

DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES: **UNA VISIÓN COMPARADA**

Michael G. Núñez Torres
Alonso Cavazos Guajardo Solís
(Coordinadores)



DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES: UNA VISIÓN COMPARADA

Michael G. Núñez Torres
Alonso Cavazos Guajardo Solís
(Coordinadores)





Edición y distribución a cargo de:

Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León

15 de Mayo 423 Ote. Col. Centro,
Monterrey, Nuevo León. C.P. 64000

Primera edición, 2018.

ISBN: 978-607-98102-0-7

Se autoriza la reproducción total o parcialmente del contenido de la presente obra, haciendo mención de la fuente. Los trabajos publicados no expresan necesariamente el punto de vista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. El contenido es responsabilidad de los autores.

Impreso y hecho en México.

ISBN otorgado el 24 de abril de 2018.

[https://www.pjenl.gob.mx/Publicaciones/
coord.editorial@pjenl.gob.mx](https://www.pjenl.gob.mx/Publicaciones/coord.editorial@pjenl.gob.mx)

COMITÉ CIENTÍFICO

Director

Magistrado Francisco Javier Mendoza Torres
Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León

Consejo Editorial

Dr. Hugo Alejandro Campos Cantú
Lic. Juan Pablo Raigosa Treviño
Consejeros de la Judicatura del Estado de Nuevo León

Coordinadores de edición y publicación

Lic. Alan Pabel Obando Salas
Dra. Jaanay Sibaja Nava
Lic. Joaquín Hernández Pérez
Lic. Leonardo Marrufo Lara

Diseño editorial

Lic. Cecilia Elvira Arellano Luna



ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
1. La problemática de los derechos humanos de los migrantes desde la perspectiva del derecho constitucional Michael G. Núñez Torres	3
2. Migraciones y “comparación humanitaria” de los jueces en Italia (trad. de Emanuel López Sáenz y Rachele Maria Fioritti) Michele Carducci	31
3. Eficacia del derecho a migrar en Latinoamérica. La mutua contribución del análisis jurídico y de las ciencias sociales (trad. de Emanuel López Sáenz y Rachele Maria Fioritti) Andrea Iurato	53
4. El derecho procesal constitucional mexicano a la luz de los derechos fundamentales de los migrantes Michael G. Núñez Torres y Alonso Cavazos Guajardo Solís	99
5. La suplencia de la queja como parte del debido proceso de los migrantes extranjeros en México, una propuesta doctrinal Juan Ángel Salinas Garza	133



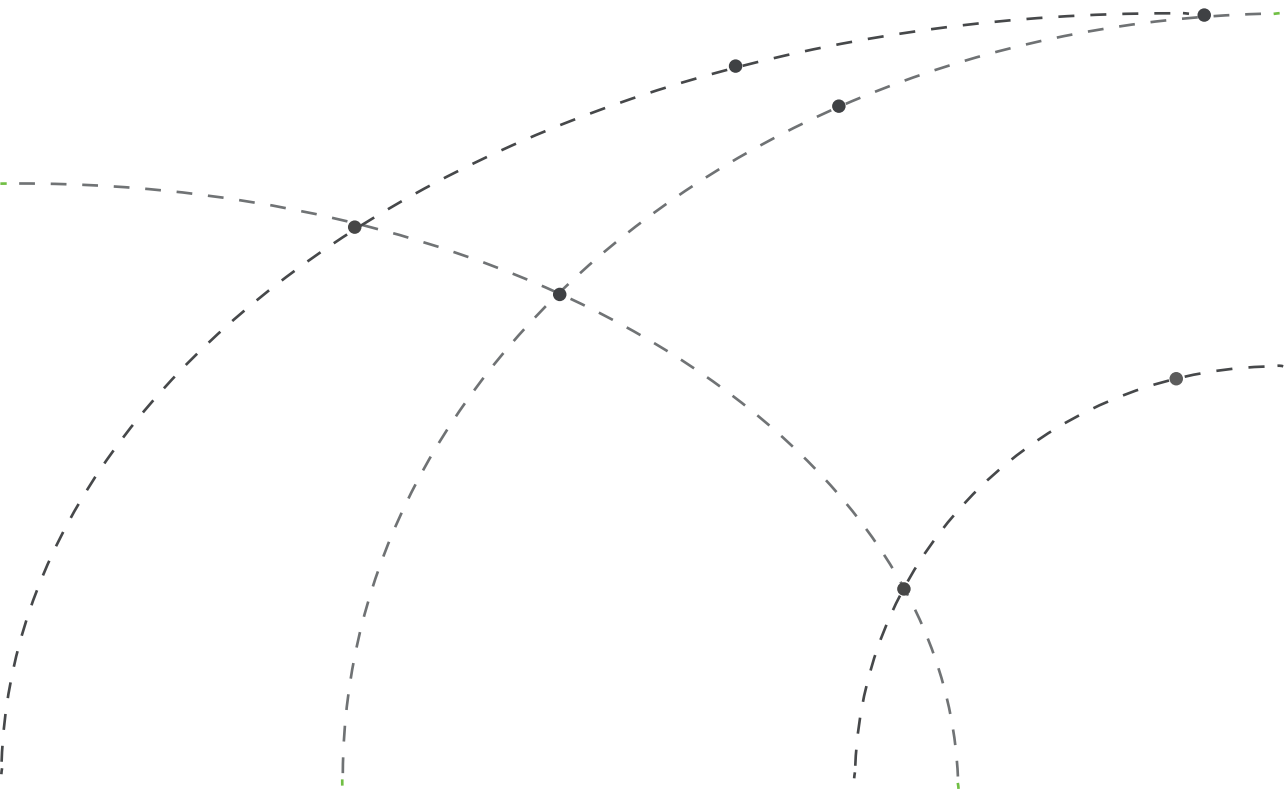
6. Inmigración y participación política: El sufragio de los extranjeros en España Mercedes Iglesias Bárez	171
7. Los derechos sociales de los extranjeros en España Djamil Tony Kahale Carrillo	217
8. Los refugiados por desplazamiento forzado en conflictos armados: Una reconstrucción de la dignidad de la persona humana en los derechos humanos (trad. de Ivette Mecott Rivera) Dejair Dos Anjos Santana Júnior y Ricardo Mauricio Freire Soares	247
9. Mujeres migrantes: género y vulnerabilidad Myrna Elia García Barrera	273
10. Salud y migración en México. El derecho humano de la protección de la salud para los migrantes Rosa María Díaz López	293

ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
CIUO	Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones.
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
CAN	Comunidad Andina.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CEDH	Convención Europea de Derechos del Hombre.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CJUE	Corte de Justicia de la Unión Europea.
Cor-EDH	Corte Europea de Derechos Humanos.
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CSJN	Corte Suprema de la Nación Argentina.
DUDDHH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
DDHH	Derechos Humanos.

EEUUA	Estados Unidos de América.
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
MERCOSUR	Mercado Común del Sur.
OEA	Organización de los Estados Americanos.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
SJF	Semanario Judicial de la Federación.
UE	Unión Europea.
UFBA	Universidad Federal de Bahía.
RAE	Real Academia Española.
RSI	Reglamento Sanitario Internacional.

La problemática de los derechos
humanos de los migrantes desde la
perspectiva del derecho constitucional



LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

MICHAEL G. NÚÑEZ TORRES*

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. Ordenamiento jurídico e ingeniería constitucional. III. La configuración del ordenamiento jurídico y la migración. IV. Derechos humanos, migración y derecho constitucional. V. Fuentes.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La migración es un fenómeno que siempre ha estado presente en la historia de la humanidad. El cambio de la vida nómada a la vida sedentaria significó un período de inflexión que dio lugar a la revolución neolítica, con el consabido paso de la prehistoria a la historia; debido en gran parte a la consolidación de la vida humana en sociedad, vinculada a un territorio y por consiguiente, presentando las características que le permitieron a la humanidad alcanzar un desarrollo cultural en distintos ámbitos de la vida social, tales como la actividad económica, política, religiosa y artística. Este desarrollo no hubiera sido posible dentro de una sociedad en constante e interminable movimiento, ya que se trataría de una vida social signada por la inestabilidad y el desorden material, lo cual no da cabida a nada que no constituya una mera acción de supervivencia. Es así como en la historia de la humanidad aparece constante el siguiente ciclo: las etapas de guerra y demás ejemplos de calamidades, generadoras de éxodos humanos en razón de la inseguridad que las mismas imponen, se alternan con períodos de paz que generan crecimiento y desarrollo en razón de la seguridad imperante. En consecuencia, todo explica los períodos de emigración e inmigración. Este fenómeno migratorio se concreta históricamente de diversas maneras, muchas de las cuales significan tensiones dialécticas.

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Desde el movimiento migratorio por causas climáticas o cataclismos naturales, o la búsqueda de lugares más beneficiosos para la caza, característicos de la prehistoria; pasando por las guerras e invasiones, procesos de conquistas y colonización, propios de la historia de la edades antigua, medieval, moderna y contemporánea; hasta los procesos de mercantilización de la vida económica, el auge del capitalismo o el triunfo del Estado social, propios también de los diferentes períodos históricos que llegan hasta nuestros días manifestándose de manera similar; en todos ellos casi siempre encontramos la referida tensión dialéctica. De modo que, ya sea de forma violenta o pacífica, legal o ilegal, la migración siempre ocasiona transformaciones dentro de la vida social con consecuencias de integración o desintegración.

La migración constituye el fenómeno constante que aparece como resultado de las circunstancias que impulsan a los seres humanos a salir de su tierra en busca de mejores condiciones de vida. Esto se puede ver como una causa del desarrollo económico y social de aquellas sociedades que reciben a los migrantes en sus territorios. La mayoría de las sociedades se ven beneficiadas por la riqueza que suponen los aportes de los migrantes en la vida social, entendida esta en su sentido más amplio. La historia de las grandes sociedades viene aparejada con el intercambio cultural en razón de procesos migratorios significativos. Desde el imperio universal de la edad antigua hasta los EEUUA en los siglos XIX y XX no se pueden explicar sin un sincretismo cultural – donde encontramos al derecho – que los llevó a tener un auge en todos los ámbitos de la vida social. De Latinoamérica se puede decir lo mismo, quizás como pocos casos en el mundo, porque su sincretismo cultural llega a una concreción antropológica más evidente en razón del profundo mestizaje que conjunta las culturas africana, indígena y europea dentro de ese gran espacio del continente americano.

No obstante, existe el planteamiento contrario que muestra a la migración como un fenómeno que supone, para las sociedades que reciben a los migrantes, procesos de desajustes violentos en diferentes ámbitos de la vida social que la distorsionan de tal manera, que llegan a desembocar en un aumento de la actividad criminal (de la cual los migrantes pueden ser sujetos activos y pasivos). Expuesto de esta manera, sin más, este planteamiento aparece como simplista y muchas veces se ha convertido en el argumento de políticas ultraconservadoras

que llegan al racismo, exhibiendo así lo peor de los seres humanos y las sociedades, tal y como la historia de la humanidad nos lo ha presentado hasta el cansancio; basten como ejemplos, los distintos procesos genocidas a lo largo de la historia, siendo el holocausto nazi durante la Segunda Guerra Mundial un ícono tremendo de este comportamiento trágico llevado a cabo por seres humanos en contra de seres humanos. No obstante, en este planteamiento también subyacen tensiones dialécticas que son susceptibles de ser estudiadas por las ciencias sociales, y que parten de que la migración es un fenómeno que afecta la vida social porque implica una heterogeneidad dentro del grupo social, lo que conlleva fricciones culturales en razón del hecho diferencial. Es un hecho que no admite discusión, que los caracteres de una cultura suponen datos distintivos que constituyen, como lo supo ver Max WEBBER al referirse a las diferencias raciales, “un sentimiento específico de honor y dignidad”, al mismo tiempo que pueden traducirse en casos de “atracción o repulsión entre gentes diferentes”¹. De allí que las causas y las consecuencias del fenómeno migratorio siempre suponen tensiones dialécticas.

Por otra parte, como ya es bien sabido, el ordenamiento jurídico supone la estructura social más importante porque regula las relaciones de los seres humanos actuando en sociedad, dotado para ello de la coercibilidad; no importa cuál sea la naturaleza de la relación de que se trate, esta no puede escapar al influjo del derecho. De manera que, el ordenamiento jurídico es una estructura de control social que se forma a partir de los fenómenos sociales y al mismo tiempo actúa sobre estos modificándolos; dicho en otras palabras, el derecho es factor social y producto social². En este sentido, el derecho objetivo se concreta en preceptos y en relaciones institucionales que conforman el ordenamiento jurídico³, constituyendo un objeto de estudio muy complicado al momento de definir una estrategia epistemológica para comprenderlo; lo cual se debe a que el ordenamiento jurídico dista mucho de ser uniforme, al contrario, se concreta dentro de un sistema de fuentes disímil que obliga a estar constantemente revisando la propia definición del derecho objetivo. Además, la mayoría de las

¹ WEBBER, M. *Economía y sociedad...*, pg. 317.

² Sobre el particular, véase: CALDERA, R. *Sociología del derecho...*

³ ROMANO, S. *El ordenamiento jurídico...*, pg. 113.

instituciones jurídicas están conformadas por categorías históricas y espaciales, lo cual conlleva una relatividad que dificulta en mayor medida el objeto de estudio y la respectiva estrategia epistemológica.

El constitucionalismo establece, a su vez, un conjunto de valores que conforman el ordenamiento jurídico y que se concretan en la ley suprema como complejo político-jurídico y axiológico, sin embargo, esto se debe revisar a la luz de la crisis que siempre se presenta cuando se identifica el ordenamiento jurídico fundamental del Estado con este concepto de Constitución y que se centra en la tensión entre lo político y lo normativo⁴. De modo que, esta significa, por un lado, la disposición real de las instituciones, y por el otro, el diseño normativo que expresa el ideal o deber ser institucional. No obstante, los valores del constitucionalismo que informan las normas constitucionales y las relaciones institucionales también tienen una relatividad, tanto en el espacio como en el tiempo, y en ese sentido, hay que analizar los arquetipos que racionalizan. Es interesante la afirmación de ZAGREBELSKY según la cual “como historia, el constitucionalismo ha muerto; como idea, por el contrario, está vivo”⁵; y esto es así, precisamente, porque en esa actualización de los arquetipos que “viven” encontraremos elementos para poder identificar al ordenamiento jurídico como objeto de estudio, esto es, como derecho objetivo. De modo que, si en la época medieval, p.e., el arquetipo racionalizador estaba en los valores del cristianismo, en la teoría constitucional que se construye después de la segunda posguerra esta racionalidad – que informa la lógica interpretativa constitucional – la encontramos en los DDHH.

Por último, la ciencia jurídica debe acudir a las categorías que la sociología, la economía y la antropología le aportan para comprender el contenido material de los DDHH de los migrantes. Asimismo, las ciencias sociales, cuando analizan un fenómeno social como lo es la migración y buscan un parámetro cualitativo para explicar una hipótesis, encuentran en los DDHH una opción pertinente para conseguirlo. Por su parte, la sociología jurídica nos muestra al fenómeno migratorio como una variable explicativa en la conformación de las propias

⁴ KÄGI, W. *La Constitución como ordenamiento...*, pg. 49.

⁵ ZAGREBELSKY, G. “Constitucionalismo”, *Derechos y libertades...*, pg. 20.

instituciones jurídicas del ordenamiento. En este sentido, el planteamiento del problema viene dado ya que el derecho constitucional – como ciencia jurídica específica – presenta dificultades metodológicas serias, tanto en la delimitación de los DDHH como parte dogmática de la ley suprema, como en la estrategia epistemológica para comprenderlos. Consecuencialmente, el hecho de que las ciencias sociales utilicen a los DDHH como parámetro explicativo del fenómeno migratorio, siendo que aquellos no constituyen una verdad aceptada de forma pacífica, dificulta, desde un punto de vista epistémico, su idoneidad para tal fin.

De manera que, la interdisciplinarietà aparece como la estrategia epistemológica para que los DDHH de los migrantes puedan superar las limitantes que las ciencias sociales tienen para conseguir comprobar sus hipótesis con estos parámetros cuya configuración es relativa. En este sentido, el derecho constitucional habrá de admitir que para aprehender el concepto de Constitución – y en especial su parte dogmática – requiere de una concepción de la epistemología similar a la expuesta por SARTRE, según la cual el derecho puede ser objeto de la ciencia o producto de la técnica dependiendo de criterios teleológicos⁶, lo cual incidirá, sin lugar a dudas, en la propia visión neutra del método científico. En este trabajo queremos llamar la atención del fenómeno migratorio en México, y plantear algunas alternativas metodológicas para comprobar los problemas de este fenómeno en relación con el derecho constitucional, a través de sus arquetipos e instituciones.

II. ORDENAMIENTO JURÍDICO E INGENIERÍA CONSTITUCIONAL

El ordenamiento jurídico se concreta en un sistema de fuentes jurídicas complejo, las cuales fueron definidas por SAVIGNY como “las bases del derecho general, y, por consiguiente, las instituciones mismas y las reglas particulares que separamos de ellas por abstracción”⁷. Sin embargo, a pesar de que las reglas jurídicas resumen esas instituciones, a través de diferentes procedimientos y actos jurídicos, no lo pueden hacer en su totalidad, de tal suerte que, solo en razón del reconocimiento de los diversos contenidos materiales que vienen dados por la

⁶ SARTRE, S. “Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica”, *DOXA...*, pg. 7.

⁷ SAVIGNY, F. K. *Sistema del derecho...*, pg. 28.

vida social, económica y cultural se pueden comprender las causas que explican la conformación del ordenamiento jurídico y sus mutaciones. Asimismo, para analizar las consecuencias que suponen las relaciones institucionales dentro del ordenamiento jurídico, interpretando eficazmente las reglas, principios y valores que se desprenden del sistema de fuentes del derecho, es necesario que el intérprete sepa elegir los principios hermenéuticos que se movilizan en torno a la interpretación. En el Estado constitucional esto se hace más evidente en virtud de que la ley suprema, como un complejo institucional jurídico, presenta una estructura normativa que requiere ser aprehendida a través de reglas de interpretación, las cuales, deben armonizar las tensiones dialécticas que están en el texto al tiempo que se analiza su viabilidad institucional; de tal suerte que, encontramos en esta norma posibilidades reales de realización de esos contenidos constitucionales a través de una interpretación que contemple una “política constitucional”⁸.

En consecuencia, para que el sistema de fuentes del derecho logre sintetizar los aspectos formales y materiales contenidos en el ordenamiento jurídico, conforme a los fines inmediatos y mediatos de las instituciones constitucionales, se debe tener:

- A. Una estrategia epistemológica que pueda explicar las instituciones constitucionales con la objetividad científica, libre de prejuicios. Sin embargo, esta objetividad no se debe confundir con la neutralidad, ya que el constitucionalismo, en sí mismo, presenta una serie de principios dogmáticos de los cuales el investigador no puede prescindir.
- B. Una técnica que suponga una herramienta para el diseño de las instituciones constitucionales y que pueda anticipar el comportamiento de estas. En este caso, la dogmática constitucional establece el *telos* del ordenamiento jurídico y la ingeniería constitucional la idoneidad de las instituciones para alcanzarlo.

⁸ ZAGREBELSKY, G. “La Constitución y sus normas”, en CARBONELL, M. (comp.). *Teoría de la...*, pgs. 90-91.

Se trata de utilizar este método que supone la ingeniería constitucional para adecuar el diseño institucional a la consecución de unos fines inmediatos – lo que las instituciones hacen – y mediatos – lo que la dogmática impone como *telos* –. La ingeniería constitucional ha sido definida por LUCAS VERDÚ como:

Aquella parte práctica de la teoría de la Constitución, que estudia la estructura y funcionamiento de las instituciones y órganos que configuran el poder público y los derechos y libertades fundamentales diseñados en la Ley Suprema, cuyo propósito estriba en perfeccionar o aplicar eficazmente la organización y marcha de tales órganos e instituciones y la efectividad de tales derechos y libertades para que cumplan sus objetivos⁹.

En definitiva, dado que los DDHH constituyen el núcleo duro de la dogmática que conforma la teoría de la Constitución, la ingeniería constitucional debe revisar el diseño y funcionamiento de las instituciones jurídicas para que los mismos sean efectivos. Dicho en otras palabras, los DDHH son el parámetro para definir el diseño institucional y evaluar la efectividad del mismo. Sin embargo, la comprensión de los DDHH como parámetro de evaluación puede resultar espinosa al no constituir estos una categoría perfectamente delimitada, en tanto que aparecen como consecuencia de una evolución histórica que parte de los privilegios y los fueros, de los ordenamientos jurídicos estamentales propios de la comunidad medieval; los derechos individuales, que encontramos en las normativas propias del Estado Liberal Burgués que surge con las revoluciones del XVIII; los derechos sociales, que observamos en el ordenamiento jurídico que se configura a partir de la cuestión social y que son propios del Estado social de Derecho; hasta llegar a los derechos de tercera generación que, junto con todos los anteriores, son ajustados al Estado constitucional que tenemos en el siglo XXI.

Esta relatividad de los DDHH en razón de los “clivajes” – utilizando el término de los politólogos – hace que estos no aparezcan con la misma fundamentación racional ni en el tiempo ni en el espacio. En tal sentido, es oportuna la clasificación de los derechos que presenta FIORAVANTI, según la cual existen tres modelos

⁹ LUCAS, P. “Una reciente aportación de la doctrina italiana a la teoría de la Constitución: La ingeniería constitucional”, *Revista del Departamento...*, pg. 33.

constitucionales (historicista, individualista y estatalista), que se combinan entre sí dentro de ordenamientos jurídicos distintos, y que suponen explicaciones y justificaciones de los DDHH también diversas¹⁰. Dicha relatividad nos muestra la influencia de la ideología y la dificultad epistémica que la misma supone, porque aparecen planteamientos jurídicos sobre los DDHH que nada tienen que ver con los constructos en torno a sus contenidos materiales, los cuales son estudiados por otras ramas de la ciencia con estricto apego al método científico; ni tampoco se relacionan con los aportes que sobre la trascendencia de los DDHH hace la axiología jurídica con apego al conocimiento filosófico.

Sin embargo, no se trata de que tengamos que elegir entre la autosuficiencia jurídica, de naturaleza voluntarista, en la cual el contenido de los DDHH habría de encontrarse en el catálogo conceptual producidos por el legislador o el juzgador (a través de la ley y el precedente judicial, respectivamente); y la visión empírica que muestra la problemática de la eficacia de los DDHH con base en el método científico propio de la ciencia de que se trate (la sociología, la ciencia política, la economía). Al contrario, se trata de armonizar los constructos producidos tanto por el derecho como por las ciencias sociales, aunque esto pueda constituir, como afirma TEUBNER, “una trampa epistémica del derecho moderno” al quedar el discurso jurídico obligado a “un test de correspondencia con la realidad externa”¹¹. Pero, no hay de otra manera, ya que las llamadas ficciones legales típicas del discurso jurídico del Estado liberal – que siguen siendo válidas dentro de aspectos estrictamente funcionales dentro de la lógica del ordenamiento jurídico – no son suficientes para comprender la realidad de la institución jurídica ni de los DDHH que se desarrollan a través de esta, y tal comprensión es necesaria para revisar y procurar la eficacia de los DDHH, no solo por parte de la doctrina jurídica, sino de la propia justicia constitucional.

De modo que, la estrategia epistemológica para armonizar los conceptos y constructos sobre la estructura de los DDHH, la encontramos en la ingeniería constitucional donde subyace el institucionalismo jurídico. Muy especialmente, cuando los titulares de los DDHH no son los individuos entendidos en sentido

¹⁰ FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales...*, pg. 25.

¹¹ TEUBNER, G. “El derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del derecho”, *DOXA...*, pgs. 45-47.