

Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras...

VII. RESTRICCIONES ADMISIBLES A LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EXTRANJERAS

Los derechos humanos, independientemente de a quien le sean reconocidos, no son absolutos. Salvo el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que no puede ser restringido bajo ninguna circunstancia,²⁰ los demás derechos admiten restricciones.

²⁰ Cf. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2003. Serie C, Núm. 103, párr. 92;

Ello no implica que cualquier restricción a los derechos humanos sea admisible, sino que ésta debe de cumplir ciertos requisitos mínimos. Así, casi de manera uniforme, tanto entre tribunales supremos y constitucionales nacionales²¹ como en tribunales internacionales,²² se ha establecido que toda restricción, para estar en posibilidad de ser considerada admisible, debe de satisfacer lo siguiente:

a) Estar prevista en la norma jurídica que reconoce el derecho a restringir y, por tanto, ser admisible por dicha norma al respetar su contenido esencial.

b) Tener una finalidad admisible (legítima) en el marco normativo que esté inserta.

c) Ser necesaria en una sociedad democrática, es decir, orientada a satisfacer un interés público imperativo.

d) Ser proporcional al fin que se busca, es decir, ajustarse estrechamente al fin que se busca, restringiendo en el menor grado posible el derecho protegido.

En ese sentido, para determinar si una restricción a los derechos de una persona migrante extranjera es admisible, el derecho del que se trate debe ser sometido a la anterior evaluación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Tesis 1a. CCVI/2014, Décima Época, de rubro: "TORTURA. SU SENTIDO Y ALCANCE COMO PROHIBICIÓN CONSTITUYE UN DERECHO ABSOLUTO, MIENTRAS QUE SUS CONSECUENCIAS Y EFECTOS SE PRODUCEN TANTO EN SU IMPACTO DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS COMO DE DELITO."

²¹ Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Tesis 1a./I. 2/2012 (9a.), Décima Época, de rubro: "RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS".

²² Cf. Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, Núm. 5.

Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras...

Para el caso de México es especialmente relevante tomar en cuenta que, como ha quedado establecido en este documento, hay un conjunto de derechos humanos que no establecen distinción alguna en cuanto a sus destinatarios, esto es, se dirigen *a toda persona*. En ese sentido, si de origen las normas constitucionales y de tratados no prevén, ni autorizan la distinción entre nacionales y extranjeros para el reconocimiento, goce y ejercicio de dichos derechos, nada autoriza que ello se haga de manera automática.

De igual forma, se debe destacar que la norma constitucional mexicana, al reconocer derechos o al referirse a las personas extranjeras no establece distinción alguna entre éstas. Esto es, la máxima norma del país no clasifica, califica ni adjetiva el término extranjero (migrante), lo cual es muy importante tener en cuenta, ya que, por tanto, el reconocimiento de derechos no tiene prevista constitucionalmente distinción alguna entre las personas extranjeras, por lo que ninguna clasificación o adjetivación del término extranjero (migrante) puede ser considerada admisible *per se*.

Paradójicamente, han sido los tratados de derechos humanos los que han introducido en el lenguaje jurídico los adjetivos que se aplican a las personas *migrantes extranjeras*. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 22, hace referencia a “persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado” y “extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado”. En tanto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 12, habla de “persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado” y en el artículo 13 de “extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado”. Además de que, como se estableció en el apartado anterior,

Karlos A. Castilla Juárez

la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, en sus artículos 17, 18, 19, 21, 23, 24, 26 y 28 hace mención de “refugiados que se encuentren legalmente en el territorio” y en el artículo 31 de “refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio” y de la “entrada o presencia ilegales [de los refugiados]”.

Todo lo cual ha dado lugar a que se hable de *migrantes ilegales* o *extranjeros ilegales*, en contraposición a aquellos que entran con permiso del Estado al territorio de éste. Y si bien no hay que perder de vista que esa distinción sólo se hace respecto a derechos específicos, en la gran mayoría sólo en referencia a los derechos de circulación y residencia, así como al hablarse de la expulsión, ello ha servido de justificación para extender dichos adjetivos a otros derechos humanos, lo cual, en mi opinión, es incorrecto en la medida de que son sólo unos derechos en específico los que prevén (aunque no se comparta) esa distinción, pero no así los demás. Y más aún, que dicha distinción o adjetivación sólo se contiene en el texto de los tratados y no en el de la Constitución.

En ese sentido, se debe ser especialmente cuidadoso al pretender restringir los derechos humanos de las personas *migrantes extranjeras*, pues la calidad personal, migratoria, forma de entrada, vía de entrada u otra de esa naturaleza no pueden ser *per se* justificación suficiente para restringir sus derechos humanos, para dar un trato diferenciado en el ejercicio y goce de éstos.

Por lo que, al momento de regular los derechos de las personas *migrantes extranjeras* y, con ello, abrir la posibilidad de restringir sus derechos humanos, no sólo es necesario tomar en cuenta los cuatro puntos que al inicio se enumeraron, sino

Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras...

también que, al tratarse de una distinción basada en la *nacionalidad*, ello debe ser especialmente analizado, requiriendo un escrutinio estricto al tratarse de una situación conocida como categoría sospechosa.²³

La distinción entre persona nacional y persona extranjera no puede darse como admisible *per se*, pues ésta puede ser no una distinción, sino una discriminación. Dar por válida esa distinción respecto a cualquier derecho sin un análisis previo, da muestra más bien del fantasma *xenófobo* que recorre nuestros países, nuestras instituciones y, lamentablemente, muchas veces a nosotros mismos.

Situación que también se debe observar y cuidar cuando la distinción se hace entre dos o más de los tipos en que han sido clasificadas las personas *migrantes extranjeras*. Esto es, el análisis no concluye cuando se hace la distinción entre nacionales y extranjeros, sino que también se debe hacer cuando se hace entre diferentes tipos de *migrantes extranjeros* entre sí.

Por lo que, en mi opinión, toda restricción a los derechos humanos de las personas *migrantes extranjeras* debe ser evaluada bajo los estándares que antes han sido señalados, pero teniendo presente que por tratarse de una distinción hecha en razón de la nacionalidad, el estándar de evaluación debe configurarse de la siguiente forma:

²³ Véase en este sentido: Saba, Roberto, "Igualdades, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pp. 696-742, y Fiss, Owen, "Grupos y la cláusula de igual protección", en Gargarella, Roberto (coomp.), *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 137-167.

i. Legalidad sin discriminación. Estar previstas la restricción y la distinción en la norma jurídica que reconoce el derecho a restringir.

ii. Idoneidad. Tener una finalidad admisible y distinción autorizada para alcanzar un fin constitucionalmente imperativo.²⁴

iii. Estricta necesidad. Ser la medida menos restrictiva disponible para alcanzar el fin buscado.

iv. Proporcionalidad (sentido estricto). Satisfacer ineludiblemente la finalidad que se busca como consecuencia directa de la aplicación de la medida.

En realidad, lo anterior sólo pone énfasis en la necesidad de desarrollar un escrutinio estricto²⁵ al no sólo tratarse de una restricción a derechos humanos, sino de una restricción de derechos humanos que tiene como punto de partida la *nacionalidad*.

Esto es, que no sólo involucra o pone bajo análisis un derecho en concreto, sino también al *principio de no discriminación* (artículo 1o., quinto párrafo, de la Constitución) que es transversal a todos los derechos humanos y especialmente relevante cuando el reconocimiento de dichos derechos depende de la *nacionalidad* que se posea.

²⁴ La igualdad ante la ley significa que las situaciones iguales deben ser tratadas iguales, y que las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente siempre de manera justificada, objetiva, razonable y proporcionalmente, siendo inconstitucional tratar igualmente a hipótesis jurídicas diferentes, como, asimismo, es inconstitucional tratar de manera diferente a quienes se encuentran en una misma hipótesis jurídica, desde la creación de la ley y en su aplicación.

²⁵ En gran medida, esto significa hacer presente el llamado *test de igualdad* al evaluar una restricción de los derechos humanos de las personas migrantes. Lo estricto del escrutinio se hace siguiendo el modelo estadounidense del *test* de igualdad, en tanto que los demás elementos se hacen siguiendo el modelo europeo.

Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras...

Así, no hay duda alguna de que los derechos humanos de las personas *migrantes extranjeras* pueden ser modulados y restringidos, pero, en todo caso, ello se debe de justificar no sólo en la creencia popular de que eso es lo correcto, ni en la sola situación migratoria en la que se encuentren o la forma en la que hayan ingresado al país, sino atendiendo a una evaluación estricta que se enmarca ni más ni menos que en el sistema constitucional mexicano.