

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

### **THE PROBLEM OF THE HUMAN RIGHTS OF MIGRANTS FROM THE PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL LAW**

**Artículo Científico Recibido:** 14 de septiembre de 2016 **Aceptado:** 14 de noviembre de 2016

**Michael G. Núñez Torres\***  
michael.nunez01@hotmail.com

**RESUMEN:** El movimiento migratorio constituye un fenómeno que afecta directamente al ordenamiento jurídico del país de que se trate. El ordenamiento jurídico se entiende como estructura donde encontramos las relaciones entre instituciones jurídicas y sociedad, las cuales, al ser bidireccionales obligan a revisar la estrategia epistemológica para comprenderlas. En tal sentido, para explicar las relaciones institucionales y las específicas concreciones normativas en las que aquellas se expresan, es necesario ver los arquetipos que el Derecho constitucional nos presenta y analizar el tema de los derechos humanos de los migrantes. En la perspectiva de cualquier ciencia social que quiera estudiar el fenómeno migratorio, con el fin de la conseguir la realización de los derechos humanos de las personas migrantes, se debe acudir a las construcciones teóricas y normativas que sobre los derechos humanos aporta la ciencia del Derecho constitucional.

**ABSTRACT:** The migratory movement is a phenomenon which directly affects the law of the country in question. The legal system is understood as a structure where we find the relationship between legal institutions and society, which, being bidirectional force to review the epistemological strategy to understand. In this sense, to explain institutional relations and specific regulations concretions in which those expressed, it is necessary to see the archetypes that constitutional law presents and discuss the issue of human rights of migrants. In the perspective of any social science that wants to study the phenomenon of migration in order the achieve the realization of human rights of migrants, it is necessary to resort to theoretical constructs and regulations on human rights brings the science of law constitutional.

**PALABRAS CLAVE:** Constitucionalismo, derechos humanos, migración, investigación, epistemología, interpretación, ordenamiento jurídico.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Nuevo León

**KEYWORDS:** Constitutionalism, human rights, migration, research, epistemology, interpretation, legal system.

**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. Bibliohemerografía.*

## **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.

Desde el movimiento migratorio por causas climáticas o cataclismos naturales, o la búsqueda de lugares más beneficiosos para la caza, propios de la prehistoria; pasando por las guerras e invasiones, procesos de conquistas y colonización, propios de la historia de las 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 ésta 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 Estados Unidos de América 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”<sup>1</sup>. 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, ésta 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 éstos modificándolos; dicho en otras palabras, el Derecho es factor social y producto social<sup>2</sup>. En este sentido, el Derecho objetivo se concreta en preceptos y en relaciones institucionales que conforman el ordenamiento jurídico<sup>3</sup>, 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 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 constituye, a su vez, un conjunto de valores que conforman el ordenamiento jurídico y que se concretan en la Constitución 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 normativo<sup>4</sup>. De modo que, la Constitución 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 la Constitución. Es interesante la afirmación de Zagrebelsky según la cual “como historia, el constitucionalismo ha muerto; como idea, por el contrario, está

---

<sup>1</sup> Webber, Max, *Economía y sociedad*, Segunda Reimpresión, trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 317.

<sup>2</sup> Sobre el particular, véase: Caldera, Rafael, *Sociología del Derecho*, Caracas, Universidad Católica “Andrés Bello”, 1960, t. I.

<sup>3</sup> Romano, Santi, *El Ordenamiento Jurídico*, trad. de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid, CEC, 1963, p. 113.

<sup>4</sup> Kági, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental de Estado*, trad. de Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven, Madrid, Dykinson, 2005, p. 49.

vivo"<sup>5</sup>; 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 Constitución medieval, por ejemplo, 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 derechos humanos.

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 derechos humanos 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 derechos humanos 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 instituciones jurídicas del ordenamiento jurídico. 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 derechos humanos como parte dogmática de la Constitución, como en la estrategia epistemológica para comprenderlos. Consecuencialmente, el hecho de que las ciencias sociales utilicen a los derechos humanos 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 interdisciplinariedad aparece como la estrategia epistemológica para que los derechos humanos 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 teleológicos<sup>6</sup>, 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

---

<sup>5</sup> Zagrebelsky, Gustavo, "Constitucionalismo", *Derechos y Libertades*, Madrid, época II, 2013, núm. 29, junio, p. 20.

<sup>6</sup> Sartre, Santiago, "Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica", *DOXA*, Alicante, 1989, núm. 24, p. 7.

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"<sup>7</sup>. 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, sólo en razón del reconocimiento de los diversos contenidos materiales que vienen dados por la 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 Constitución, 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 la Constitución posibilidades reales de realización de esos contenidos constitucionales a través de una interpretación que contemple una "política constitucional"<sup>8</sup>.

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

---

<sup>7</sup> Savigny, Friedrich Karl von, *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora y Compañía editores, 1878, p. 28.

<sup>8</sup> Zagrebelsky, Gustavo, "La Constitución y sus normas" en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, México, Porrúa, 2002, pp. 90-91.

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 éstas. En este caso, la dogmática constitucional establece el *telos* del ordenamiento jurídico y la ingeniería constitucional la idoneidad de las instituciones para alcanzarlo.

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 Constitución, 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 objetivos”<sup>9</sup>.

En definitiva, dado que los derechos humanos 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 derechos humanos son el parámetro para definir el diseño institucional y evaluar la efectividad del mismo. Sin embargo, la comprensión de los derechos humanos como parámetro de evaluación puede resultar espinosa al no constituir éstos una categoría perfectamente delimitada, en tanto que aparecen como consecuencia de una evolución histórica que parte de los privilegios y los fueros, que observamos en los ordenamientos jurídicos estamentales propios de la comunidad medieval; los derechos individuales, que encontramos en los ordenamientos jurídicos propios 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.

---

<sup>9</sup> Lucas Verdú, Pablo, “Una reciente aportación de la Doctrina italiana a la teoría de la Constitución: La ingeniería constitucional”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, Madrid, UNED, 1979, p. 33.

Esta relatividad de los derechos humanos en razón de los “clivajes” –utilizando el término de los politólogos- hace que éstos 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 constitucionales (historicista, individualista y estatalista), que se combinan entre sí dentro de ordenamientos jurídicos distintos, y que suponen explicaciones y justificaciones de los derechos humanos también diversas<sup>10</sup>. Dicha relatividad nos muestra la influencia de la ideología y la dificultad epistémica que la misma supone, porque aparecen planteamientos jurídicos sobre los derechos humanos 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 derechos humanos 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 derechos humanos 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 derechos humanos 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”<sup>11</sup>. 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 derechos humanos que se desarrollan a través de ésta, y tal comprensión es necesaria para revisar y procurar la eficacia de los derechos humanos, no sólo 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 derechos humanos, la encontramos en la ingeniería constitucional donde subyace el institucionalismo jurídico. Muy

---

<sup>10</sup> Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2009, p. 25.

<sup>11</sup> Teubner, Gunter, “El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho”, *DOXA*, Alicante, 1989, núm. 25, pp. 45-47.



especialmente, cuando los titulares de los derechos humanos no son los individuos entendidos en sentido abstracto, sino que son sujetos con características particulares (como las mujeres, los ancianos, los niños o los migrantes). En este sentido, el objeto de estudio se entiende con una naturaleza trascendental y relativa al mismo tiempo. En efecto, el ordenamiento jurídico como complejo institucional, no consiste en un catálogo completo y detallado de preceptos axiológicos absolutos, sino más bien, en la observancia de ciertos principios fundamentales generales que se resumen en la protección de la dignidad humana. Si vemos el iusnaturalismo de Santo Tomás de Aquino o de la escuela española del siglo XVI, nos percataremos de que estos pensadores, que proclamaban los principios universales que conformaban la *lex naturalis*, no lo hacían con el ánimo de imponer reglas absolutas dentro de la *lex humana* de cuya interpretación aparecieran petrificadas en el tiempo y en el espacio, al contrario, entendían que el bien común y la justicia obligaban a la *interpretatio*, a través de la cual se debía indagar cómo se concretaban esos principios, lo que suponía una elasticidad de la doctrina iusnaturalista medieval que le permitía al legislador adaptar los principios generales a los casos especiales<sup>12</sup>.

En el Estado Constitucional, la interpretación sigue siendo el método para concretar los principios que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico, especialmente en la Constitución, de tal suerte que, en virtud del sistema de fuentes del Derecho, los legisladores y los jueces constitucionales son los primeros y últimos intérpretes, respectivamente, al momento de limitar el alcance de los derechos humanos y de determinar el contenido esencial de los mismos, aunque también la doctrina supone un aporte muy importante –ahora quizás menos de lo que se debería esperar de esta fuente del Derecho- a la comprensión del contenido de los derechos humanos; de igual manera los criptotipos que subyacen en la cultura jurídica de un ordenamiento jurídico, que suponen una fuente del Derecho no verbalizada<sup>13</sup>, son muy importantes para la comprensión de los derechos humanos.

En este sentido, podemos concluir que, si el discurso jurídico sobre los derechos humanos, que se desprende de las fuentes jurídicas, dista mucho de ser pacífico y constituir una verdad clara y diáfana para la Ciencia Jurídica, debido a las relatividades institucionales que giran dentro del ordenamiento jurídico; con mayor

---

<sup>12</sup> Gierke, Otto von, *Teorías políticas de la Edad Media*, trad. de Piedad García-Escudero y estudio preliminar de Benigno Pendás, Madrid, CEC, 1995, p. 216.

<sup>13</sup> Pennicino, Sara, "Criptotipo" en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, trad. de Luis Amezcua y César Astudillo, México, UNAM, CITEJyC-UANL, IMDPC, Porrúa, 2012, p. 65.

razón constituirá un problema metodológico cuando se establezca como un parámetro de evaluación dentro de las investigaciones propias de la ciencia empírica. De modo que, la doctrina enmarcada dentro del institucionalismo jurídico es más adecuada a esta comunicación entre constructos de diferentes tipos de ciencia, ya que al ver a la institución jurídica como el objeto de estudio, inserta dentro del ordenamiento jurídico, lo puede articular con los principios y valores constitucionales que conforman el *telos* institucional. El dilema que plantea Olgiati acerca de si el Derecho debe ser entendido como "fuerza y utilidad" o más bien como "justicia y eticidad"<sup>14</sup>, requiere para su comprensión de la ingeniería constitucional en tanto que ésta cuenta en su labor investigadora con ambos fines del Derecho objetivo, el primero inmediato y el segundo mediato. El ordenamiento jurídico presenta las realidades que la vida social le va informando a través de sus instituciones, pero racionalizado por unos principios superiores. Asimismo, la sociología, la historia y la economía deben tener en cuenta los aportes del Derecho al momento de utilizar a los derechos humanos como parámetro de revisión de sus investigaciones.

Lo anterior es más que evidente, en el tema que conforma esta red de investigación. El fenómeno migratorio constituye un objeto de estudio para varias disciplinas científicas, y el caso de la sociología es más que claro al respecto. Pensemos la migración de los niños, niñas y adolescentes, su inserción en el nuevo país o entidad federativa desde el punto de vista laboral, las dificultades para su adecuación a la nueva realidad socio-económica y cultural, así como los factores para una integración pacífica dentro del nuevo entorno; si queremos establecer una problemática y comprobar las hipótesis respectivas acerca de si los niños y niñas migrantes consiguen entrar en todo este proceso de integración, los derechos humanos suponen un parámetro de comprobación pertinente. En este sentido, los derechos humanos nos aportan criterios cualitativos para comprender la situación de los niños extranjeros que ingresan al territorio, ya sea de manera legal o ilegal, para revisar si existe una discriminación o dificultades de acceso a la vida social. Se trata de un análisis de la problemática de los niños migrantes con criterios construidos con base en los derechos humanos<sup>15</sup>. La ingeniería constitucional debe establecer, a partir de la dogmática de los derechos humanos de los niños migrantes, las reformas institucionales que pongan en perspectiva la eficacia tales derechos.

---

<sup>14</sup> Olgiati, Francesco, *Juricidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1977, p. 199.

<sup>15</sup> Liwski, Norberto I., *Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de Derechos*, Instituto Americano del Niño, la Niña y el Adolescente, 2008, pp. 1-2.

### III. LA CONFIGURACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA MIGRACIÓN

Las instituciones jurídicas están conformadas por ideas que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico y que son objetivas en tanto permanecen o trascienden en el tiempo y el espacio, sin embargo, éstas no deben ser confundidas con los “conceptos subjetivos” a través de los cuales las personas aprehenden aquellas ideas<sup>16</sup>; esto explica la continuación relativa que comportan las instituciones jurídicas en la vida social. Uno de los factores que más contribuye al dinamismo de las instituciones jurídicas, incluso de la idea que las crea, es el fenómeno migratorio.

En efecto, la incidencia del fenómeno migratorio en la configuración de los ordenamientos jurídicos es una constante en todo el mundo y en todos los estadios históricos de la humanidad. Esto se comprueba al observar la pluralidad de fuentes del Derecho y el impacto que sobre las mismas tiene el intercambio cultural producto de las migraciones. Vamos a citar tres ejemplos que ilustran muy bien esta afirmación: el caso del *ius gentium* en el Derecho Romano, la conformación del ordenamiento jurídico medieval en Europa y el ordenamiento jurídico novohispano en América.

**A. El caso del *Ius Gentium*:** Cuando acudimos a las clasificaciones clásicas de las fuentes del Derecho Romano, es fundamental estudiar el *ius gentium*, el cual surge para regular las relaciones en las que participaban los extranjeros, producto de los movimientos migratorios que llevaban a los comerciantes romanos al oriente del Mediterráneo y a los comerciantes extranjeros a Roma. De manera que, el antiguo Derecho Romano, que se distinguía por el formalismo, recibió a mediados del siglo III a. C. toda la influencia de instituciones jurídicas más pragmáticas, que procedían de un “derecho de tráfico panhelénico” mucho más flexible; todo lo cual obligó a la aparición de magistraturas que garantizaban una verdadera protección de los extranjeros<sup>17</sup>. Así, los estudiosos del Derecho Romano tienen necesariamente que analizar las diferencias entre el *ius civil* y el *ius Gentium*, y la aparición del *praetor inter peregrinos*, el cual supuso la primera magistratura que armonizó las reglas que provenían de uno y otro derecho<sup>18</sup>. La evolución de las fuentes del Derecho Romano

---

<sup>16</sup> Hauriou, Maurice, “La teoría de la Institución y de la Fundación” en *Obras Escogidas*, trad. de Juan Alfonso Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, p. 270.

<sup>17</sup> Kunkel, Wolfgang, *Historia del Derecho romano*, trad. de Juan Miquel, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 84-85.

<sup>18</sup> Artiles, Sebastián, *Derecho Romano*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1988, p. 35.

viene aparejada en gran parte del fenómeno migratorio y en razón de las relaciones que surgen entre ciudadanos y extranjeros.

**B. La conformación del ordenamiento jurídico medieval:** De igual manera, la Edad Media nace en Europa, precisamente, de movimientos migratorios regulares e irregulares. En efecto, la caída del Imperio Romano que tiene lugar en el siglo V es producto de las llamadas invasiones bárbaras, las cuales, a pesar de la idea vulgar que se tiene, no fueron sólo las de naturaleza bélica, protagonizadas por distintas etnias que denominamos "germanas"; sino todas aquellas que resultaron de un proceso migratorio más o menos aceptado en el Imperio desde el siglo I. Durante mil años, Europa se va a ir desarrollando sobre la base de los movimientos migratorios de diferentes etnias que se fueron fusionando con el mundo latino, muy especialmente los bloques celtas, germanos, godos y visigodos. De todo esto resultó el gran mestizaje que dio origen a Europa y que se fue configurando sobre la dialéctica de la diversidad frente a la unidad<sup>19</sup> generando, a su vez, un mestizaje cultural basado en el cristianismo y en la herencia cultural greco-romana. Dentro de esa herencia antigua, el Derecho Romano constituye un legado que va a influir en la comprensión del ordenamiento jurídico desde el punto de vista conceptual, pero que va a estar supeditado a toda una serie de instrumentos jurídicos prácticos que se desarrollan a través de las corporaciones, fueros y estamentos.

No obstante, el orden medieval nos muestra un "Derecho sin Estado"<sup>20</sup> en el cual el sistema de fuentes jurídicas es eminentemente consuetudinario, con una Constitución estamental y por tanto plural y compleja. No existe un monopolio de la función legislativa, al contrario, el ordenamiento jurídico es producto social y sólo a través de la *interpretatio* se comprende y se actualiza, siendo que para esta función interpretativa tampoco encontramos una fuente jurídica única, pues hay una pluralidad de fueros, y por ende, de intérpretes del Derecho. En este contexto, los derechos sólo existen en tanto y en cuanto vengan vinculados a un estamento; como dice García-Pelayo "los derechos no los tiene el hombre a título individual, sino a título de clérigo, de noble, de mercader, de habitante de una ciudad o de nacido en un territorio, o bien, en ocasiones, a título personal concreto"<sup>21</sup>. El ordenamiento jurídico medieval era una verdadera fórmula de integración de la sociedad, siempre respetando la pluralidad existente.

---

<sup>19</sup> Le Goff, Jacques, *¿Nació Europa en la Edad Media?*, trad. de María José Furió Sancho, Barcelona, Crítica, 2003, p. 19.

<sup>20</sup> Grossi, Paolo, *Derecho, sociedad y Estado*, México, Colegio de Michoacán, Escuela Libre de Derecho, Universidad Michoacana de San Miguel de Hidalgo, 2004, pp. 15-33.

<sup>21</sup> García-Pelayo, Manuel, "La Constitución Estamental" en *Obras Completas*, Madrid, C.E.C., t. III, 1991, p. 2203.

**C. La conformación del ordenamiento jurídico novohispano:** También en la Nueva España podemos observar cómo a partir de la conquista (finales del siglo XV y siglo XVI) se fue formando el ordenamiento jurídico hispanoamericano, con una Constitución estamental, pero en la cual los fueros son productos del choque cultural y consecencial mestizaje. En efecto, las instituciones que se fueron formando dentro de los ordenamientos jurídicos de las indias, muestran cómo los Reyes Católicos comenzaron por imponer el Derecho castellano en las tierras conquistadas, a partir de las Capitulaciones de Santa Fe de 1492, pero al final, terminaron por establecer un Derecho indiano, que en sentido estricto, ha sido definido por Cruz Barney como “el conjunto de leyes y disposiciones de gobierno promulgadas por los reyes y por las autoridades a ellos subordinadas para el establecimiento de un régimen jurídico particular en las Indias”<sup>22</sup>. Esta adecuación legislativa supuso un atisbo de ingeniería constitucional en virtud de la complejidad jurídica, porque aunque en la Nueva España se estableció una Constitución estamental, la diferencia de estamentos que había en la metrópoli con respecto a los que se fueron desarrollando en las indias, obligó a que se dispusiera de un Derecho indiano que permitiera la coexistencia del Derecho de los indios -existente antes de la conquista- con un Derecho castellano que se aplicaba como Derecho supletorio, pero siempre con la cohesión que suponía la corona y la religión católica. Se trató de un Derecho de “ensayo y error” que se encontró incardinado dentro de las instituciones de Derecho público -lejos del Derecho privado- puesto que su fin primordial era establecer un “buen gobierno” en el Nuevo Mundo<sup>23</sup>.

Asimismo, con la llegada de los Borbones a España en el siglo XVIII, encontramos de nuevo una tensión dialéctica entre los arquetipos medievales y la idea de Estado moderno centralista, y esto tuvo un impacto inmediato en la Nueva España, donde se comenzó a sustituir la pluralidad institucional, que un territorio de tales dimensiones albergaba, para dar paso a pretensiones estatalistas poco viables, por lo que Estrada Michel asegura que el “protoestado español” de los Borbones fortaleció el “estatismo hispano”<sup>24</sup>, todo lo cual se explica por una idea unitaria, de clara raigambre francesa, que no comprendía las realidades institucionales que ya estaban muy arraigadas en

---

<sup>22</sup> Cruz Barney, Oscar, *Historia del Derecho Mexicano*, segunda edición, México, Oxford, 2005, p. 223.

<sup>23</sup> Bernal, Beatriz, “Las características del Derecho Indiano”, *HMex*, XXXVIII, 1989, pp. 665-677.

<sup>24</sup> Estrada Michel, Rafael, “Tradición gaditana y presencia del Jefe de Estado en el territorio mexicano: un análisis histórico para y desde el neoconstitucionalismo” en Torres Estrada, Pedro (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, México, Limusa, 2006, p. 96.

las indias. En este punto, la identidad cultural, que es producto de tres siglos de la más plural de las Constituciones estamentales, va a tener en los movimientos migratorios una explicación con base en la antropología jurídica.

Frente a este paradigma del ordenamiento jurídico como producto social, el Estado Liberal Burgués se inauguraba en Europa a partir de las revoluciones dieciochescas y encontraba su fundamento teórico en las ideas de la ilustración, muchas de las cuales eran excesivamente teóricas y radicales. Así lo entiende Crossman cuando dice: "De aquí que el dogmatismo del Antiguo régimen fuese combatido por un racionalismo que no le cedía un ápice en dogmatismo"<sup>25</sup>. En todo caso, la idea individualista va a confirmar el paso de un ordenamiento jurídico, que era producto social, a uno que se convierte en factor social, pero con unos paradigmas que van a negar las relatividades que el sistema de fuentes de una Constitución estamental presentaba. Sin embargo, es un hecho que la idea revolucionaria de libertad e igualdad fue la génesis de un paradigma que ha llegado hasta la actualidad.

Podemos observar que el ordenamiento jurídico del Estado Liberal Burgués, si bien reconoce a los derechos individuales como inherentes al ser humano, lo hace con abstracción de sus diferencias, y sin adjetivos. Se trata de los derechos del hombre y del ciudadano, que se van a canalizar dentro de un sistema de fuentes sencillo pero rígido (ley y reglamento). Surge así lo que Grossi ha llamado "un culto a la ley junto a la teorización de una verdadera y precisa mitología jurídica de la modernidad"<sup>26</sup>. Sin embargo, en el caso de la América Española, la independencia dio lugar a nuevas repúblicas que apelaban a la visión liberal voluntarista, que trae consigo un sistema de fuentes jurídicas que se centra en la ley, que proclama la superioridad de los nacionalismos, y que negaba el pluralismo que estaba en la base social del ordenamiento jurídico. Como lo ha sabido entender Estrada Michel: "Los neoespañoles querían su reino mestizo, de unidad en la diversidad."<sup>27</sup>.

Y todo esto surge por variables diversas, en la cual, el factor antropológico es importantísimo. Hispanoamérica es producto de un mestizaje que refleja un constante movimiento migratorio que no cesó, sino que al contrario, siguió fortaleciéndose en el siglo XX. Hispanoamérica es tierra de emigrantes e inmigrantes, y eso se refleja en los ordenamientos jurídicos que se van conformando en este sentido aún en el siglo XXI.

---

<sup>25</sup> Crossman, Richard Howard Stafford, *Biografía del Estado Moderno*, México, Fondo de Cultural Económica, 2003, p. 123.

<sup>26</sup> Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 34.

<sup>27</sup> Estrada Michel, Rafael, "Mestizaje Jurídico" en Krauze, Enrique (ed.), *El Mestizaje Mexicano*, México, Fundación Bancomer, 2010, p. 113.

#### **IV. DERECHOS HUMANOS, MIGRACIÓN Y DERECHO CONSTITUCIONAL**

El ordenamiento jurídico, como hemos explicado, mantiene una conformación que se refleja en el sistema de fuentes del Derecho de manera normativa, pero que se explica –o se debería explicar– a partir de paradigmas racionalizadores, que imprimen una lógica institucional a los comportamientos y objetos que se regulan. Ese elemento racionalizador del ordenamiento jurídico es, sin lugar a dudas, el paradigma de los derechos humanos. Ciertamente, estamos frente a categorías históricas ya que, como dijimos, los derechos humanos y la Constitución no significan lo mismo en el siglo XIX y en el siglo XXI. En efecto, no es lo mismo el ordenamiento jurídico del Estado Liberal Burgués con la ley como centro del sistema de fuentes del Derecho homogéneo, que el ordenamiento jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho, con la Constitución en el centro integrador de todo el sistema de fuentes del Derecho de naturaleza heterogénea.

Dice Zagrebelsky que “la Constitución cumple una doble función integrativa, la integración del pluralismo social en unidad política y la integración de la pluralidad de fuentes en unidad jurídica”<sup>28</sup>. La primera forma de integración supone que todas las personas se encuentren dentro del Estado Constitucional, para lo cual, el pluralismo institucional y humano requiere del elemento integrador que es, sin lugar a dudas, la Constitución y su teoría conformada por unos valores superiores que apuntan no sólo a la declaración de los derechos humanos, como pretendió la Constitución liberal, sino a la eficiencia y eficacia de los mismos. Por otra parte, la Constitución es la fuente de fuentes del Derecho, pero de nuevo entendida en un sentido integrador que, como puso de manifiesto Smend, coloca a los derechos fundamentales como “representantes de un sistema de valores concretos, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución”<sup>29</sup>. No obstante, toda esta integración no es pacífica, sino que se desarrolla en medio de tensiones dialécticas y como consecuencia de la pluralidad. Como dice Predieri: “Toda la historia del Derecho puede ser analizada desde la óptica de la lucha entre las fuentes del Derecho, consideradas como proyecciones de las unidades institucionales”<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del Diritto*, Torino, UTET, 1993, p. 11.

<sup>29</sup> Smend, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de José María Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985, p. 233.

<sup>30</sup> Predieri, Alberto, “El sistema de las fuentes del Derecho” en Predieri, A. y García de Enterría, Eduardo (eds.), *El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980, p. 162.

Sin embargo, la interpretación de los derechos humanos como expresión del orden de valores que se encuentra en la Constitución va a estar determinada por el Derecho constitucional, pero a través de una pluralidad de intérpretes. Y aunque el propio término interpretación es ambiguo, ya que el sistema de fuentes jurídicas se encuentra siempre enmarcado en la indeterminación<sup>31</sup>, los derechos humanos suponen un criterio que coadyuva a la argumentación legitimadora del ordenamiento jurídico. Si en el orden jurídico medieval el cristianismo servía de marco teórico mínimo de los conflictos jurídicos, los derechos humanos cumplen una función análoga en el ordenamiento del siglo XXI.

Ahora bien, la naturaleza de los derechos va a variar en el tipo de Estado en el cual nos encontremos. De la visión legiscentrista e individualista del Estado Liberal Burgués pasamos a la idea prestacional e integradora del Estado Constitucional, a través de la cláusula Estado Social y Democrático de Derecho. En este sentido, los titulares de los derechos en el Estado Constitucional vuelven a tener una pertenencia a un grupo, que supone privilegios, pero que, a diferencia de la *interpretatio* medieval, no surgen para mantener el *statu quo* de los estamentos, sino para que todos los seres humanos puedan alcanzar el ideal de convivencia acorde a la dignidad humana. Así, los niños, las mujeres y los migrantes son titulares de derechos sociales y de derechos individuales, pero para su disfrute efectivo requieren de acciones positivas por parte del Estado, las cuales son desarrolladas por la interpretación que expresan las distintas fuentes del Derecho.

De modo que los derechos humanos en el Derecho constitucional actual no se limitan a los contenidos en las declaraciones que se dieron en las revoluciones francesa y norteamericana del siglo XVIII, sino que incluyen las diferentes generaciones de derechos que surgen en razón del Estado Social. Como dice Lucas Verdú: "los derechos sociales recogidos en estas Constituciones, las instituciones encargadas de su actuación, deben perseguir decididamente la realización de la justicia social"<sup>32</sup>.

Así, volvemos a nuestra premisa acerca del Estado Constitucional, el cual, como producto social, recibe el influjo de la sociedad –nunca estático– que le va comunicando cuáles son los derechos humanos que la vida social va exigiendo y que son relativos a ésta, mientras que como factor social, le comunica a la sociedad aquellos canales institucionales para concretarlos, conforme a la dignidad del ser

---

<sup>31</sup> Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, estudio introductorio de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, IJ-UNAM, 2007, pp. 29-31.

<sup>32</sup> Lucas Verdú, Pablo, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, Salamanca, Acta Salmanticensia, Universidad de Salamanca, 1955, p. 69.



humano, dentro del propio ordenamiento jurídico. Como se ha dicho en la doctrina "Es obligación del Estado respetar la dignidad del individuo. Más allá de la expectativa de no ser tratado arbitrariamente, el individuo espera cada vez más la garantía de su existencia material"<sup>33</sup>. En este sentido, los titulares de los derechos humanos van a exigir, cada vez más, la actuación positiva del Estado Constitucional para que verdaderamente los puedan ejercer de manera efectiva, más allá de las diferentes declaraciones e instrumentos jurídicos en los que se encuentren reconocidos esos derechos. En el caso mexicano, el sistema de fuentes formales del Derecho lo encontramos, principalmente, en la Constitución Mexicana, las Constituciones de las entidades federativas, las leyes y demás actos normativos presentes en el ordenamiento jurídico respectivo; así como en las Convenciones y tratados internacionales.

Actualmente, el Estado Constitucional no sólo funda su legitimidad en el principio democrático y la consecuente soberanía popular, sino que requiere además que todas las instituciones del Estado garanticen y defiendan los derechos humanos. En México, a raíz de la reforma constitucional de 2011, los tratados internacionales celebrados válidamente por la República, que tengan positivados derechos humanos, se integran dentro del ordenamiento jurídico mexicano. En efecto, el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que:

"En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece"

Todo esto trae como consecuencia que el sistema de protección de derechos humanos se haga sumamente complejo, sin embargo, la propia Constitución coloca al principio *pro persona* como parámetro de interpretación de las normas relativas a derechos humanos, con independencia del lugar que ocupen dentro del sistema de fuentes del Derecho mexicano<sup>34</sup>; en virtud de lo cual, se ha de aplicar la norma que

---

<sup>33</sup> Benda, Ernst, "Dignidad Humana y derechos de la personalidad", en Benda, Ernst *et. al.* (coords.), *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, IVAP y Marcial Pons, 1996, p. 126.

<sup>34</sup> Véase la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual, con motivo de la reforma de 2011, en su artículo 1º, párrafo segundo, establece lo siguiente: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

otorga mayor protección al derecho humano en cuestión. De modo que, para poder integrar y armonizar la cantidad importante de normas existentes sobre derechos humanos –y superar los inevitables conflictos normativos- habrá que acudir a los precedentes y jurisprudencia de los tribunales nacionales y supranacionales, y a la doctrina jurídica más actualizada, cuyas interpretaciones inciden directamente en la construcción de los contenidos y alcances de los distintos derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano.

No es éste el espacio para revisar la clasificación del sistema de derechos humanos en México a raíz de la reforma constitucional de 2011, ni de la relación jerárquica con base en el sistema de fuentes; basta con que se comprenda que lo que hizo el constituyente permanente fue colocar la preeminencia de los derechos humanos en lo sustantivo y no en plano jerárquico-formal<sup>35</sup>, y esto implica un problema mayor para el intérprete que no puede decidir qué norma va a utilizar en razón de un acto fuente, sino debe hacerlo sobre el contenido específico con el cual se encuentra regulado el derecho humano en los instrumentos respectivos. No es éste el espacio para realizar la clasificación, sin embargo, vamos a dar algunos ejemplos de cómo es dificultoso ubicar los derechos humanos de los migrantes dentro de este sistema de fuentes.

En este sentido, si el parámetro para evaluar el fenómeno migratorio se sustenta en los derechos humanos, es necesario ubicar a los migrantes como titulares de los mismos y realizar las clasificaciones necesarias para que el parámetro provea la mayor claridad al investigador, sobre todo si se trata de una investigación de ciencias sociales, ya que el científico va a realizar una interpretación en la cual analiza el contenido de los derechos humanos y para ello debe revisar los constructos y categorías que el Derecho constitucional construye sobre éstos. Entre otras cosas, porque el sociólogo no puede desconocer que los derechos humanos son categorías jurídicas, por lo que se encuentra obligado a revisarlos a la luz de éstas. Podemos decir que la migración, como fenómeno en sí, constituye un derecho humano, para lo que bastaría como ejemplo el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos o el artículo 22.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo que de ambos tratados México es parte y, en consecuencia, éstos se encuentran dentro del sistema de fuentes del Derecho mexicano. Asimismo, el único tratado internacional que regula, expresa y exclusivamente, los Derechos Humanos de los migrantes es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los

---

<sup>35</sup> Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los Derechos Humanos en México*, México, Porrúa, 2012, p. 29.

Trabajadores Migratorios y sus Familias, el cual entró en vigencia en México el 1° de julio de 2003.

Sin embargo, el alcance y contenido esencial de este Derecho Humano está sometido a toda una serie de límites también jurídicos que se tienen que buscar dentro del sistema de fuentes del Derecho mexicano. Para lo cual, el constitucionalista puede aportar las explicaciones y análisis correspondientes porque se trata de su objeto de estudio, y el sociólogo debe integrar estos constructos a su investigación para crear su parámetro de evaluación. Ciertamente, el término derechos humanos, dentro de la indeterminación de los términos y categorías jurídicas, tiene un significado común muy extendido y por ende con una aceptación pacífica, de corte universalista, que no contiene las especificidades que otras categorías presentan<sup>36</sup>. No obstante, la comprensión de los derechos humanos dentro de un sistema escapa a las posibilidades del método de investigación sociológico.

Es un hecho que todos los migrantes tienen limitaciones para ejercer los derechos humanos, precisamente, por su condición de extranjeros que no poseen la ciudadanía; no obstante, este límite jurídico se desarrolla en el ámbito de la ley, en razón del principio democrático del Estado Constitucional, aunque no puede ser tal que desconozca la dignidad humana del migrante y que lo termine por discriminar, porque sería a todas luces inconstitucional. De nuevo, el aporte de la Ciencia jurídica, específicamente, del Derecho constitucional es indispensable para explicar las concreciones de estos derechos humanos de los migrantes. En este sentido, la Opinión Consultiva OC-18/2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo deja claro, en su párrafo 119, cuando admite un trato diferencial entre migrantes documentado e indocumentados, o de éstos con los nacionales, pero estableciendo que el criterio para tal diferenciación sea "razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos". Lo cual se debe analizar a la luz del multicitado artículo 1° de la Constitución mexicana, que coloca como titulares de los derechos humanos allí referidos a todas las personas, sin hacer ningún tipo de diferenciación, de tal suerte que las restricciones a dichos derechos deben hacerse de forma expresa en la ley (reserva de ley), por lo que no cabrían más restricciones en otras fuentes del Derecho mexicano. Asimismo, el artículo 6 de la Ley de Migración<sup>37</sup> establece que los extranjeros tendrán garantizados sus derechos humanos con independencia de su

---

<sup>36</sup> Pegoraro, Lucio, *Derecho Constitucional Comparado. Itinerarios de Investigación*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2011, p. 197.

<sup>37</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011. Su última reforma fue el 21-04-2016.

situación migratoria. Lo contrario conlleva la responsabilidad internacional del Estado mexicano, e incluso podría extenderse a los particulares<sup>38</sup>.

Ahora bien, cuando los contenidos sustantivos de estos derechos humanos de los migrantes son puestos a prueba, el intérprete jurídico (legislador, juez u doctrinario) debe utilizar los aportes de las diversas ciencias sociales que comprenden el fenómeno migratorio en sí, más allá de regulaciones ideales. No se trata de que investigue con el método propio de las ciencias sociales (economía, sociología, trabajo social, etc.) sino que realice una labor de investigación documental que le facilite una aproximación real al objeto de estudio y/o regulación<sup>39</sup>. Por ejemplo, el artículo 2, literal B, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para proteger los derechos de los pueblos indígenas, establece a cargo de los tres órdenes de Gobierno de:

“Establecer política sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.”

Como podemos observar, esta norma constitucional protege al migrante que pertenece a un pueblo indígena. El constitucionalista parte de la base que este precepto constitucional debe armonizar las reglas que contiene con los principios y valores de todo el ordenamiento jurídico. Ahora bien, para comprender lo que se ha de entender por política pública, tiene que acudir a los constructos que sobre este concepto ha trabajado la Ciencia Política, ya que no se trata de un concepto jurídico aunque se encuentre positivado en el texto constitucional. De tal suerte que, los aportes de las ciencias sociales y del Derecho constitucional se complementan, no sin dificultad, aunque comparten el compromiso intelectual de no quedarse en una supuesta neutralidad científica, sino de comprender que la Ciencia sólo tienen sentido en tanto que es motor de transformación de la sociedad hacia el bien común, para lo cual el científico tiene un compromiso intelectual que no ha de eludir<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> García Ramírez, Sergio, “Estudio Introductorio” en *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004, p. 42.

<sup>39</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*, México, Porrúa, 2009, p. 81.

<sup>40</sup> De Vega, Pedro, *Estudios político-constitucionales*, México, UNAM, Universidad Complutense de Madrid, 2004, p. 157.

Es esa responsabilidad de la ciencia, la que nos lleva a trabajar y especializarnos a través de trabajos multidisciplinarios que armonicen estrategias metodológicas para el mejoramiento de las condiciones materiales de los migrantes a partir de la efectiva vivencia de los derechos humanos.

## **BIBLIOHEMEROGRAFÍA**

ARTILES, Sebastián, *Derecho Romano*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1988.

BENDA, Ernst, "Dignidad Humana y derechos de la personalidad", en BENDA, Ernst et. al. (coords.), *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, IVAP y Marcial Pons, 1996.

BERNAL, Beatriz, "Las características del Derecho Indiano", *HMex*, XXXVIII, 1989.

CALDERA, Rafael, *Sociología del Derecho*, Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 1960, t. I.

CROSSMAN, Richard Howard Stafford, *Biografía del Estado Moderno*, México, Fondo de Cultural Económica, 2003.

CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho Mexicano*, segunda edición, México, Oxford, 2005.

DE VEGA, Pedro, *Estudios político-constitucionales*, México, UNAM, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

ESTRADA MICHEL, Rafael, "Mestizaje Jurídico" en KRAUZE, Enrique (ed.), *El Mestizaje Mexicano*, México, Fundación Bancomer, 2010.

\_\_\_, "Tradición gaditana y presencia del Jefe de Estado en el territorio mexicano: un análisis histórico para y desde el neoconstitucionalismo" en Torres Estrada, Pedro (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, México, Limusa, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2009.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*, México, Porrúa, 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Estudio Introductorio" en *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, "La Constitución Estamental" en *Obras Completas*, Madrid, C.E.C., t. III, 1991.

- GIERKE, Otto von, *Teorías políticas de la Edad Media*, trad. de Piedad García-Escudero y estudio preliminar de Benigno Pendás, Madrid, CEC, 1995.
- GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad y Estado*, México, Colegio de Michoacán, Escuela Libre de Derecho, Universidad Michoacana de San Miguel de Hidalgo, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, estudio introductorio de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, IJ-UNAM, 2007.
- HAURIOU, Maurice, "La teoría de la Institución y de la Fundación" en *Obras Escogidas*, trad. de Juan Alfonso Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976.
- KÄGI, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental de Estado*, trad. de Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven, Madrid, Dykinson, 2005.
- KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho romano*, trad. de Juan Miquel, Barcelona, Ariel, 2003.
- LE GOFF, Jacques, *¿Nació Europa en la Edad Media?*, trad. de María José Furió Sancho, Barcelona, Crítica, 2003.
- LIWSKI, Norberto I., *Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de Derechos*, Instituto Americano del Niño, la Niña y el Adolescente, 2008.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, "Una reciente aportación de la Doctrina italiana a la teoría de la Constitución: La ingeniería constitucional", *Revista del Departamento de Derecho Político*, Madrid, UNED, 1979.
- \_\_\_\_\_, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, Salamanca, Acta Salmanticensia, Universidad de Salamanca, 1955.
- OLGIATI, Francesco, *Juricidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1977.
- PEGORARO, Lucio, *Derecho Constitucional Comparado. Itinerarios de Investigación*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2011.
- PENNICINO, Sara, "Criptotipo" en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, trad. de Luis Amezcua y César Astudillo, México, UNAM, CITEJyC-UANL, IMDPC, Porrúa, 2012.
- PREDIERI, Alberto, "El sistema de las fuentes del Derecho" en PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (eds.), *El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Los Derechos Humanos en México*, México, Porrúa, 2012.
- ROMANO, Santi, *El Ordenamiento Jurídico*, trad. de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid, CEC, 1963.

SARTRE, Santiago, "Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica", *DOXA*, Alicante, 1989, núm. 24.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora y Compañía editores, 1878.

SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de José María Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985.

TEUBNER, Gunter, "El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho", *DOXA*, Alicante, 1989, núm. 25.

WEBBER, Max, *Economía y sociedad*, Segunda Reimpresión, trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo, "Constitucionalismo", *Derechos y Libertades*, Madrid, época II, 2013, núm. 29, junio.

\_\_\_\_\_, "La Constitución y sus normas" en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, México, Porrúa, 2002.

\_\_\_\_\_, *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del Diritto*, Torino, UTET, 1993.