción: marzo 12 de 2019
Fecha de revisión: marzo 29 de 2019
Fecha de aceptación: abril 03 de 2019

RESUMEN

Migrante es toda persona que realiza un desplazamiento geográfico a un país diferente, cuando se interna en dicho territorio el ordenamiento jurídico le reconoce la calidad de extranjero. El Derecho del Estado nación diferencia claramente entre nacionales y extranjeros, esta es la dicotomía que ha definido la historia de la Nación-Estado. En “Las Leyes”, Platón contextualiza las relaciones entre compatriotas y extranjeros dentro de la obligación griega de la hospitalidad; entonces aunque esta condición humana no es nueva en la historia humana, las condiciones sociales y económicas de los Estados globalizados y sus sistemas de fuentes normativas deben saber cómo ejercer un adecuado enfoque de derechos humanos en sus políticas migratorias, particularmente cuando en estas políticas

Para citar este artículo:
Rodríguez, L. y Soriano, J. (2019). Consideraciones fundamentales acerca del derecho humano al debido proceso de las personas migrantes. *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), 43 - 57.

* Artículo de reflexión

a. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesor titular de Derecho en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminología de la Facultad de Derecho y Criminología de la misma Universidad. Investigador Nacional Nivel I CONACYT (SNI I).

b. Doctor en Derecho por el Programa interinstitucional de las Universidades Públicas de la región centro occidente de la ANUIES. Profesor Investigador Titular del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, México. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT (SNI). Perfil PRODEP

tienen lugar procedimientos migratorios que pueden afectar la esfera jurídica de una persona por su condición de nacionalidad, y en donde es importante proveerles de un conjunto de garantías mínimas, para de forma general garantizar la imparcialidad del proceso y de forma subjetiva evitar que la vulnerabilidad del migrante se agrave, es decir no poner todo el peso del proceso en una sola parte, sino que con el enfoque del derecho humano al derecho del debido proceso, se le garantice un trato digno e imparcial en el procedimiento migratorio.

PALABRAS CLAVE

Migrante; procedimiento migratorio; derechos humanos; debido proceso; esfera jurídica; garantías.

ABSTRACT

A migrant is every person that makes a geographic displacement to a different country, when the migrant enters its territory the legal system recognizes him/her as a foreigner. The law of a nation state clearly differentiates between nationals and foreigners. This is the dichotomy that has defined the history of the Nation State in "The Laws", Plato contextualizes the relationships between fellow countrymen and foreigners within the Greek obligation of hospitality; thus, although this human condition is not new in human history, the social and economical conditions of the globalised States and their system of regulatory sources have to know how to apply an adequate approach to Human Rights in their migration policies, especially when in these policies migratory processes take place that can affect the legal sphere of a person by their nationality condition and where it is important to provide a conjunction of minimum guarantees, so to ensure in a general way the impartiality of the process and in a subjective way to avoid that the vulnerability of the migrant to worsen, in other words, not to put all the full weight of the process on just one part, but to, with the perspective on Human Rights of the due process assure a decent and impartial treatment in the migratory process.

KEY WORDS

Migrant; migratory process; Human Rights; due process; legal sphere; guarantess.

RESUMO

Migrante é qualquer pessoa que faz um deslocamento geográfico para um país diferente, quando entra no território, o sistema legal reconhece a qualidade do estrangeiro. A lei do Estado Nação diferencia claramente entre nacionais e estrangeiros, esta é a dicotomia que definiu a história do Estado-nação. Em "As Leis", Platão contextualiza as relações entre compatriotas e estrangeiros dentro da obrigação grega de hospitalidade. Embora esta condição humana não seja nova na história humana, condições econômicas e sociais nos Estados globalizado em integrar seus sistemas de fontes normativas deve saber como exercer abordagem adequada dos direitos humanos nas suas políticas de migração, particularmente quando estas políticas de procedimentos migratórios ocorrem que podem afetar a esfera legal de uma pessoa devido à sua condição de nacionalidade e onde é importante fornecer-lhes um conjunto de garantias mínimas. Isso, em geral, garante a imparcialidade do processo e, de maneira subjetiva, impede que a vulnerabilidade do migrante se agrave. Ou seja, não colocar todo o peso do processo em um único partido, mas com a abordagem do direito humano ao devido processo direito a ser garantido um tratamento digno e justo no procedimento de imigração.

PALAVRAS-CHAVE

Migrante; procedimento de imigração; direitos humanos; processo devido; esfera legal; garantias.

INTRODUCCIÓN

La condición de persona migrante representa una situación de conflicto frente al poder del Estado contemporáneo como unidad de dominación permanente que ejerce sus potestades en una base territorial y personal. Inherente a los orígenes de los Estados modernos nacionales se constituye la fijación de fronteras territoriales como consecuencia de un derecho doméstico y claro ejercicio de su soberanía. Actualmente no se ha podido responder a los desafíos que origina la migración y la protección de los derechos humanos de los migrantes, utilizando solamente las herramientas de los viejos Estados nacionales y el planteamiento tradicional de la soberanía estatal.

La globalización y la integración económica, social y cultural de las economías y sociedades nacionales ha entrado en una dirección irreversible. En ese tenor, Instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y otros documentos internacionales, no solo son vinculantes, sino han alcanzado el rango constitucional, de conformidad con la reforma constitucional de derechos humanos publicada el 10 de junio del año 2011 (Vidaurre y Soriano, 2012), que en el caso que nos ocupa, debe interpretarse además con las reformas a la Ley General de Población y la publicación de la reciente Ley de Migración.

En este panorama político-jurídico, y a la luz de estos instrumentos normativos, adquiere relevancia el estudio del derecho al debido proceso como el conjunto esencial de requisitos que deben observarse en el procedimiento jurisdiccional o procesos en los que el Estado despliega su potestad punitiva para que las personas migrantes puedan ejercer su defensa, antes de que los actos de las autoridades afecten su esfera jurídica. El trabajo que se presenta profundiza y pretende clarificar los contenidos de los derechos humanos de las personas migrantes relacionados con el debido proceso.

1. Personas Migrantes, Derecho Internacional y Debido Proceso

1.1. Elementos introductorios sobre Migración y Derechos Humanos

Los flujos mixtos en materia de migración, que vienen a comprender el espectro de todo tipo de migraciones que tienen un sentido de irregularidad para las legislaciones nacionales, son descritos por la Organización Internacional para los Migrantes, que en su informe del año 2009 los identificó:

(...) como movimientos de población complejos que incluyen a refugiados, solicitudes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes. Esencialmente, los flujos mixtos están relacionados con movimientos irregulares, en los que con frecuencia hay migración de tránsito, con personas que viajan sin la documentación necesaria, atraviesan fronteras y llegan a su

destino sin autorización. Dichos movimientos tienen lugar en todas partes del mundo y también despiertan mucho interés en el público en general, especialmente cuando ocurren tragedias, debido a las peligrosas condiciones a las que se enfrentan los migrantes en situación de tránsito, en el mar o en regiones fronterizas. Los flujos migratorios mixtos irregulares son un reto considerable para los Estados, no solo por que violan su prerrogativa soberana de determinar que ciudadanos son no nacionales pueden entrar en su territorio y bajo qué condiciones, sino también porque las personas que participan en esos movimientos son más propensas a sufrir privaciones, violaciones de derechos humanos y discriminación, y requieren por ello asistencia individualizada y especial (OIM, 2009: 1).

Es inobjetable que las relaciones de migrantes frente a nacionales, constituye una relación clara de desigualdad de poder. En este punto, vale bien la pena una adecuada y pertinente observación general: el Estado de una u otra forma es quien legitima este trato desigual entre el extranjero y el nacional, lo que se constata en el acceso a los bienes públicos que establece una diferencia que es capaz de marcar patentemente un régimen de privilegios a costa del maltrato a una minoría que no termina de ser bien vista en la sociedad, un ejemplo es el saldo de una de las acciones dirigidas a mitigar la migración ilegal, consistiendo en la instrumentación de una medida federal del Estado de California en los Estados Unidos de América (Roldán, 1996: 149), nos referimos a la Operación Guardián: Bustamante (2002) comenta.

(...) cuyo objetivo en su diseño inicial fue el desvío de la entrada de migrantes indocumentados a territorio estadounidense, pero cuyo resultado no previsto, aunque oficialmente reconocido, fue la fuerte sistemática de migrantes indocumentados –tiene que ver principalmente con la responsabilidad del Estado entendida en derecho internacional como una fuente de obligaciones internacionales, particularmente la de responsabilidad del daño. La relevancia entre el diseño de la operación Guardián quedó reconocida expresamente asociada a las muertes de los migrantes desde el inicio de su puesta en práctica en 1994 en el informe de la dependencia federal del gobierno de los Estados Unidos conocida como *General Accounting Office* (GAO), publicado en agosto de 2001 bajo el

título *INS Southwest Border Strategy; Resource and Impact Issues Remain After Seven Years*. En las páginas 24 y 25 de este informe oficial se reconoce la asociación entre las acciones de la policía fronteriza y la ocurrencia e incremento del número de muertes de migrantes en las aéreas geográficas que cubren sus operaciones. Este reconocimiento oficial es suficiente para dejar establecido lo que se entiende en derecho internacional por responsabilidad del Estado (Bustamante, 2002: 195).

El efecto de la dinámica que generó la Operación Guardián sobre las personas migrantes en su intento por internarse en territorio de Estados Unidos teniendo como punto de origen México no fue de ninguna forma la disminución del flujo migratorio hacia Estados Unidos, sino la búsqueda de nuevas entradas hacia territorio Americano, por rutas más peligrosas, generando un aumento severo en la muerte de personas que buscaban cruzar la frontera, en donde la responsabilidad se actualiza también para el gobierno mexicano, que ha construido un modelo económico incapaz de generar condiciones dignas vitales e igualdad. A esto hay que añadir que:

(...) la relación causal entre la política económica de México y la generación de los factores que producen esa oferta laboral, está en la base de una responsabilidad del Estado respecto de la emigración y, por ende, de una corresponsabilidad de México en las muertes de los migrantes en la frontera. La omisión del gobierno de México en el reconocimiento de tal corresponsabilidad, es un obstáculo para que la suspensión de la Operación Guardián pueda ser reclamable ante Estados Unidos (Bustamante, 2002: 204).

El nuevo orden constitucional en materia de derechos humanos se modificó de manera drástica como consecuencia de la reforma de 2011, pues implica un cambio de la visión interna y soberana. Ahora ante las violaciones que se puedan cometer en contra de las personas, estas se encuentran mejor protegidas por los principios del derecho internacional de los derechos humanos, algunos incluidos en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como el pro persona.

Tras este importante cambio de carácter estructural, el cual fija nuevos criterios

hermenéuticos en materia de derechos humanos, se considera que entramos a un proceso de integración al más alto nivel en esa materia, pues lo que se desprende claramente es la igualación que nace desde los textos internacionales y la Constitución entre los nacionales y los extranjeros ante la ley y el Estado.

Las circunstancias cambian y entonces también los modelos jurídicos, “en el llamado derecho internacional clásico, el trato que un Estado deparaba a las personas dentro de su territorio era un asunto exclusivamente interno e implícito al concepto de soberanía territorial, bajo la idea de “no injerencia” en los asuntos internos” (OIM, 2016: 9). No obstante, ahora la internacionalización de los derechos humanos “busca superar las barreras legales y territoriales de cada Estado y establecer mecanismos políticos y jurídicos para la supervisión de lo que ocurría fronteras adentro” (p. 9). Estos cambios de los que se hace referencia, estiman que uno de los puntos nodales de estudio y reflexión para la vigencia de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias, está en la revisión del derecho al debido proceso, del cual nos ocuparemos a continuación.

1.2. Conceptualización del debido proceso

El concepto derecho al debido proceso ofrece algunas dificultades para investigarlo, debido a lo confuso que se presenta en la legislación. El debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (...) acto del Estado que pueda afectarlos (Opinión Consultiva, 2003: 115)

El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos consagra los contenidos del llamado “debido proceso legal”, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos. El plazo razonable al que se refiere el citado artículo 8.1 se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva (Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179).

La función de los órganos judiciales intervinientes en un proceso no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva exige que los jueces que dirijan el proceso eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos, que conduzcan a la impunidad y frustren la debida protección judicial de los derechos humanos como lo ha señalado la Corte Interamericana (2006).

A la par de los criterios sobre la protección judicial del derecho al debido proceso pronunciados por el Tribunal Interamericano, en México el Poder Judicial Federal en una interesante jurisprudencia, correspondiente a la décima época, se encarga de delimitar el contenido de este importante derecho fundamental y señala que:

Dentro de las garantías del debido proceso existe un núcleo duro, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al “núcleo duro”, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente (Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, 2014).

Y más adelante, haciendo referencia a una diversa tesis, la Corte sostiene las formalidades esenciales del procedimiento señalando las siguientes:

(i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad (Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, 2014).

Finalmente, una parte que nos interesa resaltar es la identificación que la Corte hace del otro núcleo que,

(...) es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza (Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, 2014: 396).

1.3. Contenido general del derecho al debido proceso

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

La etapa política en la cual se empieza a configurar embrionariamente el concepto del debido proceso es en el tránsito hacia la modernidad, que marca claramente la lucha por libertad y la dignidad humana de la persona. En

efecto para un conocedor y estudioso sobre los derechos humanos, el sentido de devenir histórico de esta importante categoría jurídica reside en que, “para la historia de los derechos fundamentales, este periodo es de suma importancia porque en él se formó esta idea. En los tiempos anteriores, aunque esté presente la idea de dignidad de la persona, no se concibe la realización de esta a través del concepto de derechos fundamentales” (Peces-Barba, 2003: 15) señalando que este es un concepto histórico del mundo moderno.

Este periodo es fundamental para el progreso de las personas en sociedad, pues detalla los fundamentos que caracterizan el arribo a la edad moderna, la cual se caracteriza por la conquista del ser humano después de arduas batallas de una dignidad en su persona, una libertad en todo sentido: económica, cultural, religiosa e intelectual, etc, y sentido como derecho fundamental, que por otra parte permite que guarde un carácter muy especial el Estado Democrático de Derecho, pues la única forma de entender estas tipologías estatales en el mundo moderno es a través del respeto de los derechos y garantías de las personas.

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

Al mismo tiempo, se puede agregar que el reconocimiento del debido proceso como un derecho humano dentro de la Constitución implica ciertos compromisos para los órganos del Estado, ya que como bien señala Ferrajoli los derechos humanos constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad “*en droits*”, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los

demás derechos como es la universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, así como su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción (Ferrajoli, 2001: 25).

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

La garantía del debido proceso es el fundamento principal y de primer orden del Estado de Derecho. Para Gozaíni (2011), el debido proceso es una importante garantía con que cuenta el justiciable para defender sus derechos humanos ante un tribunal e indica:

Al observar que el proceso es una garantía abstracta anterior al conflicto, queremos indicar el sentido del derecho que preserva. Toda persona tiene derecho al proceso y a los jueces, al que puede recurrir sin egoísmos ni exigencias solemnes cada vez que un derecho suyo sea afectado. Pero al mismo tiempo la garantía se torna completa cuando puesto el procedimiento en marcha es necesario evitar que las reglas esterilicen la protección o el derecho a la tutela, naciendo así el conjunto de garantías procesales que dan forma al debido proceso (Gozaíni, 2011: 459).

Sobre el particular, ya Couture, se ha manifestado con mucha solvencia sobre la trascendencia de que el proceso sea visto como una garantía constitucional, con todo lo que esto implica en términos garantistas para la persona, y afirma, “las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora (Couture, 1997:151)

El argumento de tipo garantista a favor de la persona consistente en elevar a rango constitucional las garantías del proceso, demuestra claramente que todo Estado de Derecho debe consagrar al más alto nivel jurídico las garantías procesales, con la finalidad de dotarlas de mayor fuerza en la praxis legal – procesal a favor de las partes. A los anteriores argumentos se añade otro convincente formulado por Fix-Zamudio (1997), quien retomando las reflexiones de Couture (1997), y destacando la influencia de este en el derecho procesal y sus aportes garantistas a la idea del proceso, destaca lo siguiente:

Por el contrario, el derecho constitucional procesal es una rama del derecho constitucional, también de carácter reciente, con el propósito esencial, de estudiar en forma sistemática las instituciones procesales reguladas por las disposiciones constitucionales, y que también se han calificado como garantías constitucionales de carácter procesal, y así como a Hans Kelsen se le considera como fundador de la disciplina paralela dentro de la ciencia del proceso, es al insigne procesalista Uruguayo Eduardo J. Couture, a quien le corresponde esta labor dentro del derecho procesal constitucional, si tomamos en cuenta de manera especial, su fundamental y clásico estudio sobre las garantías constitucionales del proceso civil, en el cual puso de relieve la regulación constitucional de los instrumentos procesales, al menos en el proceso civil, pero sus puntos de vista pueden extenderse sin la mayor dificultad respecto de las restantes ramas del derecho procesal (Fix-Zamudio 1997: 347).

1.4. El debido proceso en el Estado positivista decimonónico

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

solo tenían una capacidad de actuar posterior al establecimiento de la ley, en ese caso estos poderes se limitaban a respetar su eficacia que le era otorgada por el poder legislativo.

Luiz Guilherme Marinoni, plantea que las repercusiones que acarrió una visión tan enmarcada en la centralidad de la ley, dificultó en ocasiones la correcta resolución de los conflictos, pues no debemos olvidar que la constante evolución que presenta la sociedad hace necesarias las transformaciones del derecho, pues, como se sabe, el Estado liberal clásico, frente a su finalidad principal de garantizar la libertad de los ciudadanos, estuvo marcado por una rígida delimitación de sus poderes de intervención en la esfera jurídica privada. La ley no debía tomar en consideración las diferentes posiciones sociales, pues el fin era dar igualdad de trato a las personas solo en sentido formal. La ley debería ser, al mismo tiempo, clarividente y ciega. Este tratamiento igualitario es el que garantizaría la libertad de los individuos (Marinoni, 2007: 19-20).

Lo que se puede ver, es que en esta etapa del pensamiento jurídico el razonamiento se caracterizaba por su rígido carácter formalista, que buscaba establecer una marcada diferencia entre ser y deber ser. Ante esto Kelsen consideraba que en el campo de la teoría del derecho debía prevalecer el valor del deber ser por encima del ser, de esta forma el jurista austriaco se encargó de conducir al derecho por los derroteros del más puro formalismo jurídico, ya que para este el valor del formalismo era el que permitía el descubrimiento de la verdad objetivada en la norma, es por eso que es importante otorgarle un carácter formalista al objeto del derecho, ya que esto a la larga le otorgaría autonomía a la ciencia jurídica, particularmente de la moral del derecho, por tanto, para Kelsen (2011) citado por Sarlo,

(...) debe señalarse que la relevancia de la interpretación para Kelsen va mucho más allá del restringido campo en el cual se le ha situado por la teoría tradicional. Kelsen elabora la teoría pura del derecho (TPD) sobre la base de que el derecho es una experiencia interpretativa, en el sentido de la sociología comprensiva de Weber (...)

[Lo cual] significa una revolución paradigmática profunda, porque logró sacar

de la explicación de los fenómenos jurídicos del campo psicologista o fiscalista (que los vinculaba a la mera voluntad de quienes ejercen el poder) para situarlos en el campo de la experiencia hermenéutica social (Sarlo, 2011: 382-383)

Cuando afirma que las normas jurídicas son el sentido objetivo de actos de voluntad dirigidos a motivar el comportamiento de otros, está diciendo que la existencia de la ley se basa en una hermenéutica de la experiencia socialmente compartida. Toda la TPD pretende ser una racionalización de las condiciones de posibilidad de esa comprensión (Sarlo, 2011).

Pero las críticas al modelo formalista se dejaron sentir desde épocas muy remotas, Calvo (1994), citado por Sarlo, señala que:

Jhering critica el formalismo jurídico del método de la jurisprudencia de conceptos por su alejamiento del valor práctico de las instituciones jurídicas. El “cálculo conceptual” había conducido a la ciencia jurídica por los derroteros de la abstracción lógica y la esencia universal del derecho, provocando un alejamiento cada vez mayor de la misma con respecto al mundo de la realidad y los intereses en juego (Sarlo, 2011: 102-103).

Por otro lado, este alejamiento del derecho de los valores pragmáticos y sociológicos habría llevado a una sofisticación tal del método jurídico que lo desmedido de sus sutilezas sólo tendría parangón con su carencia absoluta de valor práctico. Frente a este estado de cosas, Jhering reivindica el sentido práctico del derecho como norte de la ciencia jurídica, apuntando una tímida y contradictoria propuesta de jurisprudencia pragmática o sociológica, que posteriormente sería recogida por la jurisprudencia de intereses como alternativa al método jurídico tradicional. (...) El derecho, en consecuencia, sólo conoce una fuente: la finalidad práctica. La ciencia jurídica, según esto, no debe estructurarse lógicamente y hacer de la verdad, que es el objetivo del conocimiento, el objetivo o la medida de la acción: la medida del derecho no es la verdad absoluta, sino la relativa del fin (Calvo, 1994: 102-103).

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

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

Esta escuela de pensamiento jurídico propia de una determinada fase histórica delimitaba la actuación del juez a lo que establecía la norma, afirmando esta forma el carácter fuertemente voluntarista de la ley, esto para Marinoni fue un primer paso para la pérdida del carácter ejecutivo de las resoluciones del juzgador, acotando con esto aún más la fuerza del juez, ante la desconfianza con la que se podía ver en el Estado Liberal al juzgador, pues en la medida en que las resoluciones judiciales tengan fuerza ejecutiva se fortalece la actividad jurisdiccional frente a los otros poderes, pero en la medida en que se limite esta fuerza se disminuye la fuerza del juez quedando a merced de los otros poderes, tal como señalamos a continuación retomando la reflexión de Marinoni; partiendo del presupuesto que la ejecución de las decisiones era función del ejecutivo, Montesquieu advirtió que si el poder judicial “estuviera ligado al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor” (Marinoni, 2007: 25). En este sentido al juez, debería ser reservada solo la posibilidad de actuar mediante sentencia declarativa. Como esa función era simplemente de afirmación de la autoridad del legislador, Montesquieu concluyó, de modo lógico, que el poder del juez sería un poder nulo ((Marinoni, 2007).

Por otra parte, Rodolfo Luis Vigo en clara sintonía con las reflexiones que anteceden este trabajo, señala que el Estado Legalista encuentra su razón de ser en la lógica formal, que se caracteriza por lo siguiente. El trabajo judicial específico en el EDL transitaba a través de silogismos deductivos, y por ende, bastaba conocer las reglas que a estos regulaban (Vigo, 2013). El caso individual era una instancia del caso genérico contemplado en la ley, y así ese proceso deductivo podía cumplirse con las exigencias propias de los saberes teóricos (presidía de valoraciones, proporcionaba una certeza sin excepciones, etc.) Es cierto que en Kelsen esa racionalidad formal de la exegesis francesa se convierte en irracionalismo o voluntarismo, en tanto el juez elige según sus valores que no son racionales (“la justicia es un ideal irracional”: diría Kelsen), pero de todas maneras el científico jurídico

puede indicar las opciones que le deje la norma superior; aunque cabe que el creador de la norma finalmente se extralimite (Vigo, 2013: 15-16).

Reflexionar sobre el positivismo formalista propio del Estado decimonónico es hacer referencia a una vieja polémica que ha marcado el devenir de la teoría del derecho y la influencia que ha tenido esta en el campo jurisdiccional: formalismo vs antiformalismo, entre estas dos corrientes se ha mantenido siempre la jurisprudencia sin que al día de hoy se encuentre un pleno ganador, lo cierto es que el formalismo siempre ha permanecido vinculado a la idea de lo que expresa la ley, y en ese sentido se considera que el derecho justo por excelencia es el positivismo jurídico, por eso para Bobbio (2015),

(...) la concepción legalista de la justicia, se observa en su pureza de la siguiente manera: la ley positiva es justa por el solo hecho de ser ley (reducción de la justicia a la validez), es, en realidad, bastante rara: es muy a menudo un paradigma para los clasificadores de teorías y un blanco para los amantes de la polémica (Bobbio, 2015: 87).

Ahora bien, si el positivismo se caracteriza por su carácter formalista y su genuino apego al texto de la ley como condición de la justa legalidad, tenemos que aceptar que, aplicada esta forma de pensar al derecho al debido proceso, implica ver esta garantía de una manera estrictamente legalista, sin embargo, como ya lo señalamos el formalismo y el antiformalismo se encuentran en un debate perenne, del cual nos da cuenta de forma muy certera Viehweg, cuando comenta:

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

es más bien aconsejable permanecer en la realidad próxima, es decir, comenzar en los positivistas que se encuentran mucho más cerca. (Viehweg, 2015:62-63).

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

Es claro que para Formosa et al (2014), la teleología del debido proceso, no solo aplica a "fines o funciones" (p. 3). del proceso, se manifiesta igualmente en el más elevado significado kantiano, que es el sentido de "intencionalidad" (p. 3) de la teleología. Kant argumentaba "que la razón tiene su propio uso natural y se desarrolla para cumplir su propósito único" (p. 4). El debido proceso y su teleología se corresponden a un alto grado de tecnificación de los procesos jurisdiccionales para asegurar el correcto desempeño del proceso judicial y por ende que se respeten las garantías judiciales del justiciable.

2. Hacia la estructuración del contenido del derecho humano al debido proceso

2.1. Proceso Judicial en materia de migración

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha abordado esta problemática de la migración en la perspectiva de detenciones que sufren constantemente las personas migrantes por su situación irregular en su documentación migratoria, lo que provoca la criminalización, y por tanto la vulnerabilidad.¹ La problemática

1. En la Resolución 03/08 Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva europea sobre retorno, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "Las normas internacionales establecen que la detención debe aplicarse solo de manera excepcional y luego de haber analizado en cada caso su necesidad. En todos los casos, los estados deben evitar la prolongación excesiva de la detención y deben asegurar que sea lo más breve posible. Como establece el

se da cuando algunas naciones justifican la criminalización del migrante pues lo consideran un asunto de seguridad nacional, donde el migrante es quien pone en riesgo la estabilidad en seguridad nacional.²

En este sentido se considera que si lo que se busca es salvaguardar a las personas migrantes, se tiene que poner atención en dar satisfacción a las garantías que señala el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, elaborando instrumentos normativos donde se ponga atención en la presunción de libertad en tanto se desenvuelve el procedimiento migratorio.

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

entre la legislación penal y la legislación en materia migratoria.³

Un detalle decisivo sobre las detenciones migratorias lo aporta el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, al señalar en la Asamblea General de las Naciones Unidas que “la entrada o estancia irregular nunca deben ser consideradas como delitos: ellas no son *per se* crímenes en contra de personas, propiedad o la seguridad nacional.” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012).

En este sentido el uso de manera automática de la detención migratoria es contrario a los derechos humanos, pues no se está salvaguardando adecuadamente el derecho a la libertad personal, ya que la detención debe ser una medida excepcional⁴, es por eso que se requiere un esfuerzo por parte de los Estados donde se señalen medidas intermedias entre el derecho del Estado a controlar la migración y el respeto a la libertad personal con que deben contar los migrantes, máximo si se observa que muchas de las detenciones migratorias se llevan a cabo sin atender a las garantías procesales, lo que los ubica en una situación precaria de derechos humanos.

2.2. Derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente

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

Esta garantía procesal se encuentra contemplada en el artículo 7.3 de la Convención Americana y en el 16.4 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios

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

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

3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, 2013, p. 42. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf>.*

4. De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014: “(i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad”.

y sus Familiares. Lo que dispone la Corte Interamericana es que toda detención aun y cuando fuese legal se considerara ilegal si el derecho interno se encuentra en contradicción con los principios del derecho internacional de los derechos humanos. Además, el Estado debe demostrar que la detención migratoria responde a los requisitos de: 1) perseguir un fin u objetivo legítimo, 2) razonabilidad, 3) necesidad, 4) proporcionalidad y 5) no discriminación. Según la comunicación N° 560/1993 del Comité de Derechos Humanos: “toda decisión de mantener detenida a una persona debe ser examinada periódicamente a fin de evaluar los motivos que justifican la detención. En cualquier caso, la detención no debe prolongarse más allá del período para el que el Estado pueda aportar una justificación adecuada. Por ejemplo, el hecho de que haya habido una entrada ilegal tal vez indique la necesidad de realizar una investigación, y puede haber otros factores privativos del individuo, como la probabilidad de fuga y la falta de colaboración, que justifiquen la detención durante un período determinado. Si no concurren esos factores, puede considerarse arbitraria la detención, incluso si la entrada fue ilegal.”⁵

2.3. Derecho a conocer las razones de la detención

De conformidad con el artículo 7.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado se encuentra en la obligación de informar al afectado las causas y razones de la detención. En este sentido la Corte Interamericana se ha encargado de establecer garantías mínimas para informar y notificar al sospechoso o acusado de las razones de la detención:

(...) se deben analizar los hechos bajo el derecho interno y la normatividad convencional, puesto que la información de los motivos y razones debe darse cuando esta se produce y dado que el derecho contenido en aquella norma implica dos obligaciones: a) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención, y b) la notificación por escrito, de los cargos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

5. Comunicación No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997). Párr. (9.4.). Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/560-1993.html>, fecha de consulta: 4 de abril de 2018.

Dicha garantía procesal también tiene entre sus fuentes de derecho internacional el artículo 9, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo al derecho de la persona detenida de ser informada de las causas de su detención; el artículo 16, párrafo 5, de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares que contempla el derecho de los trabajadores migrantes y de sus familiares de ser informados en el momento de su detención de los motivos que conllevaron a ella. El mismo articulado dispone que sean enterados en el idioma de su comprensión y que sean notificados con prontitud de las acusaciones que se hayan prescrito. Esta garantía procesal involucra el derecho a ser asistido de intérprete, la titularidad de este derecho puede recaer ya sea sobre el detenido o acusado como lo explica García Roca (2007: 64).

2.4. Derecho al control judicial de la detención y la razonabilidad del plazo de la detención

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

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau ha insistido en que las garantías procesales como el derecho de la persona detenida a ser informada de las causas de su detención; el derecho de asistencia gratuita; el derecho de intérprete; el derecho de abogado; derecho a examen médico, son garantías relevantes en primera instancia y en la apelación (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012). Al extranjero incluso en situación irregular se le debe tutelar su derecho a la tutela judicial efectiva y beneficiarse de la justicia gratuita como han sostenido Olabuénaga, Ruiz y Torrado (1995: 70).

François Crépeau ha enfatizado en que: “la detención administrativa de los migrantes no debe bajo ninguna circunstancia ser indefinida” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012: 7). Propone medidas como plazo máximo de retención; casos de arbitrariedad en la detención

en el supuesto de que solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados no tengan acceso a un recurso judicial. Menciona que transcurrido el plazo máximo el migrante deberá ser puesto automáticamente en libertad. Enfatiza que el migrante debe estar enterado aun si desconoce el idioma de su derecho al examen de la medida de privación de la libertad; condiciones de aplicar la protección en virtud del principio de no devolución consagrado en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, otra de las medidas consiste en la aplicación del principio de proporcionalidad si no es tangible la expulsión (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012: 7-8).

2.5. Derecho a recurrir judicialmente la detención

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

El artículo 9, párrafo 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de para que las personas privadas de libertad en virtud de detención o prisión recurran ante un tribunal para solicitar la decisión de la legalidad de la detención. El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau subraya algunos ejemplos de instrumentos regionales que tutelan ese derecho a saber: en el artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 14 de la Carta Árabe de Derechos Humanos y el artículo 5, párrafo 4, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012: 7).

2.6. Derecho a asistencia consular

Es relevante destacar que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares obliga a los Estados a prestar ayuda y asistencia a los nacionales, sean personas naturales o jurídicas, así como de asegurar los intereses de los nacionales (personas naturales y jurídicas) en los de conformidad con el derecho internacional

(Convención de Viena, 1963).⁶ Este instrumento supone un marco de garantías procesales mínimas para los migrantes, que se reconocen en el artículo 36 del Convenio en comento que norma la comunicación de las autoridades consulares del Estado de origen del migrante, ya se encuentre arrestado en cualquier forma, detenido o en prisión preventiva, en suma el artículo inculca el contenido básico del derecho humano a la asistencia consular y de un derecho humano de contenido más específico que consiste en el derecho de los migrantes en situación de detención a la asistencia consular.⁷

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

6. Artículo 5. Incisos a) y e).

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

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

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

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

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo." Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, op. cit., artículo 36.

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

CONCLUSIONES

La migración consiste en el desplazamiento geográfico interno o internacional de personas por motivos diversos como la búsqueda de mejores condiciones de vida y oportunidades laborales o por escapar de conflictos que amenazan su vida, situación en la que la persona que emigra no lo hace voluntariamente y recibe la condición de refugiado o asilado.

La interdependencia de las relaciones internacionales económicas y la integración y vinculación del derecho internacional de los derechos humanos como una condición de certeza para las relaciones económicas es indudable por lo tanto la protección de los derechos de los migrantes como titulares de derechos se debe tomar en cuenta en las políticas institucionales que los países ponen en marcha para atender el fenómeno migratorio.

En esta perspectiva el Derecho al debido proceso es un mecanismo jurídico óptimo para dar certeza y seguridad a los migrantes en los procedimientos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, y a la vez para cumplir los compromisos internacionales derivados de textos convencionales que indefectiblemente se han ido consolidando como fuentes legítimas para la protección de los derechos humanos de la persona, consideramos que en la protección de los derechos de los migrantes se debe proponer como estándar del Derecho humano al debido proceso de los migrantes para los operadores jurídicos el siguiente: Derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente, Derecho a conocer las razones de la detención, Derecho al control judicial de la detención y la razonabilidad del plazo de la detención, Derecho a recurrir judicialmente la detención, Derecho a asistencia consular.

La interpretación de los derechos humanos, en su circunstancia contemporánea, impone la interpretación sistemática y acorde con principios específicos conforme y en pro de la persona, lo cual obliga a atender las prescripciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos donde no solo están tratados y declaraciones, sino jurisprudencia de la Corte Interamericana. La vulnerabilidad de las personas migrantes debe entonces ser atendida desde los más altos estándares de Derechos Humanos, esta es una prescripción vinculante, más aún, de justicia mínima.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR. (2003). Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC - 18/03 del 17 de septiembre de. Serie A No. 18.)
 - Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Trotta.
 - Bustamante, J. (2002). *Migración internacional y derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
 - Calvo, M. (1994). *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos.
 - Couture, E. (1997). *Fundamentos de derecho procesal civil* (3ª ed.). Buenos Aires: Depalma.
 - Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
 - Fix-Zamudio, Héctor. (1997). El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho constitucional procesal. *Boletín mexicano de derecho comparado*, (30), 315- 348.
 - Formosa, P.; Goldman, A. y Patrone, T. (2014). Introduction. En: Formosa, Paul, Goldman, Avery y Patrone. *Politics and teleology in Kant*. Cardiff: University of Wales Press.
 - Escartín, M.J.; Palomar, M. y Suárez, E. (1997). *Introducción al trabajo Social II. Trabajo social con individuos y familias*. Alicante: Amalgama.
 - García, F. (2007). *La propuesta de Decisión Marco sobre derechos procesales en los procesos penales a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tratado Constitucional para Europa y las tradiciones constitucionales comunes*. En: Arangüena Fanego, Coral (Coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*. Valladolid: Editorial Lex Nova.
 - Gozáni, O. (2011). *Tratado de derecho procesal constitucional. Tomo 1*. México: Porrúa.
 - Marinoni, L. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra.
 - Ruiz, J.; Vicente, T.; y Ruiz, E. (1995). *Los migrantes irregulares en España. La vida por un sueño*. Bilbao: Universidad de Deusto.
 - Peces-Barba, G. (2003). Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. En Peces-Barba, G. y Eusebio, F. (Dirs). *Historia de los derechos fundamentales, tomo I*. Madrid: Editorial Dykinson.
 - Roldán, G. (1996). El mercado laboral México-Estados Unidos. En Roldán, G. *México: pasado, presente y futuro, tomo II*. México: Instituto de Investigaciones Económicas Siglo XXI Editores.
 - Sarlo, O. (2011). Algunas observaciones sobre interpretación jurídica en Kelsen. En Clérico, Laura y Sieckmann (Eds), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
 - Vidaurri, M. y Soriano, J. (2012). El Contenido de la Reforma Constitucional de 2011 en materia de Derechos Humanos: 10 Temas Fundamentales. *Revista Penal*, (30).
 - Viehweg, T. (1997). *Tópica y filosofía del derecho* (2nd ed.). Barcelona: Gedisa.
 - Vigo, R. (2013). *Constitucionalización y judicialización del derecho*. México: Porrúa-Universidad Panamericana.
- Legislación y Documentos Oficiales**
- Asamblea General de las Naciones Unidas - Consejo de Derechos Humanos. (2012). *Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, François Crépeau*. 20ª Sesión, 2 de abril de 2012.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Caso Fleury y otros Vs. Haití*. Sentencia 23 de noviembre de 2011, FONDO y REPARACIONES.
 - _____. (2006). *Caso Servellón García y Otros Vs. Honduras*. Sentencia 21 de septiembre de 2006.
 - _____. (2013). Informe de

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

- Comunicación No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997). Párr. (9.4.). Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/560-1993.html>
- Convención de Viena sobre relaciones consulares. (1963). Con vigencia desde el 27 de enero de 1980.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época. Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2005716&Clase=DetalleTesisBL>
- Organización Internacional para las Migraciones, Migración irregular y flujos migratorios mixtos. (2018). Enfoque de la OIM, MC/INF/297, 2009, párr. 3. Recuperado de https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf,
- ----- (2018). *Migración, Derechos Humanos y Política Migratoria*. Argentina. En línea. Recuperado de: <http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/02/Migración-derechos-humanos-y-pol%C3%ADtica-migratoria.pdf>