

El derecho penal del enemigo y la migración irregular en la Ley General de Población de 1974

*Alejandra Ivone Vázquez Gutiérrez**

*Mauro Pérez Bravo***

Resumen: En este trabajo tomamos un punto específico de la movilidad humana: la migración irregular, y su criminalización. Hacemos un análisis comparativo entre la teoría del derecho penal del enemigo y cómo ésta bien podría aplicarse a las políticas públicas migratorias en México, sobre todo en la Ley General de Población de 1974. Si bien en cuanto a materia de migración la normatividad aludida se dejó atrás, dando paso a una ley más acorde con una perspectiva de derechos humanos como es la Ley de Migración de 2011, encontramos en las políticas públicas del Estado mexicano sobre migración prácticas legislativas que siguen criminalizando a la población en situación migratoria irregular, por lo que, consideramos, se hace imperioso que el análisis legislativo se retome con una perspectiva de derechos humanos.

Palabras clave: derecho penal, enemigo, migración irregular, criminalización.

The criminal law of the enemy and the irregular migration in the General law of population of 1974

Abstract: In this work, we take a specific point of human mobility: irregular migration, and its criminalization. We will make a comparative analysis between the criminal law theory of the enemy and how it can be applied in public migration policies in Mexico, especially in the

* Alejandra Ivone Vázquez Gutiérrez, Universidad Autónoma de Querétaro, México. Correo electrónico: alei_vgl7@hotmail.com

** Mauro Pérez Bravo, Universidad Autónoma de Querétaro, México. Correo electrónico: mauro050@yahoo.com.mx

General Population Law of 1974. Although, as regards migration, the regulations referred to above passed back, giving way to a law more in line with a human rights perspective such as the Migration Act of 2011, in the public policies of the Mexican State on migration, legislative practices that continue to criminalize the population in an irregular migratory situation. We believe it is imperative that the legislative analysis be taken up with a human rights perspective.

Keywords: criminal law, enemy, irregular migration, criminalization.

Introducción

En el presente trabajo realizamos un análisis de la política pública y legislativa de la migración y cómo se encuentra matizada en México por una perspectiva criminal hacia las personas en situación migratoria irregular. Lo anterior fue una situación que prevaleció sobre todo en el siglo pasado, concretamente cuando estaba vigente la Ley General de Población de 1974. No obstante que dicha normatividad fue superada por la Ley de Migración que actualmente rige el procedimiento administrativo de migración, en la práctica quedan muchos vestigios en los ordenamientos legislativos actuales y en las políticas públicas en la materia que dan lugar a una visualización de las personas migrantes en situación irregular como si fueran enemigos del Estado mexicano.

Es así que en la primera parte del presente texto desarrollamos algunas consideraciones sobre el derecho penal del enemigo. En un segundo momento, nos enfocamos al análisis de la Ley General de Población de 1974. En ésta, se hace patente el enfoque criminal y bélico que se le debería suponer a las personas extranjeras en general, independientemente de su situación migratoria. Al final, después de un análisis dialógico entre la migración irregular en México y el derecho penal del enemigo, señalamos algunos avances en materia de protección a derechos humanos, dejando a consideración algunos puntos a retomar para continuar con la investigación en materia de derechos humanos y migración, sobre todo lo que tiene que ver con legislación migratoria, proponiendo algunas rutas para adiciones o reformas legislativas que consideramos podrían dar más efectividad y protección a los derechos humanos de las personas migrantes en situación irre-

gular y para ir erradicando del mapa legislativo indicios sobre enemigos y criminalidad migratoria.

Antecedentes

Desde tiempos remotos la sociedad se ha establecido de manera tal que haya una organización que implique varios ámbitos: jurídico, político, cultural, económico, etc. A este tipo de organizaciones se les ha denominado *contrato social*, es decir, el acuerdo de voluntades por medio del cual la colectividad cede una parte de sus derechos al Estado, es decir, la población confiere parte de su voluntad en busca de un *bien común*. Y en este *bien común* se encuentran también *mis intereses*.

A fin de ahondar brevemente en el campo teórico del contractualismo, en la historia del pensamiento tenemos que hay tres grandes filósofos que desarrollaron propuestas en relación con este tema: Rousseau, Hobbes y Locke. Para efectos del trabajo que ahora proponemos, seguiremos las líneas de reflexión que presentan los dos primeros.

En primer término, nos concentraremos en Jean Jacob Rousseau, quien en su obra *El contrato social* nos sienta las primeras bases para establecer el modelo de sociedad que hoy en día manejamos. El autor propone la idea de que venimos de un estado natural donde no se tiene un orden y hay caos entre los individuos, sin embargo, como lo señalaremos más adelante, ese caos es el mismo generador del orden, la causa de que se realicen reflexiones a fin de establecer ya no un ambiente sin estructura y anárquico, sino con orden, con andamios políticos y jurídicos (Rousseau, 1999).

Ahora bien, en este estado natural, donde imperan grupos primitivos, caóticos y anárquicos, antes de considerarse como sociedades propiamente dichas, no podemos hablar formalmente de que exista la figura jurídica del *delito*, ya que no hay algo que pueda constituirse como propio, es decir, se realice el reconocimiento entre lo ajeno y lo propio.

En un ambiente caótico, desordenado y sin estructura ni instituciones, no hay derechos ni obligaciones porque conceptualmente no

se ha creado la figura de la *propiedad* que sea reconocida por los seres humanos; luego entonces, no existe ni se vislumbra esa diferencia entre lo lícito y lo ilícito, entre lo permitido y lo prohibido.

Esto hace relucir que únicamente cuando haya una determinación por parte de una autoridad, en la que se especifiquen las conductas que se sancionarán, es decir, un delito, y que cuando éstas ocurran, habrá lugar a una sanción por parte de esa misma autoridad; en otras palabras, se hace menester la figura jurídica/política de una autoridad, de un ente público capaz de establecer las reglas de convivencia, para dejar el caos, y pasar ahora al orden. Estamos hablando del Estado.

En este ente público que se denomina *Estado*, consideramos que emergen dos posibles apreciaciones con las cuales se podría identificar la población: la primera de ellas con base en la *propiedad*, es decir, el sentimiento de identidad que empieza a tener la persona con sus bienes; en consecuencia, el segundo sentir se refiere al ultraje de lo ajeno, de los bienes sustraídos. Consideramos que es en esta dicotomía que comienza el estado de supervivencia entre los habitantes: la lucha entre conservar lo propio y sustraer lo ajeno.

Lo anterior nos lleva a otorgar el poder a quien nos vaya a proteger: el más fuerte, el más listo, el más justo; a quien por sus cualidades superiores identificamos como un ente de protección, un ente público, y a quien a cambio le *cedemos* una parte de nuestros bienes por una seguridad garantizada, y en caso de un nuevo ultraje, los bienes o integridad de algunos de los pertenecientes a la comunidad; así, tendrá que haber una reacción por parte de ese Estado para que la sociedad continúe *sintiendo* la seguridad que ha solicitado, es decir, se espera que el Estado cumpla con la parte del contrato que se pactó. Ahora bien, la reacción del Estado no siempre será la misma. Habrá asuntos que se deban vigilar de una manera determinada, pero siempre deberá ser aquél quien decida la forma de sancionar.

La reacción del Estado ante los eventos considerados como delitos, es la sanción, la cual será regulada por el derecho penal. En esta rama del derecho se ponen en juego tanto los bienes materiales como los inmateriales, entendiéndose los primeros como los que juegan la parte material de adquisiciones que tiene el ciudadano, y los segundos como

los derechos que deben ser respetados e integrados a una legislación que dé seguridad (un ejemplo de los bienes inmateriales sería la propia vida, la libertad personal o el libre desarrollo sexual).

Lo anterior es así porque la legislación únicamente se creará cuando haya la imperiosa necesidad de tutelar algún bien. Si la materia penal es la que por excelencia contempla la sanción de la conducta en la que se llegue a privar de sus derechos de manera parcial o total (Foucault, 1976), y es el Estado quien va a intervenir en esa esfera de sanción, consideramos que dicha sanción deberá ser sólo por causa justificada y necesaria.

El Estado, a través del derecho penal, restablece el orden una vez que el sujeto ha rebasado los parámetros sociales permitidos, convirtiéndose en un infractor del contrato que se había establecido en primer término.

Por lo anterior, es el Estado el único facultado para establecer un catálogo de delitos, el cual deberá establecerse con base en lo que la sociedad necesita. En este sentido, cabe citar a Miguel Polaino-Orts, que refiere que “la cuestión de los límites tiene también una implicación directa en la definición de concepto de norma, ya sea principal, ya de flaqueo” (2013: 18); es decir, necesitaremos saber qué tipo de norma es, en el caso de la norma penal, y que ésta sea vigente y eficaz.

Hay delitos cuya naturaleza ponen en riesgo el contrato social mexicano, contenidos a lo largo de la normatividad y que encierran en sí mismos un elemento que impacta en la normatividad del sistema jurídico del Estado mexicano: el enemigo. En este supuesto consideramos que se encuentra la Ley General de Población de 1974, en donde habrá un enemigo claro y bien identificado: la persona migrante en situación irregular.

Si bien la Ley de Migración de 2011 sustituyó a la Ley General de Población de 1974 en materia de migración para descriminalizar la migración irregular, consideramos que, dentro de las políticas públicas migratorias del Estado mexicano, aún persisten prácticas inculminatorias hacia personas migrantes, evidentemente fuera de todo marco normativo, basándose en una apreciación desde el derecho penal aplicado en materia migratoria.

Expondremos entonces las principales ideas referentes al *derecho penal del enemigo* para poder tener las bases teóricas mínimas que servirán para el análisis de la Ley General de Población de 1974, y las derivaciones criminales y penales que de la misma se desprendían y cómo han quedado algunos remanentes en el actual marco normativo migratorio.

Derecho penal del enemigo

Parte medular del presente trabajo es el análisis del concepto de *derecho penal del enemigo* y algunas de las implicaciones que de ello derivan. Nos acercaremos a algunos autores que nos darán ciertos rasgos para tratar de comprender lo que es el derecho penal del enemigo. En este tenor, Miguel Polaino-Orts (2013) refiere que, actualmente, se define al *derecho penal del enemigo* como:

Un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones exteriores de peligro, valoradas por el legislador y que este considera necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de los supuestos (Derecho penal del ciudadano) [...] dichos sujetos comprometen la vigencia del ordenamiento jurídico y dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella (personas en Derecho) puedan vincular al ordenamiento jurídico de su confianza en el desarrollo de su personalidad (Polaino-Orts, 2013: 29).

El matiz bélico de Polaino-Orts es innegable: un ordenamiento de combate. El derecho, tradicionalmente, se ha considerado como un conjunto de normas que regulan las relaciones humanas, en sus particularidades y generalidades, no como un *ordenamiento de combate*. Al parecer, Polaino-Orts ubica al derecho en un campo bélico; desde nuestro punto de vista, consideramos que el derecho es un lenguaje técnico, específico y muy particular que regula y ordena relaciones entre personas y comunidades, incluso entre naciones. Las consideraciones de Polaino-Orts sobre el derecho penal enemigo ponen de manifiesto el carácter bélico del mismo, y cuáles serían las consecuen-

cias de su aplicación a los sujetos considerados por el legislador como “peligros”.

En un plano económico, la doctora Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria (2015) establece:

El derecho penal del enemigo está construido a partir del miedo que generan los riesgos en el sistema-mundo capitalista-neoliberal; sin embargo, desde nuestra óptica todas las conductas materializadas o susceptibles de materializar que este tipo de derecho criminaliza, son aquellas que atentan contra el ejercicio de poder económico a través de la competencia sistemática (Padilla, 2015: 23).

Un punto que destaca Padilla Sanabria es el *miedo* como factor de impulso para la construcción del derecho. En el ser humano es natural el miedo, como lo es la alegría o la tristeza. Principalmente, el ser humano *siente* el miedo. No *piensa* el miedo. Literalmente, el miedo se puede ubicar en alguna parte del cuerpo humano: en el estómago, como un fuerte golpe que pulveriza las entrañas, o como sudor frío recorriendo la espina dorsal. En todo caso, se analizan o piensan las consecuencias de una acción o de una omisión, pero en ese preciso momento no se está pensando el miedo propiamente.

Hacemos reflexiones sobre el miedo, como un concepto o como un ente de estudio psicológico, como un fenómeno distante en el cuerpo del hombre. Tenemos entonces dos momentos: cuando *sentimos* el miedo, y cuando *pensamos* sobre el miedo, uno después del otro, no importa el orden, pero no al mismo tiempo. Es así que el miedo se constituye, de acuerdo con lo planteado por Padilla Sanabria, como el motor o impulso para la construcción de ordenamientos jurídicos sancionadores, en este caso el del derecho penal del enemigo.

De acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores, podemos desprender dos elementos para la justificación del derecho penal del enemigo: el miedo y el combate.

Ahora bien, por su parte, Jakobs (2003) señala lo siguiente sobre el derecho penal del enemigo: “El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo es el de aquellos que

forman contra el enemigo frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra” (p. 33).

Es así que consideramos al *derecho penal del enemigo* como un control social que se ve reflejado en la norma, que tiene como características especiales la distinción sumamente marcada entre una persona considerada como ciudadano y otra como enemigo (Jakobs, 2003: 33). Para este derecho, el autor promulga que el simple hecho preparatorio constituirá un delito acabado: no castiga el hecho cometido, sino el hecho futuro, lo cual ha resultado sumamente criticado por los doctrinarios, sobre todo del derecho liberal.

Hemos tratado de identificar tanto el ordenamiento que rige a la sociedad como un elemento objetivo de la definición, y como consecuencia que la sanción sea mucho mayor, lo que es provocado por una persona que quiere y sabe las consecuencias de sus actos, aun cuando no estén consumados.

De acuerdo con la teoría de Jakobs (2004), podemos identificar cuatro características para el derecho penal del enemigo:

1. Adelantamiento de la línea de defensa, por sancionar actos preparatorios.
2. La pena desproporcionada respecto de una conducta realizada o en vías de su realización.
3. Una legislación de combate.
4. Reducción de las garantías (Jakobs, 2004: 58-59).

Consideramos que estos elementos pueden brindar los rasgos generales del derecho penal del enemigo, precisando que los mismos son enunciativos mas no limitativos. De la lectura de las cuatro características del derecho penal del enemigo, podemos advertir el papel que desempeña el Estado como un ente competente no sólo para detener al *enemigo*, sino para *destruirlo y eliminarlo*.

El enemigo existe en la guerra, en situaciones bélicas. El objetivo del derecho es destruir y eliminar al enemigo. No se inicia una guerra para dialogar. Se inicia la guerra porque el diálogo se agotó, como último recurso. ¿Existe algún último recurso fuera de la guerra? No se dialoga con el enemigo, se le extermina.

Ahora bien, el simple hecho de que una persona delinca no lo hace enemigo *per se*: no todos los delincuentes son enemigos, pero sí todos los enemigos son delincuentes. Y es que, para ser enemigo, se requiere por lo menos de las características señaladas en líneas anteriores; es decir, que los actos que lleguen a realizar los enemigos sean tales que con la simple planeación pongan en riesgo no sólo a la sociedad, sino a la nación en sí: arriesga la seguridad social, bienes de la nación, el peligro de deslegitimar a los poderes, poner en riesgo el patrimonio o actuar con terceros para que no se logre que la sociedad continúe dentro de un sistema de derecho; en otras palabras, que se altere el sistema de derecho en su totalidad.

A su vez, y de manera más vinculada al Estado de derecho mexicano, Miguel Ángel Mancera Espinosa (2011) apunta:

Es una forma de control social formal, a la cual el Estado confía los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, al menos lo que el consenso social considera como de mayor valía, y ello lo hace, sin duda porque sabe que quien se atreve a atentar contra tales valores está consciente de que la reacción del sistema jurídico será la más severa y que, por ende, enfrentará graves consecuencias (Mancera, 2011: 587).

Mancera es preciso en señalar la severidad con la cual el Estado ejercerá todo su imperio para castigar las acciones de quienes se consideren enemigos. Al componente axiológico que añade Mancera, se le deberá poner especial cuidado, en virtud de que el término *valor* depende de lineamientos espacio-temporales, así como del entorno cultural específico, dejando lugar a la discrecionalidad de la autoridad sancionadora encargada de aplicar la normatividad. Sin embargo, el otro aspecto que consideramos de suma importancia atender es la afirmación que atinadamente señala Mancera: *control social*.

Este último aspecto es el que nos permitirá dar el paso hacia nuestra siguiente esfera de análisis que es la migración. Hasta el momento, hemos desarrollado brevemente algunos rasgos característicos del derecho penal del enemigo, lo que nos servirá para el análisis que corresponde y que responde a nuestro principal eje de atención: la criminalización de las personas migrantes.

Pasemos entonces ahora a un breve estudio comparativo entre el *enemigo* como figura jurídica y las personas migrantes en situación irregular.

En este orden de ideas, desde nuestra perspectiva, el derecho penal es la acción del Estado más ejemplificativa hacia las reacciones de la sociedad: es un control social estabilizador. La norma penal se tiene que mantener vigente y eficaz para que continúe estabilizando a la sociedad. Una normatividad penal que no se encuentra vigente perderá la capacidad de *ejercer el control* sobre una sociedad que no reconoce una ley o normatividad para regular sus conductas.

Para que una normatividad continúe ejerciendo el control social sobre una sociedad, se requiere establecer en dicha norma las conductas consideradas como delito, así como la penalidad subsecuente por infringir la normatividad o no cumplirla. Esto es importante porque si una persona no respeta una norma, entonces el Estado tendrá que reafirmar su vigencia mediante una pena. A esto lo llamaremos *seguridad cognitiva*; ahora bien, ¿en qué consiste la seguridad cognitiva?

La seguridad cognitiva consiste en que una norma sea eficaz, en el sentido de servirle a la sociedad, que su mera existencia sea por necesidad de la sociedad. Asimismo, la seguridad cognitiva tiene que ver con que una conducta delictiva sea castigada oportunamente. Jakobs (2003: 37) refiere atinadamente que de no ser una norma con base en necesidades y con una respuesta oportuna, entonces la norma es vacía: para que una persona sea considerada como ciudadano o enemigo, dependerá de si respeta la norma o si la infringe. Si la infringe será considerado como delincuente, probablemente un enemigo, y por esto es que hay toda una serie de sujeciones a procesos que hacen que el Estado se vuelva a consolidar como garante del control social.

Una persona puede poner en peligro a una nación porque tiene conocimiento del alcance de su actuar no sólo en el momento presente sino por las consecuencias permanentes a largo plazo que se deriven de su actuar, hasta tal punto que desequilibre el sistema jurídico. Si una persona no se siente arraigada a su nación y a su sistema jurídico, al contrato social que se le ha impuesto, y no cumple con las expectativas mínimas de la sociedad, y si este actuar es exteriorizado o planeado para atentar contra el equilibrio del sistema, ¿se le debe-

ría tratar como un delincuente más? Dicho de otra manera: si una persona no actúa con el mínimo respeto a la norma penal, debe ser castigada y resocializada, pero si además de no cumplir con la norma penal, está tratando de destruir el sistema de derecho, entonces ya no sólo será una persona que delinque, ahora será un enemigo del Estado y se le debe declarar la “guerra”.

En el terreno mexicano, refiere Mancera (2011), se les considera enemigos a los “narcotraficantes, a los terroristas, a los que cometen delitos económicos y en general aquellos que se ubican dentro de la delincuencia organizada” (2011: 558). Desde este autor, los enemigos del Estado mexicano constituyen un entramado más elaborado que simples conductas realizadas fuera del margen de la ley. Se refiere más bien a estructuras delictivas, a toda una organización compleja que no actúa en un campo individual, sino que se conforma como todo un colectivo que amenaza al Estado mexicano en un sentido bélico.

Por su parte, Polaino-Orts (2013: 113) refiere que el enemigo no tiene que ver con cuestiones bélicas o religiosas, ya que estas características se han dado por los grupos que internacionalmente han llegado a atentar en estados de guerra, y hasta el momento el Estado mexicano no se ha identificado en plano bélico, por tanto, no podemos englobarlo específicamente en un Estado particular de religión, etnias o políticos.

Ahora bien, el enemigo no es la característica de la persona, es la persona misma. Es en este punto donde nos queremos centrar: un enemigo ya no sólo se reduce a una cuestión bélica, puede ser *cualquier persona* que atente contra los intereses del Estado mexicano. En esta lógica, quién sino el extranjero, el extraño, el que no es nacional, el migrante en situación irregular, es de quien el Estado mexicano se debe proteger, y para lo cual, deberá crear mecanismos legales, a fin de salvaguardar sus intereses nacionales.

Pasamos entonces a la siguiente parte de nuestra exposición, para analizar la criminalización de la cual han sido objeto las personas en situación migratoria irregular, partiendo del antecedente de la Ley General de Población de 1974, y cómo en esta ley se partía de una concepción delictiva y criminal de la migración, hasta llegar a rasgos muy semejantes con el exterminio que merece un enemigo.

Ley General de Población de 1974: la migración irregular como enemigo del Estado mexicano

En esta parte del trabajo, ya sentadas algunas bases de lo que es el derecho penal del enemigo, realizaremos un breve análisis de la migración irregular en el Estado mexicano. En este análisis veremos cómo la Ley General de Población de 1974 entendía a la migración irregular como un objeto que debía ser controlado y, en ocasiones, eliminado.

Si bien es cierto que en materia migratoria la actual Ley de Migración de 2010 vino a replantear la percepción sobre la movilidad humana en México, en el actuar de las autoridades y de la política pública migratoria se advierte que la migración irregular en México constituye un foco de atención catalogado como peligroso y que debe contenerse por cuestiones de seguridad nacional e interés público; es decir, encontramos en el control migratorio mexicano fuertes matices que hacen de las personas en situación migratoria irregular un conglomerado de peligro para el país, situación que bien podría equipararlos no sólo con grupos delictivos, sino, incluso, alcanzar la categoría de enemigos.

El corredor migratorio Centroamérica-México-Estados Unidos es el más grande del mundo. No hay cifras oficiales sobre cuántas personas en situación migratoria irregular provenientes de Centroamérica atraviesan México, con el objetivo de llegar a Estados Unidos. Los datos abiertos de la Unidad de Política Migratoria¹ de la Secretaría de Gobernación señalan que en 2014 fueron detenidos 127,149 extranjeros en situación migratoria irregular; en 2015 la cifra ascendió a 198,141; en 2016, 188,595; en 2017, fueron 95,497, teniendo registro de que los principales países expulsores de personas migrantes son Guatemala, Honduras y El Salvador. De lo anterior se deriva que cerca de 152,000 personas en situación migratoria irregular son detenidas anualmente, o lo que es lo mismo, poco más de 400 personas fueron detenidas diariamente por la autoridad migratoria mexicana entre 2014 y 2017. Esta es la base mínima, ya que, en efecto, no es posible determinar

¹ Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación. En http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Extranjeros_alojados_y_devueltos_2017 (última revisión abril de 2018).

con exactitud el flujo migratorio irregular que atraviesa México hacia Estados Unidos.

De la estadística migratoria señalada en líneas anteriores se puede corroborar que México constituye un espacio vital para el tránsito de personas extranjeras en situación migratoria, ya sea regular o irregular. La normatividad aplicable para efectos de la población migrante en México es la Ley de Migración, sin embargo, no siempre fue así.

La migración irregular en México tuvo un acercamiento significativo con el control ejercido por el derecho penal. Hasta antes de 2010, la Ley General de Población de 1974 contenía un capítulo especial para la regulación migratoria en México, concretamente el capítulo II.

Partimos de la Ley General de Población de 1974 porque fue el último ordenamiento en el sistema jurídico mexicano que materializaba explícitamente la criminalización hacia las personas migrantes. Después de la Ley General de Población se dio paso a la Ley de Migración, la cual contiene ya una perspectiva de derechos humanos y una armonización con los estándares internacionales legislativos aplicados a la materia.

En el artículo 12 de la Ley General de Población de 1974 se señalaba lo siguiente: “La Secretaría de Gobernación podrá cerrar temporalmente los puertos aéreos, marítimos y fronteras al tránsito internacional, por causas de interés público”. Una de las grandes problemáticas en el ámbito jurídico es la hermenéutica o interpretación de la norma. En el artículo referido no se especifica qué se debe entender por “interés público”, por lo que deja a la interpretación discrecional de la administración la interpretación de ese interés público. Situación idéntica ocurría en el artículo 38 del ordenamiento legal al que se ha hecho referencia: “Es facultad de la Secretaría de Gobernación, suspender o prohibir la admisión de extranjeros, cuando así lo determine el interés nacional”. Se vuelve a plantear la misma interrogante: ¿en qué consiste el “interés nacional”? ¿Quién o qué determina el “interés nacional”?

Dejar la interpretación de la norma al arbitrio de la autoridad administrativa, sin restricción alguna, nos orilla a caer en una incertidumbre jurídica: no hay certeza de que la autoridad competente se encuentre ejerciendo sus atribuciones en el marco legal, fundada y motivadamente.

Situación similar ocurre en el artículo 37 fracción IV de la Ley General de Población de 1974, en donde se señalaba que la Secretaría de Gobernación podría negar la entrada al país cuando “se estime lesivo para los intereses económicos de los nacionales”. Las preguntas que se pueden detonar a partir de esta fracción guardan relación inmediata con el fondo del asunto: la discrecionalidad de la autoridad competente en materia migratoria para la aplicación de la ley, sin aplicar el principio de seguridad jurídica que debe guardar todo procedimiento administrativo.

La Ley General de Población de 1974 destaca por la indudable penalización de la migración irregular. Como lo hemos apuntado en líneas anteriores, se penaliza el delito, y el delito lo cometen los delincuentes, a quienes hay que sancionar. Por mencionar, el capítulo VIII de la Ley General de Población de 1974 incluye todas las sanciones en materia migratoria para quienes incumpliesen dicha normatividad, así como para aquellos que por diversas motivaciones proporcionaran algún tipo de asistencia a las personas migrantes en situación irregular.

Es así que la legislación punitiva en materia migratoria sobresale sobre la legislación protectora de derechos humanos, tal y como lo señala Mónica Vereza: “La mayoría de las regulaciones y las leyes discutidas y aprobadas han sido de corte punitivo/restrictivo para la migración indocumentada y muy pocas se han aprobado para la mayor integración y bienestar de los migrantes” (2014: 306). En la Ley General de Población de 1974 las sanciones iban desde multas hasta privación de la libertad, incluso dando lugar a la intervención por parte del Ministerio Público.

El control migratorio del Estado mexicano es un control penal sobre la persona, explícito al menos en la Ley General de Población de 1974. Las consecuencias de tener una política pública migratoria, basada en el derecho penal, es que ya no se busca regular el flujo migratorio, sino castigar las infracciones a la legislación correspondiente. Las personas migrantes, por el simple hecho de encontrarse en una situación migratoria irregular, eran catalogadas como delincuentes.

El control migratorio en México ha tenido variantes importantes, así como deficiencias que desembocan en violaciones a los derechos fundamentales de las personas migrantes. Lo anterior se corrobora con el *Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Hu-*

manos sobre la situación de los derechos humanos en las estaciones migratorias, y lugares habilitados del Instituto Nacional de Migración en la República Mexicana del año 2005, en donde a la letra se asienta:

Otra situación grave es la relativa a la criminalización del migrante indocumentado, debido a que la Ley General de Población considera como delito internarse indocumentadamente al país. Ello aumenta su vulnerabilidad, al ser en todo momento susceptible de una arbitraria actuación de los servidores públicos, federales, estatales y municipales para su exacción, maltrato y, en ocasiones, hasta abuso sexual.

La atención de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) sobre el flujo migratorio en tránsito por México ha tomado relevancia ya que, como lo ha señalado el organismo nacional, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas migrantes ha detonado en violaciones a los derechos humanos, en la criminalización de la migración irregular.

En el *Informe especial sobre secuestro de migrantes en México* (2011), de la CNDH, se señala lo siguiente:

Lo anterior deriva en un incremento de violaciones a derechos humanos cometidas por servidores públicos y agentes policiales federales, estatales y municipales, que se traducen en la criminalización de la migración en condición irregular; así como, en mayor probabilidad, para el tráfico ilícito de migrantes, las agresiones físicas, psicológicas y sexuales, la trata de personas y, recientemente, el incremento descontrolado del secuestro a personas migrantes.

Lo señalado por el organismo nacional en el párrafo transcrito, va de la mano con lo que se establecía en el artículo 17 de la Ley General de Población de 1974, que otorgaba facultades de inspección en materia migratoria a la Policía Federal, siendo una autoridad persecutora del delito, que compartía atribuciones de orden migratorio.

El informe citado corresponde al año 2005, no obstante, después de poco más de 10 años, la situación parece no haber cambiado mucho: “En pocas palabras, los migrantes parecían haber llegado al punto que, o bien se presentaban como criminales despiadados asociados

unos con otros en redes ilícitas, o de modo muy diferente, lo hacían como víctimas de una situación de la cual difícilmente podían escapar” (Castro, 2012: 136). Las líneas transcritas dan cuenta de la percepción que había (hay) en el estado de Oaxaca, en México, sobre los migrantes centroamericanos en 2011, según narra el autor del artículo, con lo que denotamos que la criminalización hacia personas migrantes persiste, incluso, ya con una nueva Ley de Migración.

La Ley de Migración de 2011, ya adecuada a los estándares internacionales en materia de protección a los derechos fundamentales de las personas migrantes en donde ya por fin se descriminaliza la migración irregular en México, fue un verdadero avance legislativo que bien podía guiar el actuar del Instituto Nacional de Migración (INM) y la política migratoria en general del Estado mexicano. Sin embargo, las cifras abiertas proporcionadas por la Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación contrastan fuertemente con el ordenamiento jurídico, como podemos ver en el Cuadro 1.

El cuadro de referencia da cuenta por sí mismo del número de detenciones realizadas por la autoridad migratoria mexicana, el INM, posteriores al establecimiento de la Ley de Migración de 2011. El número más alto de detenciones se registró en 2015, alcanzando una cifra récord de casi 200,000 personas privadas de su libertad.

El INM, basado en la Ley de Migración de 2011, utiliza el término de *presentados*; empero, organizaciones de la sociedad civil y organismos públicos defensores de derechos humanos han hecho énfasis en que se trata propiamente de una privación de la libertad por parte de una autoridad administrativa, sin que haya una orden jurisdiccional de por medio. Uno de los últimos casos es el documentado por la CNDH en la Recomendación 31/2017, sobre el caso de *desaparición forzada de V1, y violaciones a los derechos humanos a la seguridad jurídica y acceso a la justicia en su modalidad de procuración de justicia de V1, V2, y V3, así como a la libertad de tránsito, a la no discriminación y al interés superior de la niñez en agravio de V1, de nacionalidad mexicana, en el estado de Chiapas*.²

² Recomendación 31/2017, Comisión Nacional de Derechos Humanos. En http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2017/Rec_2017_031.pdf (última revisión abril de 2017).

Cuadro 1. Eventos extranjeros presentados ante la autoridad migratoria mexicana*

Concepto	2014	2015	2016	2017	2018
Personas extranjeras presentadas ante la autoridad migratoria	127,149	198,141	188,595	95,497	20,943
Hombres extranjeros presentados ante la autoridad migratoria	98,456	148,930	141,212	73,886	16,032
Mujeres extranjeras presentadas ante la autoridad migratoria	28,693	49,211	47,383	21,611	4,911
Personas originarias de Guatemala	47,794	83,745	63,016	36,707	8,600
Personas originarias de Honduras	47,521	58,814	54,950	32,029	8,732
Personas originarias de El Salvador	23,131	35,390	34,265	12,400	2,080
Personas del resto del mundo	8,703	20,192	36,364	14,361	1,081
Niñas, niños y adolescentes extranjeros presentados ante el INM	23,196	38,514	40,542	18,300	4,777
Niñas, niños y adolescentes no acompañados presentados ante el INM	11,043	20,368	17,	7,430	1,791

* Cuadro realizado con los datos abiertos de la Unidad de Política Migratoria (UPM) de la Secretaría de Gobernación del Gobierno Federal. En http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Boletines_Estadisticos (última revisión abril de 2018). La UPM utiliza el término *evento* y no *personas* en virtud de que una misma persona puede haber entrado y salido del país en el mismo mes o año, por lo cual, es una persona, pero registrada en dos eventos diversos. De aquí que no haya una certeza sobre el número exacto de personas que son detenidas por la autoridad migratoria mexicana.

La privación de la libertad se constató en la declaración ministerial que rindieron AR1, AR2 y AR3, así como la tarjeta informativa de AR3 y el registro en el “Libro de Gobierno de parte de novedades de Chamic, de fecha 22 y 23 de junio de 2015”, de los cuales se interrumpió el viaje de V1 al ser sometida a una revisión migratoria y obligada a bajar del autobús en el que viajaba, aproximadamente a las 02:30 horas, permaneciendo en la caseta de migración ubicada en San Gregorio Chamic, municipio Frontera Comalapa, Chiapas, siendo éste el último lugar en el que se le vio.

Del documento citado, podemos advertir las tendencias incriminatorias que continúan, pese a tener una normatividad más acorde a los lineamientos internacionales en materia de derechos humanos.

Consideramos que la normatividad por sí misma resulta entonces insuficiente ante acciones o actitudes racistas fuertemente arraigadas en la humanidad. Como lo señalamos en líneas anteriores, la xenofobia y el racismo no conocen fronteras: “¿Qué significa este rechazo o desprecio hacia los migrantes? ¿Qué nos puede decir esto acerca de la sociedad y la cultura que estamos construyendo? ¿Cómo se traducen esas persistentes muestras de acoso, hostigamiento, abuso, rechazo en la experiencia y vida de los migrantes?” (Castro, 2012: 140). Las preguntas anteriores forman parte de una investigación y la línea de reflexión es: ¿por qué se continúa criminalizando a las personas migrantes?

Desde nuestro punto de vista, consideramos que la criminalización hacia la población migrante tiene un antecedente fuertemente establecido en *concebir a la persona migrante como un enemigo del Estado mexicano*, por lo cual, se toman en consideración lineamientos desarrollados en la teoría del derecho penal del enemigo, para aplicarse a la legislación migratoria.

Sin embargo, la criminalización hacia personas migrantes no es algo nuevo o exclusivo de México. Estado Unidos, como primer país receptor en el mundo de personas migrantes, tiene una clara política migratoria criminal, considerando a las personas que ingresan de forma irregular a ese país como sujetos de persecución delictiva, bajo la justificación de la seguridad nacional o la defensa de la soberanía, al igual que México: “Immigration has long been associated with securitization issues to justify sovereignty. In the past few decades, control of immigrants and immigration has linked the sovereignty narrative to a new security and risk-management narrative” (Gilbert y Kolnick, 2013: 85). Reconozcamos que una política de criminalidad hacia las personas migrantes es una visión transnacional, de aquellos que buscan sostener la defensa de un país, sobre criterios bélicos.

El Estado mexicano, basado en esta política migratoria, ya no sólo perseguía delincuentes, sino enemigos. La cuestión con la figura del enemigo es que a los enemigos no se les rehabilita ni tampoco se rein-

serta socialmente como a los delincuentes, sino que a los enemigos se les extermina.

Uno de los recientes ejemplos de la política migratoria en el Estado mexicano, basado en consideraciones criminales, es el llamado “Plan Frontera Sur”. ¿Por qué criminales? Según lo publicado en la página de internet del gobierno federal de México, el Plan Frontera Sur tiene como objetivo “proteger y salvaguardar los derechos humanos de los migrantes que ingresan y transitan por México, y ordenar los cruces internacionales, para incrementar el desarrollo y la seguridad de la región”.³ Al respecto, numerosas organizaciones de la sociedad civil, académicos e investigadores, se han manifestado sobre dicho plan. De acuerdo con la investigadora Alejandra Castañeda, coordinadora del Observatorio de Legislación y Política Migratoria:⁴

A pesar de que el Programa Frontera Sur se planteó como uno de sus propósitos “garantizar el estricto respeto de los derechos humanos”, en los hechos esto no se cumple ya que los constantes operativos de aseguramiento y la extensión de la vigilancia migratoria de la autoridad migratoria mexicana más allá de la frontera sur, expone a los migrantes a los abusos y extorsiones por parte de las autoridades del INAMI. Con esta estrategia se criminaliza en los hechos a la migración indocumentada, se le persigue, se le detiene y se le deporta sin consideraciones respecto a la vulnerabilidad de la población.

La política pública de criminalización hacia las personas migrantes, como ya lo señalamos, no es exclusiva de México. La actual política migratoria del gobierno de Estados Unidos, al igual que la de México, desde nuestra perspectiva, es una política sobre la detención de personas migrantes. Es significativo lo anterior, ya que de esta manera se justifica la detención y privación de la libertad de las personas en situación migratoria irregular en tránsito por México.

³ Presidencia de la República de México, ¿Qué es el Plan Frontera Sur? En <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/que-es-el-programa-frontera-sur> (última revisión abril de 2018).

⁴ Observatorio de Legislación y Política Migratoria. En <http://observatoriocolf.org/wp-content/uploads/2016/06/BOLET%C3%8DN-1-Alejandra-Casta%C3%B1eda.pdf> (última revisión abril de 2018).

La coyuntura que queremos señalar en este punto es que la migración irregular no es un delito, sin embargo, con la simple actuación de la autoridad migratoria, el Instituto Nacional de Migración, y sin previa orden jurisdiccional, se detiene y priva de la libertad a las personas migrantes en situación irregular. La migración irregular no es un delito, y tampoco el INM es una autoridad procuradora de justicia o investigadora del delito.

Una política pública criminal sobre la migración lo que busca, en efecto, es contener el mismo flujo migratorio, lo que viene muy de la mano con la perspectiva del derecho penal del enemigo, ya que parte de este derecho penal del enemigo es la prevención de futuros males (Mancera, 2011).

En las múltiples manifestaciones que el maestro García Amado ha hecho en contra de Jakobs, una muy significativa es no compartir que es el delito lo que se sanciona, sino a la persona enemiga, ahora sí, como adjetivo: quien en su desestabilidad social cometa actos preparatorios, es suficiente para privarlo de muchos derechos, bastante significativos (García, 2006: 17).

Incluso, para el autor Muñoz Conde, este tipo de vagas necesidades es lo que pone al derecho penal del enemigo como opositor del propio Estado de derecho (Muñoz, 2008: 127), lo que en mucho coincide Manuel Canció Meliá (2003), quien como crítica a esta corriente refiere que se ha preocupado más por encontrar a un enemigo que a un hecho. En efecto, se castiga a las personas, más que a la migración irregular misma; se busca un enemigo, y para muchas circunstancias, el Estado y la sociedad han encontrado en las personas migrantes ese foco de criminalización.

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Discriminación 2010, del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 58.1% de la población considera que se respetan *poco* los derechos de las personas migrantes, mientras que “seis de cada diez personas migrantes consideran que en México se respetan poco sus derechos. Uno de cada diez señala que no se respetan nada”. En la misma Encuesta Nacional de Discriminación, se señala que “casi siete de cada diez personas consideran que las y los inmigrantes provocan divisiones en la comunidad: cuatro de cada diez opinan que lo hacen poco y más de uno de cada

cuatro que lo hacen mucho. Tres de cada diez no perciben división alguna a causa de la inmigración”.⁵

Focalizar a la migración en situación irregular es consecuencia de una política pública de enemigos sobre los migrantes, situación que deviene violaciones a los derechos humanos y prácticas indeseables que se deben combatir y eliminar.

Descriminalización de la migración en México: sin enemigos

A lo largo del presente trabajo hemos analizado el tema de la migración irregular en México y la visión que se tiene al respecto como criminales y enemigos del Estado, desde los postulados que nos proporciona el derecho penal del enemigo, concretamente en la Ley General de Población de 1974. Hemos advertido cómo es que pese a que dicha ley ya fue superada por la actual Ley de Migración, se continúa con una perspectiva política y legislativa de tipo delincencial, rechazo y criminalidad hacia las personas migrantes.

Ahora nos centraremos en las propuestas que consideramos podrían comenzar a ser punto de acuerdo y de discusión para lograr una efectiva descriminalización de la migración, y dejar de ver a las personas migrantes en situación irregular como criminales que dañan a la sociedad o como enemigos del Estado a los cuales hay que eliminar y expulsar del territorio nacional.

Reestructuración de la Ley de Migración en cuanto a verificación y detención migratoria

La Ley de Migración es el ordenamiento normativo que tiene por objeto “regular el ingreso y salida de mexicanos y extranjeros de los Estados Unidos Mexicanos, así como el tránsito, la estancia y permanencia de los extranjeros en el mismo”. Este ordenamiento es relevante para el trabajo de análisis que realizamos, en atención a que en él se contie-

⁵ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Encuesta Nacional de Discriminación, 2010. En http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Enadis-MIGRANTES-Web_Accss.pdf (última revisión abril de 2018).

nen los lineamientos formales para la verificación y detención migratoria de personas extranjeras en situación irregular, por parte de las autoridades del Instituto Nacional de Migración.

La primera cuestión que habrá que resaltar es el artículo 92, del capítulo III en su párrafo segundo, referente a que las verificaciones migratorias son de *orden público* y en virtud de esto es que se tienen que realizar de oficio dichas verificaciones migratorias.

De acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales que nos ha dado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),⁶ entendemos que el *orden público* no encuentra un concepto definitivo y terminado en todo el bloque normativo mexicano, ya que si bien corresponde al legislador su ubicación y justificación en las leyes mexicanas, corresponde al Poder Judicial examinar la pertinencia y constitucionalidad de dicho orden público para su aplicación en cada caso concreto. Sin embargo, la SCJN⁷ también ha dado elementos para poder entender y estructurar algunos alcances de lo que podríamos entender como “orden público”. En estos criterios se señala que el *orden público* hace referencia a un mandato que debe ser obedecido y de esta manera no alterar lo establecido en el cuerpo social de un Estado. De aquí que el orden público se pondere para acciones como comercio de drogas, delitos, alza de precios, peligro de epidemias graves, etc. Entre estos criterios,⁸ el orden público se perfila como una noción jurídica indeterminada pero que busca las reglas mínimas de convivencia social, que contenga elementos objetivos sobre las preocupaciones fundamentales en una sociedad.⁹ Notemos entonces que el concepto de *orden público* tiene matices que buscan mantener una estabilidad objetiva en

⁶ Semanario Judicial de la Federación. En <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/1012/1012556.pdf>

<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/394/394478.pdf>

<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/818/818680.pdf>

<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/177/177560.pdf> (última revisión junio de 2018).

⁷ Semanario Judicial de la Federación. En <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/178/178594.pdf> (última revisión junio de 2018).

⁸ Semanario Judicial de la Federación. En <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/199/199549.pdf> (última revisión junio de 2018).

⁹ Semanario Judicial de la Federación. En <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/177/177560.pdf> (última revisión junio de 2018).

la sociedad a través de una normatividad eficaz; si es así, ¿por qué señalar que las verificaciones migratorias deben ser de *orden público*? ¿Cómo una verificación migratoria puede contribuir a mantener el orden público?

La normatividad migratoria mexicana, pese a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, y que en el artículo 4° fracciones II y III del Reglamento de la Ley de Migración se señala que se atenderán las recomendaciones realizadas en materia de derechos humanos de personas migrantes, continúa una perspectiva incriminatoria hacia las personas migrantes en donde su situación regular o irregular en el país podría alterar el orden público.

Una política pública migratoria que busca mantener el orden público y tiende a colocar a las personas en situación migratoria irregular, es una perspectiva de control y rechazo, como si se tratara de una amenaza a la estabilidad social.

En cuanto a los capítulos de revisión y detención migratoria, contenidos en los artículos del 97 al 105 de la Ley de Migración, un aspecto que consideramos se debe expulsar de dicho ordenamiento es el referente a la *puesta en disposición* de personas migrantes ante el Instituto Nacional de Migración. El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala especialmente los casos en los que se puede ser detenido o privado de su libertad una persona y ante quién se debe *poner a disposición*.¹⁰ En efecto, y como lo señalamos en líneas anteriores, una persona es detenida por haber cometido un acto delictivo, en los términos que señala la ley, para luego *poner a disposición* del Ministerio Público o Fiscalía correspondiente, según sea el caso.

Sobre detención migratoria, y tal como lo señala la Ley de Migración, personal del Instituto Nacional de Migración *detiene y pone a disposición* a las personas migrantes detenidas, lo cual contraviene el orden constitucional ya que, sin haber cometido ningún tipo de delito, se detiene y pone a disposición a migrantes en situación irregular ante la autoridad del Estado, que en este caso son los agentes de migración. La migración

¹⁰ Artículo 16, CPEUM: “Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención”.

irregular no es un delito, sino una falta administrativa. La naturaleza jurídica de ésta no corresponde con una *puesta a disposición*. Por lo anterior, no es posible que agentes de migración realicen prácticas de *puestas a disposición* en contra de las personas en contexto de migración.

Desde nuestro planteamiento, se debe reformar la Ley de Migración en lo referente al *orden público* y las *puestas a disposición* con una perspectiva sobre derechos humanos, en relación con la detención y verificación migratoria por parte de los agentes migratorios.

Considerar las buenas prácticas migratorias de otros países sobre alternativas a la detención migratoria

Recomendamos impulsar la implementación de buenas prácticas migratorias para el caso de México, en cuanto a detención y privación de libertad, a los estándares internacionales de derechos humanos. Una buena práctica es una acción afirmativa como política pública, actos administrativos, o cualquier práctica reiterada que se encuentre dirigida a personas en situación de vulnerabilidad, a fin de crear condiciones de equidad entre la población menos favorecida y la sociedad en general. Para reducir la criminalización hacia las personas migrantes y eliminar la perspectiva de enemigos que alteran el orden social, recomendamos aplicar las buenas prácticas para detención migratoria irregular en México bajo un principio: *la detención debe ser la excepción y no la regla general*. Con esta idea, estaremos en armonía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en su artículo 9 que todos los trabajadores migrantes y sus familias, independientemente de su situación legal, tienen derecho a no ser sujetos de arrestos y detenciones arbitrarias.

Como primer acercamiento a la implementación de buenas prácticas en materia de detención, al menos en lo que concierne a México, recomendamos reformas legislativas en materia de migración y trabajo, para evitar la detención y aseguramiento de personas migrantes que cuenten con *permiso de actividad remunerada*, es decir, autorización de la autoridad migratoria para realizar actividades que impliquen un cobro e ingresos por su trabajo. Esto parecería una obviedad, sin embargo, de acuerdo con la Organización Internacional para las Migraciones

(OIM, 2010), muchos trabajadores migratorios que cuentan con permiso para laborar, “son objeto de hostigamiento y confinamiento por los funcionarios fronterizos y la policía en los países de destino” (p. 45). Si bien la Ley de Migración hace referencia a los trabajadores fronterizos, o a los que tienen permiso temporal para trabajar, en la Ley Federal de Trabajo no se hace mención de dichos trabajadores o los mecanismos que se pueden establecer para su protección e inclusión en el sistema laboral mexicano, siendo que quedan expuestos a la percepción o arbitrariedad de las autoridades migratorias para su detención y posible deportación. Por lo anterior, resulta de sumo importante, como buena práctica para erradicar la criminalización y la puesta a disposición (detención) de las personas migrantes, adicionar reformas a la Ley Federal de Trabajo para fomentar la inclusión de trabajadores migratorios, y dejar de concebirllos como amenaza para el *orden público*.

Otra grave problemática de la detención en México es que es ordenada y ejecutada por una misma autoridad, en este caso, una autoridad administrativa como lo es el Instituto Nacional de Migración. Lo que está haciendo esta autoridad es una *privación de la libertad*, lo que ocasionalmente, en el régimen constitucional mexicano, sólo debe ser autorizado, fundada y motivadamente, por un juez. En la normatividad migratoria mexicana, no es una autoridad jurisdiccional la que dispone de la libertad de una persona, sino una autoridad administrativa, lo que contraviene un debido proceso legal, y los estándares internacionales sobre detención y privación de la libertad, establecidos en los principios 1, 4, 11, 17, 18, 19, 20, 32, 37, 39 del *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*.

En Argentina, por ejemplo, la detención migratoria es resuelta por un juez, lo que proporciona seguridad jurídica a la persona migrante. El artículo 61 de la Ley de Migraciones de Argentina, en este caso, determina que cuando un extranjero tenga permanencia irregular en ese país, la autoridad migratoria competente *conminará* a la persona aludida para regularizar su situación en el país, o en todo caso, para abandonar el mismo. El artículo 71 del mismo ordenamiento, por su parte, señala que la autoridad migratoria podrá dejar en libertad al detenido bajo caución o bajo juramento, y de todo lo anterior deberá inmediatamente conocer un juez federal competente en la materia.

No es posible desarrollar en este momento todo el sistema jurídico migratorio de otros países, el de Argentina, por ejemplo. Sin embargo, podemos alcanzar a observar que hay muchas alternativas legislativas a la detención migratoria, que muy bien se pueden implementar en México. Por lo cual, son necesarios aditamentos legales y reformas en la materia para que México avance todavía más en el proceso de hacer efectivos los derechos humanos, y se deje de considerar a las personas migrantes como enemigos, o un problema de seguridad nacional.

Bajo este matiz y algunos lineamientos que hemos desarrollado, la detención migratoria dejará de ser una acción recurrente y sólo aplicarse como última opción, dejando de lado que las personas migrantes en situación irregular puedan ser considerados como alteradores del orden social.

Desincorporar del Sistema Nacional de Seguridad Pública al Instituto Nacional de Migración, ya que es una autoridad migratoria y no de procuración de justicia o investigación del delito

El Sistema Nacional de Seguridad Pública “sienta las bases de coordinación y distribución de competencias, en materia de seguridad pública, entre la Federación, los Estados y municipios, bajo la directriz del Consejo Nacional de Seguridad Pública”.¹¹ Según el acuerdo de fecha 18 de mayo de 2005, al Instituto Nacional de Migración se le reconoce como una Instancia de Seguridad Nacional, acuerdo que fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación*.¹²

Resulta por demás preocupante que, de acuerdo con el sitio oficial en internet del Sistema Nacional de Seguridad, entre sus objetivos se encuentre el de “contar con servicios de información efectivos en el combate a la delincuencia y a la corrupción”. Es así que el Instituto Nacional de Migración como instancia de seguridad nacional, debe

¹¹ Sistema Nacional de Seguridad Pública. En <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/que-es-el-sistema-nacional-de-seguridad-publica?idiom=es> (última revisión junio de 2018).

¹² *Diario Oficial de la Federación*. En http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=2037114&fecha=18/05/2005 (última revisión junio de 2018).

recabar información para tener acciones concretas en el combate a la delincuencia. Para el Instituto Nacional de Migración, ¿quiénes podrían considerarse como delincuentes? ¿Por qué una autoridad migratoria debería recabar información y combatir la delincuencia?

La Ley de Migración, en su artículo 19, señala que el Instituto Nacional de Migración tiene por objeto la ejecución, control y supervisión de los actos realizados por las autoridades migratorias en territorio nacional; es decir, es la autoridad administrativa encargada de realizar las acciones migratorias delineadas por el gobierno federal.

La naturaleza de las acciones del Instituto Nacional de Migración contravienen acciones de combate a la delincuencia. Los agentes migratorios no cuentan con la preparación y la formación adecuadas para ser agentes de seguridad. Cuando hay agentes de migración que tienen formación sobre seguridad pública, son los mismos que llevan acciones de combate no sólo a la delincuencia organizada, sino al terrorismo, por mencionar un ejemplo. Nosotros queremos partir del postulado de que la persona migrante no es delincuente y mucho menos un enemigo que se tenga que combatir.

Organismos públicos de defensa de derechos, como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, igualmente se han manifestado por desincorporar la perspectiva de seguridad nacional de la migración y por que el fenómeno migratorio no sea visto como una amenaza a la seguridad nacional de los países.¹³

La perspectiva de seguridad nacional y migración nos remite a vincular fuertemente la migración con el terrorismo, por ejemplo. Calleros Alarcón (2010) hace un análisis fundamental en el tema de seguridad y migración. En dicha investigación, se describen cuáles son los efectos prácticos de concebir a la migración como un problema de seguridad nacional: revisión física de documentos, con rayos láser, el cotejo de los mismos, la capacitación de los agentes de migración por organismos extranjeros como el FBI, además de que la autoridad migratoria participa del Grupo de Alto Nivel de Seguridad Fronteriza con Guatemala y Belice. Aunado a lo anterior, y como ya se desarrolló

¹³ Comisión Nacional de Derechos Humanos México, Comunicado de Prensa DGC/099/18. En http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2018/Com_2018_099.pdf

en páginas anteriores, el Programa Frontera Sur, y la militarización de la frontera sur por parte de México, son la continuidad de una perspectiva bélica hacia la migración y una concepción delictiva hacia las personas migrantes.

Calleros Alarcón hace una conclusión que resume la perspectiva de la política migratoria de México de ver a las personas migrantes como un enemigo para el Estado: “se insiste en que la migración representa una amenaza para Estados Unidos y para México, con la idea de que los terroristas potenciales pueden intentar colarse al país junto con los migrantes indocumentados” (Calleros, 2010: 25).

De lo expuesto, se hace necesario impulsar la reforma legislativa migratoria pertinente a fin de desincorporar al Instituto Nacional de Migración del Sistema Nacional de Seguridad para evitar una perspectiva bélica y de enemistad hacia las personas migrantes.

Conclusiones

La discriminación y criminalización hacia personas migrantes, al menos en México, es evidente, aunque tengamos un marco normativo en armonía con los derechos humanos y con los estándares internacionales.

Lo que señalamos no significa que la migración sea del todo benéfica o benévola, o que la migración por sí misma acarree únicamente consecuencias positivas. Dicha afirmación carecería de objetividad y sustento. La migración debe entenderse en un plano más amplio y con muchas posibilidades de acuerdo con el contexto en el que se desarrolla. Es claro que una migración donde haya personas de la delincuencia organizada, torturadores y dictadores será siempre indeseable. Únicamente quisimos hacer énfasis en que la migración por sí misma no es un delito, y no debería ser el foco de atención de una política pública criminal. Lo que resulta incómodo es que un Estado no pueda dar una respuesta adecuada a los estándares internacionales en la materia, y que en este momento ahora se vea en la necesidad de actuar de manera más agresiva.

Por lo cual, consideramos, es sumamente necesario retomar los ejes humanitarios para ir en armonía con el Pacto Mundial de la Mi-

gración hacia una migración segura, ordenada y regular, lo que implica, desde luego, un reto para el Estado mexicano y en especial para los ordenamientos jurídicos aplicables al caso.

El hecho de que una persona migrante sea considerada “enemigo” no da pauta, al menos en el sistema jurídico mexicano, para vulnerar sus derechos fundamentales. Consideramos que la persona migrante, estigmatizada como “enemigo”, tiene derecho a acceder a la justicia, a que se le dé la oportunidad de ofertar pruebas, de que le asista un abogado, de un trato digno, de no ser torturado, pues no porque sea un “enemigo” deja de ser persona, como lo reconoce el artículo primero constitucional. Las limitaciones deben ser expresas constitucionalmente y en la norma secundaria, conforme sea el caso.

Realizamos un somero análisis de la Ley General de Población de 1974, y de cómo la política pública y legislativa, pese a que ha tratado de adaptarse a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, continúa basándose en un derecho penal del enemigo, y en una política criminal hacia las personas migrantes, con resultados nada favorables en el ámbito de los derechos humanos.

De acuerdo con el Informe Anual 2017 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en dicho año se radicaron 2,707 expedientes relacionados con presuntas violaciones de derechos humanos hacia personas migrantes. En el mismo año se solicitó a distintas autoridades de los tres órdenes de gobierno la implementación de 31 medidas cautelares, a fin de salvaguardar la integridad física y psicológica de personas migrantes, y se emitieron 18 recomendaciones y una recomendación por violaciones graves en materia de derechos humanos de personas migrantes.¹⁴

Consideramos necesario desincorporar de la política pública y de la legislación migratoria la perspectiva criminal sobre la migración. Como se ha mencionado, hay avances significativos, como la Ley de Migración que por mucho supera en protección de derechos humanos a la Ley General de Población de 1974.

¹⁴ Informe Anual 2017, Comisión Nacional de Derechos Humanos. En <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=30055> (última revisión abril de 2018).

Si bien nuestro planteamiento se redujo a un análisis legislativo y comparativo, consideramos que quedan puntos pendientes a analizar y retomar desde el ámbito legislativo:

1. Reestructuración del reglamento de la Ley de Migración en caso de detención.
2. Considerar las buenas prácticas migratorias de otros países sobre alternativas a la detención migratoria, y buscar su implementación y adecuación para el caso de México, ajustando el Procedimiento Administrativo de Migración a los estándares internacionales de derechos humanos, contemplado en la Ley de Migración y su reglamento, en cuando a detención y privación de libertad.
3. Desincorporar del Sistema Nacional de Seguridad al Instituto Nacional de Seguridad, ya que es una autoridad migratoria y no de procuración de justicia o investigación del delito.

Serán muchos los esfuerzos que a nivel de política pública tendrán que hacerse para acercarnos más al Pacto Mundial de la Migración para una migración segura, ordenada y regular. Sin embargo, los primeros pasos deberán ser en el orden normativo y legislativo, alejándonos de una política criminal basada en un derecho penal del enemigo y enfocándonos en una perspectiva más de derechos humanos y atención humanitaria hacia las personas en situación migratoria irregular.

Referencias

- Calleros Alarcón, J. C. (2010). Los vínculos entre seguridad nacional y migración en México. *Revista Mexicana de Política Exterior*, (88), febrero.
- Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.
- Castro Neira, Y. (coord.) (2012). *La migración y sus efectos en la cultura*. México: Consejo Nacional para la Cultura y la Artes.
- Foucault, M. (1976). *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI.

- Galeana, P. (coord.) (2014). *Historia comparada de las migraciones en las Américas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto Panamericano de Geografía e Historia.
- García Amado, J. A. (2006). *El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs*. España: Nuevo Foro Penal.
- Günther, J. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.
- (2004). La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. En A. Eser, W. Hassemer y B. Burkhardt (coords.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Mancera Espinosa, M. Á. (2011). ¿Derecho penal del enemigo en México? *Revista Penal México*, (1).
- Muñoz Conde, F. (2008). *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Doctrina Revista Penal.
- Padilla Sanabria, L. X. (2015). *Delincuencia organizada, lavado de dinero y terrorismo. El derecho penal del enemigo y la restricción de los derechos humanos en el neoliberalismo jurídico*. México: Flores.
- Polaino-Orts, M. (2013). *El derecho penal del enemigo ante el Estado de derecho*. México: Flores.
- Rousseau, J. J. (1999). *El contrato social*. México: El Aleph.
- Verea, M. (2012). *Sentimientos, acciones y política antiinmigrantes*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América del Norte.
- Zaffaroni, E. R. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

Fuentes legislativas

- Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Federal del Trabajo.
- Ley General de Población 1974.
- Ley de Migración.
- Ley de Migraciones de Argentina.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Fuentes electrónicas

- Comisión Nacional de Derechos Humanos (2005). *Informe especial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en las estaciones migratorias, y lugares habilitados del Instituto Nacional de Migración en la República Mexicana*. En http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2005_migracion.pdf
- Comisión Nacional de Derechos Humanos (2011). *Informe especial sobre secuestro de migrantes en México*. En http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2011_secmigrantes.pdf
- Observatorio de Legislación y Política Migratoria, El Colef-CNDH, ¿Qué es el Programa Frontera Sur? En <http://observatoriocolef.org/wp-content/uploads/2016/06/BOLET%C3%8DN-1-Alejandra-Casta%C3%B1eda.pdf>
- Organización Internacional para las Migraciones (2010). *Políticas públicas sobre migración laboral. Herramientas y buenas prácticas*, México.
- Presidencia de la República, ¿Qué es el Programa Frontera Sur? En <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/que-es-el-programa-frontera-sur>
- Recomendación 31/2017, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. En http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2017/Rec_2017_031.pdf
- Semanario Judicial de la Federación. En <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>
- Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación. En http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Extranjeros_alojados_y_devueltos_2017