

Los derechos humanos de libertad de tránsito, asilo y refugio

Miguel CARBONELL
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

INTRODUCCIÓN

El artículo 11 constitucional contiene en general la libertad de tránsito, dentro de la cual se incluyen cuatro libertades específicas: la libertad de entrar en la República; la libertad de salir de ella; la libertad de viajar por su territorio y la libertad de mudar de residencia. Su texto es el siguiente:

Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.

En los siguientes apartados se estudiarán los distintos aspectos que están establecidos en este artículo, los cuales se pueden articular por medio del análisis de tres temas generales: la libertad de tránsito, la libertad de residencia, el derecho de asilo y refugio.

1. LIBERTAD DE TRÁNSITO

Las cuatro libertades mencionadas por el artículo 11 de la Constitución no podrán supeditarse al requisito de contar con carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otro semejante, cuestión que sin duda es violada cotidianamente en nuestro país, pues tanto para entrar como para salir del territorio nacional se exige cuando menos el pasaporte, tanto a nacionales como a extranjeros (y eso a pesar de que la protección del artículo 11 constitucional

alcanza tanto a unos como a otros, puesto que universaliza la libertad de tránsito al hablar de “toda persona”¹).

Desde luego que la exigencia de que se cuente con pasaporte es una práctica internacionalmente reconocida y que resulta además perfectamente razonable, pero sucede que la Constitución es clara al respecto; quizá se podría pensar en reformarla en este punto.

Aunque la jurisprudencia que haya realizado interpretaciones del artículo 11 constitucional no es muy abundante, cabe mencionar una tesis de acuerdo con la cual la libertad de tránsito debe entenderse como libertad para los desplazamientos estrictamente corporales, sin que la protección del artículo 11 pueda extenderse a algún medio de locomoción; la tesis a la que se hace referencia fue dictada al resolver algunos amparos que se promovieron contra las medidas implantadas en la Ciudad de México a través de las cuales se impedía que uno o dos días a la semana circularan determinados vehículos automotores, dependiendo de la terminación de sus placas de circulación (se trata de los programas conocidos con el nombre de “Hoy no circula”). En dicha jurisprudencia, el Pleno de la Corte afirma lo siguiente:

La garantía individual que consagra la norma constitucional supracitada (se refiere al artículo 11) no consiste en el derecho al libre tránsito en automóvil, sino en el derecho que tiene “todo hombre”, es decir, toda persona en cuanto ente individual, para entrar, salir viajar y mudar su residencia en la República sin que para ello requiera de documentación alguna que así lo autorice, pero siempre refiriéndose al desplazamiento o movilización del individuo, sin hacer alusión en lo absoluto al medio de transporte, por tanto, ha de considerarse que la garantía de libre tránsito protege al individuo únicamente, no a los objetos o bienes en general, del mismo. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, tomo III, febrero de 1996, p. 173.*

¹ Antes de la importante reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, el artículo en comento se refería de forma inapropiada a “todo hombre”.

En sentido parecido, un Tribunal Colegiado ha sostenido el siguiente criterio:

GARANTÍA DE LIBRE TRÁNSITO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO SE VULNERA CON EL EMBARGO PRECAUTORIO DE VEHÍCULO AUTOMOTOR. La garantía de libertad de tránsito que se prevé en el artículo 11 constitucional comprende el derecho que goza todo individuo para desplazarse por el territorio nacional, sin necesidad de autorización o permiso previo de la autoridad, pasaporte o salvoconducto, carta de seguridad o cualquier otro requisito semejante; así como la libertad para entrar y salir del país, sin autorización o permiso previo, no puede estimarse transgredida, por el hecho de que la autoridad fiscal haya ordenado y efectuado el embargo precautorio sobre el vehículo automotor que defiende el quejoso, en virtud de que con dicho embargo no se restringe la garantía de libre tránsito, Novena Época, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XV, enero de 2002, Tesis: II.3º.A.3 A, página 1293.

Desde mi punto de vista, la Corte en la tesis transcrita podía haber llegado a la misma solución por medio de una argumentación menos “literalista” y restrictiva del derecho de libre circulación. Así por ejemplo, se podría haber dicho que el programa de restricción a la circulación vehicular protegía otros bienes de rango constitucional, como el derecho a un medio ambiente adecuado; también se podría haber utilizado el argumento del “uso social” que se le debe dar a la propiedad, de forma que el uso que hagamos de ella debe tener en cuenta otros intereses sociales, entre los que se puede encontrar el tener un entorno ambiental no contaminado.

Como quiera que sea, la tesis que se ha transcrito nos sitúa ante un absurdo, pues no otra cosa es el hecho de que se entienda que la libertad de tránsito consiste en caminar a donde se quiera, sin poder utilizar para ejercer ese derecho ningún “objeto” o medio de transporte. Por el contrario, la interpretación de los derechos debe atender siempre a los medios para que se puedan hacer efectivos en la práctica.

La tesis que se comenta es tan ilógica como lo sería una que dijera que el derecho a decidir libremente el espaciamiento de los hijos debe hacerse sin

tener acceso a medios anticonceptivos (con lo cual el derecho sería prácticamente una declaración retórica); o decir que la libertad de expresión consiste solamente en la posibilidad de hablar en el desierto, ya que en su ejercicio no están protegidos los medios para hacer llegar nuestras expresiones a los demás.

Es obvio que el ejercicio concreto de los derechos requiere de la utilización de una serie de objetos exteriores al cuerpo humano sin los cuales el derecho se nulifica; la posibilidad de transitar libremente por toda la República se reduce a nada (o cuando más a unos cuantos kilómetros), si para ejercerlo no contamos con medios de transporte que efectivamente nos lleven de un lugar a otro.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer, como lo hace una parte de la doctrina, que la libertad de circulación “tiene por objeto las personas, no las cosas, y por tanto tiene un régimen jurídico diferente al de la libre circulación de mercancías o al de la libre circulación de capitales”;² ahora bien, “régimen jurídico diferente” significa simplemente que son distintas las reglas jurídicas a las que se puede someter la circulación de una persona y aquellas otras que inciden en la circulación de bienes en general.

Por ejemplo, dentro del régimen jurídico de la circulación, las autoridades pueden perfectamente regular los requisitos que deben reunir los transportes públicos o privados, de la misma forma que pueden imponer modalidades al tránsito automotor (por ejemplo en el sentido de que cierto tipo de vehículos no pueda transitar por determinadas calles o por ciertos barrios); todo ello sería válido a la luz del contenido del artículo 11.

En los hechos, si nos atenemos al criterio de la Corte, los habitantes del centro de la República tendrían nulificado en la práctica el derecho a salir del país, pues las respectivas fronteras de encuentran a miles de kilómetros de donde viven, distancia que es casi imposible de recorrer, al menos para personas normales y corrientes.

² BASTIDA FREIJEDO, Francisco, “Libertad de circulación” en ARAGÓN, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Madrid, Civitas, 2001, p. 153.

La Corte, en la tesis que se está comentando, parece entender a la libertad de circulación como *libertad negativa*, es decir, como ausencia de impedimentos o de constricciones, olvidando el concepto de *libertad positiva* o de *libertad* como no sujeción, que defienden entre otros los pensadores neorrepublicanos.

En este punto, hay que recordar que, como lo señala Germán Bidart, “la *libertad* no es, entonces únicamente una *libertad ‘de’*, sino además una *libertad ‘para’*; no es sólo la libertad de impedimentos, obstáculos, intrusiones, violaciones, interferencias u obstrucciones, sino también la libertad *real y efectiva* que coloca al ser humano en disponibilidad para elegir, optar, acceder al disfrute pleno de sus derechos; de todos sus derechos...”³

Otros criterios jurisprudenciales sobre el artículo 11 constitucional son los siguientes:

ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL. La orden jurisdiccional de arraigo que contempla el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República. Novena Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IX, enero de 1999, Tesis: I.1º.P. J/12, página: 610.

Este criterio jurisprudencial es también lamentable, ya que legitima una práctica que sin duda alguna vulnera derechos fundamentales, aunque tenga como fundamento el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales. De hecho, el uso del arraigo ha sido objeto incluso de observaciones por parte del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que realizó una visita a México a finales del año 2002.⁴

³ BIDART CAMPOS, Germán J., *La Constitución económica*, Querétaro, Fundap, 2003, p. 49.

⁴ El correspondiente informe se puede encontrar en el documento E/CN.4/2003/8/add.3.

Aduanas, inconstitucionalidad de la prohibición a los trabajadores de las, para que salgan del país. De acuerdo con el artículo 11 de nuestra Constitución, toda persona tiene derecho para entrar a la República, salir de ella, viajar por su territorio, mudar su residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. Ahora bien, si la Dirección General de Aduanas, por medio de una circular pretende, fundándose en la fracción I del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Federación, establecer como requisito previo, para que empleados de la aduana de Nuevo Laredo, puedan entrar y salir de esa población y del territorio nacional, un permiso especial, debe concluirse que jurídicamente no basta esa simple circular, para fundar tal restricción de libertad, sino que es menester la existencia de una disposición legal, que no puede ser dicha fracción I de aquel artículo 42, ya que esta disposición de ninguna manera faculta a las autoridades correspondientes para que intervengan en actos de los trabajadores, ajenos al servicio que están obligados a prestar al Estado. Además, esta última disposición supone la existencia de una norma legal reglamentaria, que quizás por no existir, no ha sido invocada en el caso, única situación en la que podría tener fundamento legal la susodicha circular. Por tanto, la prohibición a los empleados para entrar y salir del territorio nacional, y el requisito de exigirles un permiso previo y especial para que puedan entrar y salir de la población dicha y del territorio nacional, significa una extralimitación de la Dirección General de Aduanas, ya que los afecta restringiendo sus actividades, ya no dentro del tiempo que están obligados a desempeñar las funciones y deberes inherentes a su cometido, sino en actos y momentos ajenos al servicio; por lo que al solicitar el amparo de la justicia federal, éste debe concedérsele, sin que tal concesión sea óbice ni prejuzgue tampoco el derecho que asiste a las autoridades fiscales o administrativas, de la aduana de Nuevo Laredo, para que establezcan las disposiciones legales adecuadas para reglamentar las labores de esa dependencia gubernativa. *Tesis aislada*. Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXIX, Quinta Época, Segunda Sala. p. 4867.

2. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO Y LAS DETENCIONES ARBITRARIAS

En relación a la libertad de tránsito, que comprende la posibilidad que tienen todas las personas de entrar y salir del país, así como la de desplazarse libremente por el territorio del mismo, es oportuno preguntarse de qué forma y bajo qué circunstancias concretas puede verse limitada. A reserva de que debamos atender a la regulación de las figuras de la detención, de la retención y de la privación de libertad bajo las modalidades y requisitos esta-

blecidos por el artículo 16 constitucional, en principio puede decirse que una injustificada interrupción de la libertad de desplazamiento puede considerarse como una violación a la libertad de tránsito.

Hay que recordar que, en términos del artículo 11 constitucional, las limitaciones a la libertad de tránsito corresponde aplicarlas solamente a la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad civil o penal según lo que al respecto establezca el legislador, y a la autoridad administrativa pero solamente conforme a lo que dispongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República. Fuera de esos supuestos, la limitación a la libertad de desplazamiento no tiene fundamento constitucional. Sin embargo, en la realidad cotidiana de México, se presentan varios casos que son violatorios de la libertad de tránsito y que merecen por tanto ser tenidos en cuenta como vulneraciones del artículo 11 constitucional.

Así por ejemplo, es común que en las carreteras mexicanas o en algunas ciudades se ubiquen los llamados “retenes”, que son puestos de inspección y revisión en los que las autoridades militares o civiles (ya sean policías federales o locales, de tránsito o ministeriales) detienen un vehículo particular o de transporte público, hacen descender a sus tripulantes y revisan el interior del vehículo llegando incluso hasta el extremo de practicar revisiones corporales a las personas; en algunos casos se practican pruebas de medición de aliento etílico. Por ser un fenómeno que no es aislado y que conlleva un alto riesgo de violación de derechos fundamentales conviene detenerse en el estudio de su constitucionalidad y, particularmente, en su posible interferencia en el ejercicio de la libertad de tránsito del artículo 11 constitucional.

En primer término, lo que resulta del todo obvio es que las detenciones practicadas por el ejército son completamente inconstitucionales a la luz de lo dispuesto por el artículo 129 constitucional, de acuerdo con el que “En tiempos de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”. A pesar de la muy “creativa” interpretación que ha tenido este precepto por parte de la Supre-

ma Corte,⁵ su contenido es inequívoco y hace inconstitucional cualquier intervención de los militares sobre los civiles, incluyendo desde luego las interferencias de la libertad de tránsito practicadas a través de los puntos de revisión conocidos como “retenes”. En consecuencia, el solo hecho de que una detención sea practicada por una autoridad militar viola el artículo 129 constitucional, además de que —según lo que enseguida se dirá— pueda también violar el artículo 11.

Un asunto diferente es el que se suscita con motivo de la intervención de autoridades civiles en los retenes (normalmente se trata de diferentes corporaciones de policía, de cualquiera de los distintos niveles de gobierno). Desde mi punto de vista, su instalación y puesta en práctica también violenta varios derechos fundamentales, por las siguientes consideraciones:

- A) Las autoridades al ordenar la detención del vehículo emiten un acto de molestia verbal, cuando el artículo 16 constitucional exige que ese tipo de actos sean escritos; la jurisprudencia mexicana ha sostenido que los actos de autoridad de carácter verbal son en sí mismos inconstitucionales;
- B) Al detener la circulación de vehículos y personas, vulneran el contenido del artículo 11 constitucional en la medida en que no permiten el libre desplazamiento por el territorio nacional, y por no encontrarse dentro de los supuestos de excepción que establece el mismo artículo 11;
- C) Al permitir un ejercicio arbitrario por parte de la autoridad (en el sentido de que no está sujeto a reglas claramente establecidas que especifiquen los supuestos y formas en que se pueden llevar a cabo), las detenciones contrarias a la libre circulación violan la garantía de motivación de los actos del poder público, también establecida en el artículo 16 constitucional;
- D) Los actos realizados en los retenes violan la presunción de inocencia, conforme a la cual —entre otras cuestiones— ninguna persona puede ser molestada ni mucho menos detenida a menos que la autoridad tenga indicios concretos de

⁵ Al respecto, CARBONELL, Miguel, “El rol de las fuerzas armadas en la Constitución mexicana”, *Ius et Praxis*, año 8, número 1, Talca, Chile, 2002, pp. 35-51; *idem*, “Fuerzas armadas y Constitución: el caso de México”, en *Vínculo Jurídico*, número 53, Zacatecas, enero-marzo de 2003, pp. 37-46; *idem*, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, UNAM, 2004, pp. 229 y ss.

que ha cometido, pueda cometer o esté en un momento determinado cometiendo un delito.

Por la ya mencionada gravedad del tema, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha tenido que dedicar su Recomendación General 2/2001 al tema de la práctica de las detenciones arbitrarias.⁶

En su Recomendación, la CNDH precisa que “las detenciones arbitrarias constituyen una práctica común de los agentes de la Policía Judicial y de los elementos que integran los diversos cuerpos policiacos”; también se señala que “la práctica recurrente de las quejas que se reciben consiste en que los agraviados fueron detenidos por dichos agentes, cuando estos últimos efectuaban recorridos de “revisión y vigilancia rutinarios” en aras de salvaguardar la seguridad pública y detectar la comisión de algún ilícito o bien, porque habían recibido en la guardia de agentes denuncias “anónimas”, siendo que al atenderlas, “casualmente”, los agraviados fueron encontrados en “actitud sospechosa” y/o “marcado nerviosismo”, además de que, en todos los casos, los elementos de la Policía Judicial dijeron haber solicitado a los agraviados que se les permitiera efectuarles una “revisión de rutina”, quienes accedieron de “manera voluntaria”.

En sus conclusiones la Comisión establece que “ni los agentes de la Policía Judicial Federal, del fuero común o sus equivalentes, ni los agentes del Ministerio Público pueden, bajo ningún concepto, instrumentar operativos preventivos (‘revisión y vigilancia’), ya que dicha actividad rebasa el ámbito de su competencia” y que “no obstante que las autoridades de la policía preventiva tengan precisamente dichas facultades (prevención del delito), esto tampoco les permite detener a persona alguna por encontrarse en ‘actitud sospechosa’ y/o ‘marcado nerviosismo’; siendo que tienen el deber de proteger los derechos y garantías fundamentales de las personas”.

⁶ Para el análisis teórico del tema conviene remitir al muy completo trabajo de CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998.

Es importante señalar que, en el criterio de la Comisión, no importa que de la detención ilegal y arbitraria o de la revisión que efectúen los policías se desprenda que la persona está en posesión de algún elemento del delito (como por ejemplo alguna sustancia psicotrópica), ya que la vulneración de sus derechos se da desde el momento de la detención; la Recomendación General que se comenta menciona que “En este contexto resulta irrelevante si, como consecuencia de la revisión corporal, los agentes de la Policía Judicial encuentran o no algún objeto del delito, pues la trasgresión a los derechos fundamentales y a las garantías constitucionales enunciadas, se consumó cuando se dio la detención sin fundamento legal”.

Aunque la Recomendación General se refiere a cualquier tipo de detenciones arbitrarias, es obvio que resulta completamente aplicable a las que se practican en los retenes o puestos de revisión carreteros.

Por otro lado y de forma estrechamente relacionada con lo que se acaba de señalar, el tema de la libertad de tránsito y su vulneración a través de las detenciones arbitrarias en México han sido objeto de un interesante informe rendido ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU; se trata del “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México”, de fecha 17 de diciembre de 2002.⁷

En su informe el grupo de trabajo constata que las detenciones arbitrarias son “una de las principales violaciones de los derechos humanos” en México, hasta el grado de que, según la Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal, una de cada diez detenciones realizadas por las autoridades es arbitraria. En parte, las detenciones arbitrarias se permiten, entre otras cuestiones, porque “la presunción de inocencia que no está expresamente establecida en la legislación” y por la figura de la llamada “flagrancia equiparada”, “que otorga una suerte de ‘cheque en blanco’ para detener a las personas”. Por todo ello el informe concluye que “La situación de impunidad de numerosos agentes en cuanto a las detenciones arbitrarias es algo no superado”.

⁷ Figura en el documento E/CN.4/2003/8/Add.3.

El informe se detiene en el trato que el gobierno mexicano da a los migrantes de otros países que se encuentran en situación irregular. Sobre el punto, se afirma por lo que hace a la estación migratoria que el gobierno tiene en la delegación Iztapalapa de la Ciudad de México, que “Los ciudadanos de países latinoamericanos suelen permanecer en la estación migratoria algunas semanas antes de ser devueltos a sus países de origen. La permanencia de nacionales de países de otras regiones suele ser más larga; algunos se encontraban allí desde hacía tres o cuatro meses por problemas logísticos, y, en el caso de ciertas nacionalidades, por la ausencia de representación consular o diplomática en México, especialmente para determinar la verdadera nacionalidad”.

Con respecto al cuarto de detención de inmigrantes irregulares que existe en las instalaciones del Aeropuerto de la Ciudad de México, el informe sostiene que “el Grupo de Trabajo pudo constatar que esta estación migratoria, más parecida a una sala de espera de un aeropuerto, es inadecuada para una permanencia mayor de un día, dadas las insuficiencias detectadas en las instalaciones: ausencia de camas o literas, duchas, cocinas, comedores, etc.”.

El informe se refiere también a los ya mencionados “retenes” u operativos de inspección carretera. Luego de citar la Recomendación General 2/2001 de la CNDH el Grupo de Trabajo sostiene que tales operativos “no tienen una base legal clara o precisa y favorecen las detenciones arbitrarias”. En los retenes que tienen presencia militar se verificó que el personal no está identificado —aparte del puro uniforme militar— y además los camiones en que se transporta no tienen placas.

Otra cuestión que también se aborda en el informe es la que tiene que ver con el arraigo domiciliario, que puede verse como una restricción a la libertad de tránsito, pero también como una violación de las reglas que para la detención establece el artículo 16 constitucional.

Aparte de lo peligrosas que son las detenciones arbitrarias, lo que más preocupa al Grupo de Trabajo es la impunidad para los responsables; en el informe se afirma que

Existe una impunidad notoria con relación a algunos responsables de las detenciones arbitrarias. Muchos mecanismos de control no gozan todavía de una independencia suficiente al estar supeditados jerárquicamente a la autoridad ad-

ministrativa y por tanto no tener la credibilidad necesaria, además de ser toleradas algunas prácticas por los superiores. Un gran número de personas son presentadas ante tribunales habiendo sido detenidas arbitrariamente y sus casos pueden ser conocidos, mientras que otro número igual o quizá mayor son puestos en libertad luego de haberseles detenido fuera de los supuestos legales permitidos, sin haber tenido acceso a un juez. Este segundo grupo de personas no siempre denuncia, aunque el Grupo de Trabajo ha conocido diferentes casos en que, después de las denuncias presentadas, no se ha investigado ni castigado a los agentes por este tipo de violaciones.

En cuanto a los límites constitucionales a la libertad de tránsito, contemplados en el artículo 11 de la Carta Magna, hay que mencionar que en relación a cuestiones de salubridad, la propia Constitución faculta al Consejo de Salubridad General para dictar medidas generales de carácter preventivo en caso de epidemias graves o cuando exista peligro de invasión de enfermedades exóticas (artículo 73 fracción XVI).

3. LA LIBERTAD DE TRÁNSITO Y CIRCULACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Un precepto que, dentro del derecho internacional de los derechos humanos, contiene prerrogativas parecidas a las del artículo 11 de la Constitución mexicana es el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto es el siguiente:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso el propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

Este precepto ha sido objeto de análisis en una importante Observación General del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se precisan

y detallan algunos de los extremos que pueden desprenderse del texto que se ha transcrito.⁸ Vale la pena detenernos en su estudio.

El Comité precisa, en primer lugar, que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacional es un tema que los Estados pueden y deben regular en su derecho interno, respetando siempre las obligaciones internacionales que tienen suscritas (así por ejemplo, los Estados deben respetar, en la definición que hagan dentro de su derecho interno, el principio de no discriminación por razón de sexo o por razón de raza). Pero dicha regulación puede afectar solamente a los extranjeros, pues a los nacionales de un Estado no se les puede considerar como “ilegales” dentro de su propio territorio.

La situación de “ilegalidad” de un extranjero puede ser convalidada y, si así sucede, ya no podrá considerarse irregular su estancia por haber sido originalmente ilegal, ya que, en palabras del Comité, “se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 (del Pacto)” (párrafo 4).

Cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12 debe ser cuidadosamente circunstanciado, y los Estados, en los informes que rindan ante el Comité, deben justificar esas diferencias de trato. Podríamos decir que cualquier diferencia de trato es, en sí misma, sospechosa, y que la carga de la prueba para justificarla recae en el Estado que la aplica.

La estructura federal de un Estado no impide que los derechos del artículo 12 del Pacto se apliquen a todo su territorio, señala el Comité, de forma que las personas podrán desplazarse por todas las partes de los Estados federales o regionales.

⁸ Se trata de la Observación General número 27, aprobada en el 67º periodo de sesiones del Comité en 1999, consultable en CARBONELL, Miguel, MOGUEL, Sandra y PÉREZ PORTILLA, Karla, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Textos básicos, México, Porrúa, CNDH, 2003, tomo I, pp. 462-468.

Para ejercer su derecho a la libre circulación una persona no debe aportar ningún motivo o razón específicos, pues basta su voluntad de trasladarse o de quedarse en un lugar para caer en el supuesto de protección del artículo 12. Esto significa que las autoridades no pueden condicionar un desplazamiento o un no desplazamiento a que se justifiquen determinadas razones, fines u objetivos (párrafo 5).

Los derechos del artículo 12 deben prevalecer no solamente frente a las autoridades u órganos del Estado, sino también frente a particulares. Así por ejemplo, los Estados Parte deben vigilar que no se les impida a las mujeres ejercer la libertad de tránsito o residencia, y que dicho ejercicio no esté condicionado al consentimiento o permiso de algún familiar, como puede ser el marido o el padre (párrafo 6).

En relación a la libertad de salir de cualquier país, incluido el propio, que preserva el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, el Comité señala que dicha libertad tampoco puede condicionarse a algún fin u objetivo concreto, ni tampoco a algún plazo durante el que un individuo decida permanecer fuera del país. En dicho párrafo se encuentra contenida la libertad del individuo para determinar el país de destino, lo cual se aplica también a todo extranjero que sea expulsado legalmente, el cual puede elegir con libertad el país de destino, siempre que cuente con el acuerdo de este último Estado (párrafo 8).

Para poder hacer efectivo el derecho a salir de un país, se debe entender que sus autoridades están obligadas a expedir los documentos necesarios para viajar y entrar en otro país, como puede ser el pasaporte. Los derechos del artículo 12 del Pacto se violan si un Estado se niega a expedirle a uno de sus nacionales un pasaporte o si se niega a prorrogar la validez de ese documento (párrafo 9).

Por lo que hace a las restricciones establecidas en el párrafo 3 del artículo 12 del Pacto, el Comité, en la Observación General que se está comentando, hace importantes consideraciones, muchas de las cuales se podrían aplicar a los demás derechos, pues forman parte de una especie de teoría general de las restricciones de los derechos.

Así por ejemplo, el Comité sostiene, con base en el texto expreso del artículo 12, que las restricciones deben estar contenidas en una ley, constituyen-

do de esa forma una “reserva de ley” que prohíbe la creación de restricciones en otro tipo de normas (párrafo 11).

Por otra parte, el Comité señala que “las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho”, haciéndose eco de la conocida teoría del “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Para el Comité, “no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación” (párrafo 13).

Las medidas restrictivas deben ser proporcionales, señala el Comité, utilizando uno de los criterios más conocidos para considerar la adecuación de los límites a los derechos fundamentales con respecto a los textos que establecen esos derechos. En palabras del Comité, “Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse” (párrafo 14). Por ejemplo, entraría dentro de las restricciones razonables una orden que impidiera el acceso y tránsito por instalaciones militares por motivos de seguridad nacional, o si se limitara la libertad de residencia en zonas habitadas por comunidades indígenas o minorías nacionales (párrafo 16).

El Comité identifica varias conductas de las autoridades estatales como claramente violatorias del artículo 12 del Pacto (párrafo 17); se trata de un elenco de la mayor importancia, pues contiene indicaciones prácticas para ayudarnos a precisar en qué momento nos encontramos ante situaciones que vulneran los derechos de libre circulación y libre residencia.

Para el Comité, entre tales conductas se encuentran las siguientes:

- Cuando se niega el acceso de los solicitantes a las autoridades competentes.
- Cuando se impide el conocimiento de los requisitos necesarios para ejercer algunos de los derechos del artículo 12.
- Cuando se crea la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud del pasaporte.
- Cuando se hacen necesarios certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo a la solicitud.

- Cuando se requiere la descripción exacta del itinerario.
- Cuando la expedición de pasaportes se condiciona al previo pago de tasas elevadas, que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración.
- Las demoras injustificadas en la expedición de los documentos de viaje.
- Las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia.
- El requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta.
- El requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él.
- El hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo a través de la intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de los hijos de la escuela o la universidad.
- La negativa a expedir el pasaporte con el argumento de que el solicitante perjudica el buen nombre del país.

Por lo que hace al derecho a entrar en el propio país, contemplado en el párrafo 4 del artículo 12 del Pacto, el Comité señala que ese derecho también le es aplicable a quien por primera vez quiere entrar en su país, si ha nacido fuera de él. De particular importancia es el derecho a volver al propio país, sobre todo para quienes han salido de él con el carácter de refugiados (párrafo 19).

El Comité hace una interesante distinción entre el concepto literal de “propio país” y la noción más restringido de “país de su nacionalidad”, en los siguientes términos:

El alcance de la expresión “su propio país” es más amplio que el de “país de su nacionalidad”. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Este sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega.

Esta parte de la Observación General número 27 es muy importante, puesto que impone el derecho a entrar al propio país frente a la eventual conducta de un Estado que quiera desposeer de su nacionalidad a una o varias personas, levantando con ello un dique a actos arbitrarios que por desgracia han sucedido con alguna frecuencia en el pasado reciente. Esto constituye un ejemplo, de entre los muchos que se podrían poner, de cómo el derecho internacional puede ser a la vez derecho nacional, en el sentido de que su radio de acción no se limita a las relaciones internacionales, sino que también puede regular relaciones jurídicas al interior de los Estados; por ejemplo, en la materia que nos ocupa, reconociendo derechos de las personas que se pueden oponer, en el plano interno, a las autoridades del Estado del que esa persona es nacional.

El derecho a entrar en el propio país, en el acertado criterio del Comité, es prácticamente ilimitable, pues en sus propias palabras, “hay pocas circunstancias, si es que hay alguna, en que la privación del derecho a entrar en su propio país puede ser razonable. Un Estado Parte no debe impedir arbitrariamente a una persona el regreso a su propio país por la vía de despojarla de su nacionalidad o de expulsarla a un tercer país” (párrafo 21).

Aparte de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otros instrumentos sectoriales de derecho internacional de los derechos humanos hacen referencia a la libertad de tránsito y de residencia. Uno especialmente importante por razón de su objeto y de la actualidad que ha cobrado en los últimos años a raíz de las migraciones masivas, es la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 10 hace referencia a la obligación que tienen los Estados Partes (entre los que se encuentra México, desde luego) de facilitar la entrada o salida del país a los padres de los menores o a los propios menores para conseguir la “reagrupación familiar”; este concepto es de la mayor importancia, pues uno de los derechos fundamenta-

les de todos los menores de edad es a mantenerse en contacto con sus progenitores.⁹

El texto del mencionado artículo 10 es el siguiente:

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia, será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.
2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin.... los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Sobre el mismo tema de la “reagrupación familiar”, hay que tener en cuenta que el artículo 5, apartado 4 de la Declaración sobre los *Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 1985, dispone que “Con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él”.

La reagrupación familiar debe facilitarse por parte de los Estados especialmente en el caso de los refugiados; al respecto, el Comité Ejecutivo del

⁹ El artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño es muy claro al establecer el principio general de que: “1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...”.

Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR), ha señalado que “En aplicación del principio de unidad de la familia, y por razones humanitarias obvias, es preciso hacer todo lo posible para reunificar a las familias separadas de refugiados”; dicha reunificación se deberá producir “con la menor demora posible”; “Al decidir sobre la reunificación de la familias, la ausencia de prueba documental de la validez formal del matrimonio o de la filiación de los hijos no debe considerarse impedimento *per se*”.¹⁰

4. LA LIBERTAD DE RESIDENCIA

Por lo que hace a la libertad de residencia, la Constitución lo que protege en el artículo 11 es la decisión que todo individuo puede adoptar libremente para establecer su domicilio en cualquier sitio de la geografía nacional; el establecimiento de la residencia incluye su fijación, mantenimiento y cambio.

Cabe mencionar que el concepto de domicilio o de residencia que la Constitución protege no está necesariamente sujeto o condicionado a la definición del mismo que hagan las leyes civiles, tributarias o de otro tipo. El bien jurídico que la Constitución protege en el artículo 11 debe ser autónomo con respecto a lo que establezcan las leyes para preservar su significado constitucional y no subordinar el principio de supremacía a los designios del legislador.

La residencia que tutela el artículo 11 comprende tanto el lugar habitual en el que una persona se asienta de forma permanente, como aquellos lugares que elige para realizar estancias pasajeras u ocasionales.¹¹

Desde luego, la libertad de residencia se debe ejercer sin violar otros derechos fundamentales. Así por ejemplo, se debe respetar el derecho de propie-

¹⁰ Los entrecomillados provienen de las Conclusiones General del Comité Ejecutivo de la ACNUR sobre la protección internacional de los refugiados, número 24, adoptada en el 32º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo, en 1981; el texto puede consultarse en *Colección de instrumentos jurídicos internacionales relativos a refugiados, derechos humanos y temas conexos*, Tomo IV (Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR 1975-2000), México, CNDH, UIA, UNHCR-ACNUR, 2002, pp. 82-83.

¹¹ GARCÍA TORRES, J. y REQUEJO PAGÉS, J. L., “Libertad de residencia” en ARAGÓN, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Madrid, Civitas, 2001, p. 155.

dad de otras personas. También se puede limitar la libertad de residencia con el objeto de proteger el medio ambiente adecuado, que es un bien que se encuentra constitucionalmente protegido en el artículo 4 de la Carta Magna.

En relación a la libertad de residencia hay varias referencias a lo largo del texto constitucional que deben tenerse en cuenta, pues ordenan la forma en que se puede ejercer dicha libertad y distribuyen competencias entre los diferentes niveles de gobierno en la materia de asentamientos humanos.

Una primer referencia se encuentra en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional, de acuerdo con el cual

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

Por otro lado, lo relativo a los “asentamientos humanos” se define en la Constitución como una *materia concurrente* por el artículo 73 fracción XXIX inciso C, lo que significa que en ella deben intervenir tanto los poderes fede-

rales, los gobiernos locales y los municipios.¹² El texto del precepto mencionado es el siguiente:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXIX. Inciso C: Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en *materia de asentamientos humanos*, con objeto de cumplir los fines previsto en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución.

En la misma materia, el artículo 115 constitucional establece dentro de las facultades del municipio, que deberán ser ejercidas en el marco de lo que dispongan las leyes federales y estatales, varias que guardan relación con la libertad de residencia, entre las que cabe mencionar las siguientes, contempladas en la fracción V de dicho artículo:

- a) Formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de *desarrollo urbano* municipal;
- b) Participar en la creación y administración de sus *reservas territoriales*;
- c) Participar en la formulación de *planes de desarrollo regional*, los cuales deberán estar en concordancia con los planes generales de la materia. Cuando la Federación o los Estados elaboren proyectos de desarrollo regional deberán asegurar la participación de los municipios;
- d) Autorizar, controlar y vigilar la *utilización del suelo*, en el ámbito de su competencia, en sus jurisdicciones territoriales;
- e) Intervenir en la regularización de la *tenencia de la tierra urbana*;
- f) Otorgar licencias y permisos para *construcciones*;
- g) Participar en la creación y administración de zonas de *reservas ecológicas* y en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en esta materia;
- h) Intervenir en la formulación y aplicación de programas de transporte público de pasajeros cuando aquellos afecten su ámbito territorial; e
- i) Celebrar convenios para la administración y custodia de las zonas federales.

¹² La explicación de las facultades concurrentes en la Constitución mexicana se encuentra en CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2004, pp. 73 y ss.

En lo conducente y de conformidad a los fines señalados en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución, expedirán los reglamentos y disposiciones administrativas que fueren necesarios.

Por lo que se refiere al Distrito Federal, la Constitución en el artículo 122, base primera, fracción V, inciso J, faculta a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para

Legislar en materia de planeación del desarrollo; en desarrollo urbano, particularmente en uso del suelo; preservación del medio ambiente y protección ecológica; vivienda; construcciones y edificaciones; vías públicas, tránsito y estacionamientos; adquisiciones y obra pública; y sobre explotación, uso y aprovechamiento de los bienes del patrimonio del Distrito Federal.

La libertad de residencia puede encontrar algunas limitaciones o modalidades en la legislación ordinaria; de acuerdo con la evidencia que nos suministra el derecho comparado, se puede afirmar que, por ejemplo, dicha libertad no se vulnera cuando el cambio de domicilio es decretado por aplicarse una sentencia judicial de desahucio, producto de la resolución de un contrato de arrendamiento, o por una decisión de las propias autoridades judiciales que decidan sobre la guarda y custodia de menores, ni por celebrar un contrato de servicios profesional o aceptar un empleo que comporte un destino laboral distinto al que se tenga.¹³

5. ASILO Y REFUGIO

Mediante una reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011 se adiciona un segundo párrafo al artículo que estamos comentando.¹⁴ Dicha adición se da en el contexto de una im-

¹³ Los ejemplos son tomados de GARCÍA TORRES, J. y REQUEJO Pagés, J. L., “Libertad de residencia”, *cit.*, p. 156.

¹⁴ Un panorama general del contenido de la reforma se encuentra en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo para-*

portante reforma en materia de derechos humanos, la cual modifica distintos artículos de nuestra Carta Magna y que ha sido calificada como la más profunda y modernizadora en décadas.¹⁵ Uno de los signos de esa reforma es precisamente la vocación de insertar a México en los parámetros internacionales de protección de los derechos fundamentales. Tal vocación se refleja, por citar solamente unos ejemplos, en el rango constitucional que se les reconoce a los tratados internacionales en materia de derechos humanos (artículo 1) y en el reconocimiento de que la protección de los derechos humanos debe ser un principio guía de la acción exterior del Estado mexicano (artículo 89 fracción X). Es en ese contexto en el que debe comprender el nuevo párrafo segundo del artículo 11 constitucional.

La propuesta de adición del párrafo segundo aparece en un dictamen del 23 de abril de 2009 de la Cámara de Diputados y a partir de ahí se va enriqueciendo a lo largo del proceso legislativo desarrollado por el Congreso de la Unión, el cual tuvo su culminación en la reforma constitucional que ya fue citada (dictamen del 8 de abril de 2010 de la Cámara de Senadores, de 15 de diciembre de 2010 de la Cámara de Diputados y de 8 de marzo de 2011 nuevamente de la Cámara de Senadores).

El nuevo párrafo del artículo 11 permite distinguir entre dos figuras jurídicas: el asilo y el refugio, pero además nos indica también los motivos por los que puede solicitarse cada una son igualmente diferentes. El asilo se puede solicitar por persecuciones basadas en cuestiones políticas, mientras que en el caso del refugio se deben argumentar causas de carácter humanitario.

Podríamos decir entonces que el asilo se solicita en casos de persecución ideológica entendida en sentido amplio, sin reducir el término “política” a cuestiones meramente electorales.

Por su parte, el refugio debe proceder cuando se acrediten violaciones a los derechos sociales, como sería el caso en que tales derechos fueran eviden-

digma, México, UNAM, 2011; así como en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, 2011.

¹⁵ Un análisis de conjunto sobre la reforma se encuentra en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coordinadores), *La reforma de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011.

te y masivamente violados por un país; o incluso si fueran violados en perjuicio solamente del solicitante de refugio o de sus familiares.

En un dictamen aprobado en el trámite parlamentario de la adición constitucional que estamos analizando, se señala que “...el asilo debe brindarse a personas que son perseguidas en lo individual por motivos políticos, en tanto que el refugio se manifiesta como una acción de carácter humanitario que puede beneficiar a grupos” (Gaceta legislativa de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, de fecha 15 de diciembre de 2010).

Si lo anterior es cierto, entonces surgen un buen número de interrogantes a partir de la lectura del nuevo párrafo segundo del artículo 11. Por ejemplo, si en un país la mayor parte de la población vive bajo el umbral de la pobreza, ¿eso les da derecho a sus habitantes a solicitar refugio en México? O bien, ¿qué sucede en caso de que en un país se desate una guerra civil? ¿Sus habitantes serían sujetos de asilo o de refugio? ¿Qué sucede con las personas que forman parte de minorías discriminadas y perseguidas, como por ejemplo las personas homosexuales en algunos países islámicos? Como puede ver el lector, para poder tomarse en serio la modificación al artículo 11 hay que estar en capacidad de resolver distintos dilemas y retos de la mayor relevancia.

En el derecho internacional de los derechos humanos existen importantes referencias sobre las instituciones del asilo y del refugio. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (1948) señala en su Artículo 14 que: “1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país”. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José) establece en su artículo 22 que: “7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”.

También es importante considerar la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de la ONU, en vigor desde el 22 de abril de 1954, la cual cuenta con un Protocolo que está en vigor desde el 4 de octubre de 1967 y que

amplía el concepto de “refugiado” que ofrece la Convención.¹⁶ En efecto, el Artículo 1 de la convención enmendado por el protocolo de 1967 provee la definición de refugiado en los siguientes términos:

“Una persona que, debido a un miedo fundado de ser perseguido por razones de raza, religión, nacionalidad, membresía de un grupo social o de opinión política en particular, se encuentra fuera de su país de nacimiento y es incapaz, o, debido a tal miedo, no está dispuesto a servirse de la protección de aquel país; o de quien, por no tener nacionalidad y estar fuera del país de su antigua residencia habitual como resultado de tales eventos, es incapaz, debido a tal miedo, de estar dispuesto a volver a éste...”.

En el derecho constitucional comparado también abundan, como es obvio, las referencias al asilo o al refugio, o a ambas figuras, con distinta regulación y alcance. Es el caso de la Constituciones de Costa Rica (artículo 31), Portugal (33), España (13), Honduras (101), El Salvador (28), Guatemala (27), Nicaragua (42), Brasil (4 fracción X), Colombia (36), Paraguay (43), Perú (36), Venezuela (69), Ecuador (41), Bolivia (29) y República Dominicana (46.2), por citar algunos ejemplos.

Por lo que se refiere al desarrollo legislativo del nuevo párrafo del artículo 11 cabe destacar una paradoja, puesto que en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de enero de 2011 (es decir, poco menos de seis meses antes de la publicación de la reforma constitucional al artículo 11), se publicó la “Ley sobre refugiados y protecciones complementarias” (en el mismo decreto se modifican distintos preceptos de la “Ley General de Población”). Lo curioso es que la ley se hizo antes que la reforma constitucional, cuando lo aconsejable hubiera sido a la inversa.

En relación a la ley citada, es importante considerar la definición de los supuestos que ofrece para que pueda otorgarse a una persona la condición de refugiado, en los siguientes términos:

¹⁶ Tanto la Convención como el Protocolo fueron ratificados por México el 7 de junio de 2000.

Artículo 13. La condición de refugiado se reconocerá a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, bajo alguno de los siguientes supuestos:

I. Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;

II. Que ha huido de su país de origen, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, y

III. Que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

La reforma al artículo 11 constitucional nos pone ante la reflexión de fondo acerca del papel que hoy en día tiene en nuestro mundo globalizado el derecho de asilo y refugio, es decir, el derecho de toda persona a ser recibida en un determinado Estado cuando concurren ciertas circunstancias que no le permitan seguir viviendo en el suyo propio. Se trata de un tema que nos pone frente a obvios dilemas, jurídicos y políticos. Parece difícil de sostener la universalidad de los derechos y su carácter de protecciones esenciales para todos los seres humanos, si dichas protecciones son negadas a las personas que se encuentran en la peor situación de todas: aquellas que no sólo no cuentan con la protección de su Estado, sino que son perseguidas y violentadas por éste. La desprotección en que se encuentran en todo el mundo los refugiados, los apátridas, los inmigrantes ilegales, los “sin papeles”, es algo frente a lo que no podemos cerrar los ojos.

CONCLUSIÓN

Actualmente las libertades de tránsito y de residencia tienen una gran importancia. Particularmente lo tiene el hecho de que se hagan valer universalmente, de forma que cualquier persona pueda desplazarse por cualquier país del mundo y establecer donde lo decida su residencia. Si la eficacia de dichas libertades fuera universal se terminaría con las actuales condiciones de discriminación que imperan en contra de los migrantes en muchas partes del planeta.

Por desgracia, la universalización de las libertades de tránsito y residencia se enfrenta a los discursos anticuados pero muy recurrentes sobre la soberanía de los Estados nacionales. De esos discursos se deriva la perniciosa utilización del criterio de la ciudadanía para limitar la titularidad de los derechos fundamentales, violando de esa forma lo establecido por diversos pactos internacionales de derechos humanos (varios de los cuales ya se han citado en las páginas precedentes).

Lo que se esconde detrás del discurso contra la inmigración es una profunda carga de racismo y de xenofobia. Es algo que todo Estado democrático debería superar, pues para lo único que sirve es para condenar a la ilegalidad a millones de personas que han salido de sus lugares de origen con el único e irrefutable objetivo de mejorar sus condiciones de vida. Sobre este tema Luigi Ferrajoli ha escrito dos lúcidos párrafos que me parece que expresan con meridiana claridad las consecuencias de mantener restricciones a las libertades de tránsito y residencia para quienes no son nacionales o ciudadanos del país de que se trate. Escribe Ferrajoli que "...la aceptación de las actuales políticas contra los inmigrantes y la ceguera frente a la tragedia de los miles de personas que cada año atraviesan nuestras fronteras y de las decenas que, antes de alcanzar nuestro territorio, mueren ahogadas intentando huir de nuestros controles, son posibles en la medida en que se comparte el latente racismo sobre el que se basa nuestro privilegiado sistema de vida... Las operaciones a través de las cuales los inmigrantes son expulsados o rechazados en las fronteras se deciden, al igual que las nuevas guerras, para satisfacer las pulsiones racistas y las demandas de venganza de la opinión pública (y del

electorado) de los países occidentales, que, a su vez, resultan legitimadas y reforzadas por estas políticas de muerte”.¹⁷

Debemos tener presente que en el tema de la universalidad de las libertades de tránsito y residencia se está jugando el futuro de una parte importante de la humanidad. Mantener los sistemas de restricción a los movimientos migratorios es, en primer lugar, una violación al orden jurídico internacional. Pero además, y esto es quizá lo más grave, es una violación al más elemental sentido de la dignidad humana.

Para enfrentar en parte las limitaciones a la libertad de circulación cuando las personas están en riesgo es que se crean las figuras del asilo y del refugio, las cuales deben ser otorgadas de forma generosa por el gobierno mexicano, para honrar de esa manera una tradición diplomática muy noble que en distintos periodos de la historia del país hemos tenido. México debe abrir sus puertas para proteger a las personas que son perseguidas o que sufren incontables penurias en sus países de origen.

La migración en el mundo contemporáneo es una de las vías más directas de enriquecimiento cultural, social, laboral e incluso económico de los países. Los migrantes nutren la vida de los países y deben ser aceptados con los brazos abiertos, incluso en ciertos casos por medio de las figuras del refugio y del asilo, tal como lo hemos comentado.

BIBLIOGRAFÍA

- BASTIDA FREIJEDO, Francisco, “Libertad de circulación” en ARAGÓN, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Madrid, Civitas, 2001.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *La Constitución económica*, Querétaro, Fundap, 2003.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 4ª edición, México, Porrúa, CNDH, UNAM, 2011.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, “Libertad de circulación y constitucionalismo global” en su libro *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 133-134.

- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coordinadores), *La reforma de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998.
- Colección de instrumentos jurídicos internacionales relativos a refugiados, derechos humanos y temas conexos*, varios tomos, México, CNDH, UIA, UNHCR-ACNUR, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, “Libertad de circulación y constitucionalismo global” en su libro *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.
- GARCÍA TORRES, J. y REQUEJO PAGÉS, J. L., “Libertad de residencia” en ARAGÓN, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Madrid, Civitas, 2001.