

CAPÍTULO TERCERO

¿EL ESTADO MEXICANO CUMPLE? DISCURSO O REALIDAD

I. ¿QUÉ ENTENDEREMOS POR OBLIGACIONES INTERNACIONALES?

El discurso que sostiene el Estado mexicano, contenido en el informe periódico rendido al CMW en 2011, hace visible la “intención” (entendida como *political will*) por parte del Estado de que su política migratoria se configurara mediante el pleno respeto a los derechos humanos del elemento humano venido de Centroamérica. La Ley de Migración, se erige entonces como un avance, sin embargo, —recordando lo dicho por la Organización Internacional de las Migraciones (OIM)— no puede verse como un resultado final.

Lo anterior se traduce en un vacío legal. Esta frase merece una explicación pues resultaría paradójico afirmar por un lado que la ley es un avance y por otro... un vacío. El vacío es entonces consecuencia de un ordenamiento jurídico (de avanzada siguiendo el término anterior) que se encuentra inacabado, pudiendo reconfigurarse en aspectos específicos junto con otras partes del ordenamiento jurídico mexicano, para efectos de alcanzar eficacia jurídica.

Así, a pesar de la “intención” que el Estado ha puesto en la creación de su ley debe tomarse en cuenta que el vacío existente resulta en el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. La buena fe presupuesta por parte del Estado, tan característica en el derecho internacional para efectos de compromisos convencionales, no basta para traer como consecuencia su eficacia jurídica en sede interna, misma que para nuestro objeto de estudio se configuraría con el respeto, protección y garantía de los derechos humanos de los migrantes irregulares en México. Específicamente, los artículos 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hacen una configuración preclara de los deberes generales que en este sentido, deben asumir los Estados parte de dicho instrumento, entre los que se encuentra México.³⁶²

Dichos deberes —obligaciones en otros términos— contraídas a partir de la firma, ratificación y posterior entrada en vigor de la Convención Inter-

³⁶² El Estado mexicano ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 2 de marzo de 1981.

nacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios (CIPD-TM) son asequibles en gran medida desde la sede jurídica, no únicamente porque su construcción se dé en ella, auxiliada por el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad (mencionado en otros pasajes) sino porque la articulación de políticas públicas al respecto deberá surgir con base en un cuerpo legal. Ciertamente es que como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) ha afirmado, las obligaciones comentadas no pueden ser satisfechas únicamente con disposiciones legales “que suelen ser de por sí insuficientes”³⁶³ y que necesitan de la política pública para fraguar en un plano eminentemente pragmático.

Sencillamente, para sustentar lo recién afirmado, obsérvese que el deber general de respeto construido en el Pacto de San José dice que hay un límite inexpugnable (contenido en el derecho internacional) para la acción estatal. La política pública se configura a través de estas últimas; sin embargo, sus limitantes surgen de la ley, de ahí que una construcción normativa bien realizada permita que la política pública cumpla esquemas específicos. La problemática surge entonces cuando la ley no satisface ese requerimiento.

Es así que en este capítulo se realiza un análisis comparativo entre la Convención (CIPD-TM) y la Ley de Migración (LM), con miras a determinar si esta última cumple con las obligaciones contraídas. Para tal fin tomaremos un grupo de derechos humanos reconocidos en la LM, con el ánimo de analizar su construcción normativa en el texto legal y observar si efectivamente ésta permite una garantía real de los derechos humanos. Es por esto último que el ejercicio también ve cuerpos legales conexos que si bien no se limitan a la juridificación del fenómeno migratorio irregular en México sí lo tocan en aspectos normativos esenciales (Ley de Amparo LA), Ley Federal del Procedimiento Administrativo (LFPA), Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA).

Conviene en estos términos delimitar lo que se entenderá en este trabajo por obligaciones internacionales. Este ejercicio previo se construirá a partir de algunos criterios formulados por el sistema interamericano de derechos humanos y lo dicho en diversas observaciones generales por el Comité de Derechos Humanos (CDH) y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (CEDESC).

Comencemos por la obligación de respeto, en el caso Velásquez Rodríguez, la Corte IDH considera que la obligación de respeto constituye “una

³⁶³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 3, Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a Nivel Nacional (artículo 2o.), 29 de julio de 1981, CCPR/C/13, párr. 1 y 2.

limitante en el ejercicio de la función pública; que deriva de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y en consecuencia superiores al poder del Estado, por tanto aquel no tiene legitimación alguna para llevar a cabo actos que promuevan o provoquen su menoscabo”.³⁶⁴ Súmese a esta interpretación lo que Asdrubal Aguiar aporta al decir que el menoscabo puede ser “por exceso o por defecto en sus atributos personales”.³⁶⁵

De lo que precede es observable que la obligación de respeto se construye en el Pacto de San José como una norma prescriptiva en sentido negativo, en la cual el Estado como sujeto pasivo de la obligación debe reportar un comportamiento específico con relación al sujeto activo de aquella. Esto se traduce en la imposibilidad de intromisión en distintas esferas del sujeto particular, sin embargo, debe quedar claro que esto no significaría, bajo un criterio maniqueo, la actualización de un comportamiento “omisivo”, por el contrario, si bien el resultado final de la obligación de respeto representa un límite a la acción política, el límite se construye a través de la segunda. Resulta necesario dejar claro lo anterior.

El Estado de derecho, comenta Arrocha Olabuenaga,³⁶⁶ en un sentido “doméstico”, contempla entre sus elementos formadores: 1) un orden jurídico objetivo; 2) que sea material, general e impersonal, y 3) en el cual se consignen los derechos propios del individuo frente a los cuales se detenga la acción del Estado. Dichos elementos conjugados permiten la construcción de una plataforma jurídica sobre la cual puede configurarse el respeto al ser humano, mediante la no intromisión. Sin embargo, lo anterior no determina *per se* la existencia de un Estado de derecho; pues para el caso concreto resulta indispensable, la creación de mecanismos —que la propia obligación trae implícitos— a través de los cuales, cuando el Estado incumpla su deber de respeto pueda el sujeto vulnerado exigir el cese de esta conducta o lo que de su reclamo devenga, según sea el caso y dispongan la norma interna y/o internacional aplicables. Es así que si se observa el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se verá que unido a la obligación general de respeto se añade la garantía a un recurso efectivo.

De primera mano podría pensarse que el autor de esta tesis confunde la obligación enunciada con la de garantía, sin embargo, considera que no es

³⁶⁴ Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, rondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párr. 34.

³⁶⁵ Aguiar, Asdrúbal, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, 1997, p. 132.

³⁶⁶ Arrocha, Pablo, “Consideraciones sobre el Estado de derecho en el plano internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2010, p. 139.

posible separarlas artificiosamente pues ambas se encuentran imbricadas no sólo por su origen en un sentido material (proviene de tratados internacionales) sino porque su construcción normativa necesariamente debe encontrarse unida para lograr un Estado de derecho en sentido doméstico, sede donde el presente concepto tiene arraigo, desarrollo o incluso graves muestras de inaplicación. Su unión deriva simplemente de que el concepto se fundamenta sobre normas jurídicas, pero también —como añade Arrocha Olabuenaga citando a Corell— sobre instituciones, “tanto administrativas como judiciales que administren al derecho, e individuos y agentes del Estado con la suficiente integridad para poder manejar dicha administración correctamente”.³⁶⁷

Lo anterior entonces, permite observar que junto con el derecho como fenómeno social resulta necesaria la acción racional (instrumentada por instituciones, individuos y agentes) basada en el primero para proveerle aplicación; esto se traduce en las relaciones existentes entre la legalidad, la legitimidad y la legitimación del sistema jurídico-político. Por tanto, la obligación de respeto no puede separarse de la garantía por ser su cumplimiento complementario entre sí para efectos de que el Estado goce de legitimación y se alcance un Estado de derecho que llene los parámetros apenas esbozados en las líneas superiores.

Ahora bien, la obligación de garantía, analizada en el caso *Campo Algodonero vs. México*, según afirma la Corte IDH, “implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.³⁶⁸ Su ejecución implica entonces: el investigar, sancionar y en su caso reparar cualquier violación de derechos humanos.³⁶⁹

Cabe comentar que la Corte IDH no limita el deber general de garantía al “aseguramiento jurídico” del libre y pleno ejercicio de los derechos hu-

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 178.

³⁶⁸ Corte IDH, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205, párr. 65; así como Corte IDH, caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, fondo, sentencia del 20 de enero de 1989, serie C, núm. 5, párrs. 175, también párrs. 173-188.

³⁶⁹ Véase Aguiar, Asdrúbal, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, cit., p. 134, y Sagüés, Nestor Pedro, “Obligaciones internacional y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8, núm. 1, 2010, p. 125.

manos. Es decir, en primera instancia tal aseguramiento podría verse como la juridificación del hecho, es decir la positivación del derecho humano y por tanto, *prima facie*, la existencia de un marco legal podría traer la satisfacción de los parámetros que la Corte IDH nos brinda en el concepto anterior. Sin embargo, la Corte IDH amplía su contenido en el mismo tenor que lo hace el CDH en su observación general número 34 donde interpreta las obligaciones generales de los Estados parte en su Pacto, definiendo el alcance de aquellas al decir que se impone a los Estados la garantía en el disfrute de los derechos humanos haciéndolos efectivos. Esta obligación —afirma al interpretar el organismo— es de efecto inmediato y envuelve el compromiso de adoptar las “medidas oportunas” para dictar las disposiciones legislativas, judiciales, administrativas, educativas y “demás que sean apropiadas para cumplir con los fines del Pacto”.

A esto hay que sumar lo dicho por el CEDESC respecto a la necesidad de garantizar un *minimum core obligation* para asegurar la satisfacción de un nivel mínimo esencial de cada uno de los derechos humanos que incumben a cada Estado parte. Así las cosas, obsérvese que la norma jurídica juega un papel fundamental en el cumplimiento, pero con el cual éste no termina, es decir, resulta necesario unir el marco legal con la proactividad del Estado a través de las “medidas oportunas” necesarias, que redunden en la satisfacción del núcleo mínimo apuntado.

En estos términos, como el Comité de Derechos Humanos (CDH) afirma, la acción estatal puede ser una forma de práctica interna que si no consta en la ley deberá ser juridificada a la brevedad, sin embargo, su falta de juridificación no implica su falta de legitimación por ser efectiva para la garantía de derechos humanos. Sobre lo anterior, abona de cierto modo Cançado Trindade al decir que “la responsabilidad del Estado puede ser invocada aún en caso de carencia legislativa, dado que la obligación del Estado abarca las medidas positivas que debe tomar para prevenir y penar todo acto violatorio”³⁷⁰ de un derecho humano.

Por último, la obligación de protección involucra primeramente la armonización legislativa de los sistemas jurídicos nacionales respecto a los instrumentos internacionales,³⁷¹ en este caso se hablaría de protección desde su *vis* formal; en tanto que desde una perspectiva material, implica la acción

³⁷⁰ Cançado Trindade, Augusto, “Desarrollo de las relaciones entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos en su amplia dimensión”, *cit.*, p. 63.

³⁷¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Comunicado de Prensa CGCP/241/10*, 2010, Ecuador, en http://www.cndh.org.mx/comsoc/compre/2010/COM_2010_0241.pdf.

del Estado para prevenir violaciones a los derechos humanos por parte de terceros evitando el menoscabo en el ejercicio de los derechos humanos.³⁷² Dicha obligación merece un señalamiento particular en virtud de que responde a un debate teórico hoy casi superado pero que en su momento levantó posturas contrarias en sede de teoría jurídica y política. Esta teoría es la *Drittwirkung* según la cual los derechos humanos merecen o requieren protección contra autoridades públicas así como contra particulares. Postula que “los Estados tienen el deber de asegurar a todos —incluso en las relaciones interindividuales— la observancia de los derechos garantizados contra violaciones aún por otros individuos o grupos”.³⁷³

Así pues, según Anzures Gurría, dicha teoría considera que los derechos humanos:

En tanto normas objetivas de principio influyen amplia y materialmente en todas las esferas del sistema jurídico, por tanto son normas que no se limitan a regular la relación inmediata Estado-ciudadano, sino que rigen con validez universal, en todas direcciones; aún más, su contenido jurídico fundamental impone parámetros al Estado y a la sociedad en su conjunto.³⁷⁴

Se entiende entonces que son observables también por los individuos en sus relaciones privadas, es decir, despliegan sus efectos frente a particulares y ya no sólo frente al Estado. Es por lo anterior que la obligación de protección no configura una conducta negativa del Estado con relación a la vida del particular, sino que permite la introducción del acto positivo estatal en ella, sin embargo, únicamente para fines específicos legitimados a partir de la norma jurídica, el bien común y la justicia que puedan surgir de su aplicación. De hecho esto último se imbrica de forma general con la obligación de garantía, y en este sentido el CDH en su observación general núm. 34 afirma que:

La obligación de garantía solo es posible en la medida en que se proteja a las personas, no sólo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto.

³⁷² Fondo de Población de las Naciones Unidas, *Preguntas frecuentes sobre Derechos Humanos*, en <http://www.unfpa.org/derechos/preguntas.htm>, consultado el 27 de octubre de 2010.

³⁷³ Cançado Trindade, Augusto, “Desarrollo de las Relaciones...”, *cit.*, p. 66.

³⁷⁴ Anzures Gurría, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-junio de 2010, pp. 15 y 16.

Siguiendo el marco esbozado, resulta palmario que las tres obligaciones comparten aspectos comunes entre sí. Sin embargo, ellas pueden ser instrumentadas de forma distinta ya en el ámbito jurídico o en el politológico. En el primero —centro de nuestro discurso— el derecho positivo juega un papel fundamental. Cierto es —como afirma Rojas Baez— que la obligación puede ser convencional o de aquellas que no dimanen de tratados, factor que no afecta su cumplimiento,³⁷⁵ sin embargo, en virtud de que las obligaciones estudiadas en este trabajo son por naturaleza convencionales nos centraremos en el derecho positivo, sin incurrir en debates teóricos que aquí no corresponde abordar.³⁷⁶

Justo lo que precede se realizará en dos fases, primeramente observaremos como se configuran dichas obligaciones en la Convención (CIPDTM) y en la Ley de Migración, extraeremos sus elementos principales siguiendo el marco anterior finalmente, con base en todos los argumentos vertidos a lo largo de este trabajo, veremos si jurídicamente (es decir, en los textos legales que regulan específicamente la operatividad de la autoridad competente o constituyen atribuciones y derechos) el Estado mexicano las cumple.

Comencemos entonces identificando en qué parte de la Convención se encuentra la obligación de respeto y de garantía. En su artículo 7o. se lee:

Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición (énfasis añadido).

Obsérvese que dicho artículo afirma el principio de no discriminación para el goce de los derechos humanos contenidos en la Convención, mismos que serán asequibles mediante el compromiso del Estado para “respetar y asegurar” los anteriores, quede claro que la obligación de protección está

³⁷⁵ Rojas Baez, Julio José, “El Establecimiento de la Responsabilidad Internacional del Estado por Violación a Normas contenidas en la Declaración Americana de los Derechos humanos”, *American University Law Review*, núm. 25, 2009, p. 13.

³⁷⁶ Sobre el particular, consúltese a Cebada Romero, Alicia, “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens*, y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4, junio de 2002.

implícita en el principio de no discriminación, pues partiendo de la premisa de que los derechos humanos son parámetros para la sociedad entera, su disfrute debe ser dispensado para la totalidad de los sujetos bajo la jurisdicción del Estado, y protegido de cualquier vulneración (siguiendo la *Drittwirkung*).

Estas obligaciones, como afirma Nikken, “no se limitan a «omitir» una acción lesiva contra los derechos humanos, sino que implican un «hacer» cuyo contenido es el de tomar providencias legislativas adecuadas para garantizar la efectividad del tratado en el derecho interno”³⁷⁷ dichas providencias deberán darse en dos sentidos: el primero mediante la creación de mecanismos legales para tal propósito, en tanto que el segundo será con la derogación de aquellas normas contrarias al instrumento o bien a través de la no aplicación de éstas a casos concretos cuando su interpretación sea contraria a aquel.

La Ley de Migración satisface a *prima facie* el primer sentido, sin embargo, el segundo aspecto, aún en construcción dentro del sistema interamericano, es referente al concepto de *control de la convencionalidad* que no ha sido delimitado todavía por la Corte IDH en el sentido de saber si dicho control obliga a los Estados parte con relación a todo el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos o sólo con el Pacto de San José.

Surgió con el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* y se ha decantado de forma sistemática en la *jurisprudencia constante*³⁷⁸ de la Corte IDH. Ciertamente, su articulación ha tenido un flujo natural en el seno de los tribunales, en su labor diaria. Es así que —de acuerdo a Ferrer MacGregor—³⁷⁹ el juez interno se ha erigido en juez interamericano. Sin embargo, para nuestro discurso lo más relevante del control de convencionalidad es la transformación que brinda al sistema jurídico y por supuesto a su aplica-

³⁷⁷ Nikken, Pedro, “El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en el orden interno las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, *Working Session on the Implementation of International Human Rights Protection*, Organización de Estados Americanos, marzo de 2003, p. 5, en <http://www.internationaljusticeproject.org/englishOAS.pdf>.

³⁷⁸ Corte IDH, caso *Radilla Pacheco vs. México*. excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 339; Corte IDH, caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124; Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2010, serie C, núm. 220, párrafo 225.

³⁷⁹ Corte IDH, Voto Razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010.

ción e interpretación (en México, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011, al artículo 1o.).

De su mano se abre una vena franca a la protección internacional de la persona humana obligando a las autoridades internas a sujetarse al imperio de la ley (por supuesto, también del derecho internacional), por ello, deben aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico incluidos los tratados internacionales en la materia, con ello la obligación toma un caris distinto, realmente no hay pretexto —y me refiero en sede jurídica, normativa— para incumplir pues hacerlo sería ir en contra de la propia constitución nacional y del sistema jurídico. En materia administrativa, esto se denomina *interpretación conforme a tratados* y obliga a cualquier autoridad para que su actuar se ciña a las cotas marcadas por tratados internacionales en el ánimo de lograr una protección eficaz del ser humano.

Esto último tiene relevancia para el caso en análisis en virtud de que la Ley de Migración dice en su artículo 1o. que su objeto es el de “regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros... en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos”; lo que visto a la luz de su artículo 6o. donde se afirma que “el Estado mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano”, deja ver que con independencia de la polémica, México —por afirmar constitucionalmente que los tratados de derechos humanos son ley suprema, entre los cuales se encuentran la Convención (CIPDTM), los Pactos del 66 y el propio Pacto de San José— se obliga a legislar y a interpretar siguiendo el control de convencionalidad *ex officio*³⁸⁰ como de hecho lo reconoce la Suprema Corte de Justicia de México.

Por lo anterior, resulta notorio que las obligaciones adquiridas por el Estado mexicano a través del Pacto de San José, en materia de garantía, protección y respeto deben tomarse en cuenta para cualquier caso suscitado en su sistema jurídico-político.³⁸¹ Esto último indirectamente se relaciona con

³⁸⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Varios 912/2010. Caso Rosendo Radilla Pachecho”, Pleno del 5 de julio de 2011, en <http://www2.scjn.gob.mx/Asuntos-Relevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225>, y Corte IDH, caso Rosendo Cantú y otra vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párr. 175.

³⁸¹ México ratifica el Pacto de San José el 24 de marzo de 1981, y acepta la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 16 de diciembre de 1998, véase, “Declaración de México para el reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/3-B-8-A.pdf>.

la Convención (CIPDTM) en el sentido de que el Estado mexicano deberá aplicar los tres pactos (66 y San José) orientándose en lo dicho por la Corte IDH³⁸² respecto a la delimitación de obligaciones internacionales (que puede ampliarse tomando en cuenta las observaciones generales de los dos Comités del sistema universal).

Es así que —siguiendo a la Corte IDH— las obligaciones “no se agotan con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento”,³⁸³ lo que se traduce en que no basta con que el sistema jurídico interno goce de cuerpos legales para tal propósito sino que jurídicamente se conformen los mecanismos necesarios³⁸⁴ “para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas”³⁸⁵ ejercitar los derechos protegidos, para sancionar a sus infractores y para reparar el daño causado. De hecho, en este tenor de ideas, el CDH destaca que generalmente los Estados —al rendir sus informes— ignoran información que pudiera revelar discriminación en los hechos y tan solo muestran los avances legislativos o las decisiones jurisdiccionales relevantes. Mientras que dicha información es desde luego útil para el Comité, éste considera que lo fundamental es que los derechos sean asequibles en un plano práctico mediante el fortalecimiento de las buenas prácticas que posean los Estados y no únicamente mediante cambios legales.

Es así que como afirma Nikken aunque las obligaciones son “materias conceptualmente discernibles, en la práctica es frecuente que el respeto y la garantía... lo mismo que en otros tratados que prescriban obligaciones

³⁸² Véase Castillo García, Gustavo, “Las sentencias que emita la CIDH deben ser cumplidas por el Estado mexicana: SCJN”, *La Jornada*, miércoles 6 de julio de 2011, p. 18, en <http://www.jornada.unam.mx/2011/07/06/politica/018n1pol>, y Suprema Corte de Justicia de México, “Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 5 de julio de 2011”, en <http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Documents/Taquigraficas/2011/julio/pl20110705v3.pdf>.

³⁸³ Corte IDH, caso Godínez Cruz, *cit.*, párrs. 175.

³⁸⁴ Comenta Aguilar Carvallo que en América Latina “nos enfrentamos a nuevos modelos constitucionales, que contienen un importante nivel de reconocimiento constitucional de derechos humanos, pero que no han demostrado aún un grado avanzado de efectividad en el terreno y/o que carecen de una adecuada garantía y tutela judicial” *Cfr.* Aguilar Carvallo, Gonzalo, “Derechos humanos en América del Sur (1978-2008): tendencias y desafíos”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*, México, UNAM, 2011, p. 66.

³⁸⁵ Corte IDH, opinión consultiva OC-18/2003, Condición Jurídica de los migrantes indocumentados, *cit.*, párr. 77.

generales semejantes, aparezcan estrechamente imbricados”,³⁸⁶ pues de hecho “la falta de garantía, en el orden interno, se traduce en una forma de irrespeto de los mismos; o, a la inversa el irrespeto directo se esconde tras un aparente defecto de la garantía debida”. Asimismo, si tomamos en cuenta lo dicho por el CDH, veremos que la garantía sin protección no puede existir.

Todo esto da pie, entonces, a extraer diversas conclusiones preliminares, necesarias para dar inicio al análisis que ocupará las siguientes líneas. En primera instancia que los criterios de la Corte IDH permiten una mejor comprensión y análisis de las obligaciones internacionales que México adquirió con la Convención (CIPDTM), en tanto que las formuladas por los CEDH y CEDESC permiten una ampliación conceptual que enriquece el análisis interamericano y nos permitirá, en su momento, tener un fondo argumental rico y sumamente útil. En segundo lugar que, siguiendo los anteriores criterios, la publicación de la Ley de Migración (LM) no es sinónimo de cumplimiento de obligaciones internacionales y, por último que, con independencia de la *political will* que posea México, resulta prudente analizar en sede jurídica si existen o no los mecanismos legales así como “las medidas apropiadas” necesarias para cumplir con sus obligaciones internacionales.

Para tales efectos observaremos un orden expositivo. Es así que partimos del título segundo de la LM en cuyo capítulo único se observan los derechos y obligaciones de los migrantes en México. En dicho apartado encontramos principalmente los derechos humanos a: la vida, la educación, la salud, el debido proceso y la personalidad jurídica. Cabe comentar que, por un lado la LM no incluye diversos derechos reconocidos en la Convención para todos los migrantes como el derecho humano a un empleo digno, las libertades de religión y expresión, o los derechos humanos a la seguridad social y a la vivienda; en tanto que por otro, para nuestro análisis, dejaremos fuera otros tantos como *v. gr.* el derecho a migrar y la libertad de tránsito.

Todo lo anterior no representa problema alguno para la objetividad de la investigación porque en primera instancia los derechos que se analizarán tienen una relevancia absoluta sobre el proceso vital que lleva a cabo el migrante durante su periplo. Por lo que su respeto, protección y garantía significan, llanamente, la conservación y desarrollo de su vida en condiciones dignas, no sólo físicas sino psicológicas y eminentemente sociales. Lo que precede no es un intento de subordinación o incluso eliminación de

³⁸⁶ Nikken, Pedro, “El deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos hasta las fronteras del Pacto de San José”, en Arismendi, Alfredo y Caballero Ortíz, Jesús (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Civitas, vol. 3, 2003, p. 2441.

derechos humanos, como pensando que los que se ajusten al molde legal (es decir a la LM) son valederos en tanto que los restantes se convierten en lo que Cruz Villalón denomina “derechos traslúcidos”,³⁸⁷ es decir “no derechos”. En otras palabras, no se piensa que sólo los derechos incluidos en la LM son válidos.

Por el contrario, tómese en cuenta que, con independencia de la inclusión de éstos en la LM, por el hecho de que la Constitución nacional los engloba —no sólo en su texto sino a través del bloque de constitucionalidad que construyera en su artículo 1o.— el marco jurídico interno (incluida la LM) no puede contravenirlos, desconocerlos o violarlos, pues forman parte de él. Súmese a esto, lo dicho *supra* sobre el control de convencionalidad y la interpretación que México tiene que darles a las obligaciones internacionales. Así pues, lo que se pretende aquí es comprobar si efectivamente aquellos derechos humanos en la arquitectura de la ley son garantizados, respetados y protegidos, dado que los restantes, al no encontrarse en la norma escrita mexicana (no sólo la LM sino demás cuerpos conexos) formalmente no tienen garantía de ejercicio, pues aun cuando la CIPDTM es parte del sistema jurídico interno a ella no le corresponde la tarea de construir los mecanismos legales a través de los cuales en México, dichos derechos pudieran ser asequibles, en tanto que es el marco institucional al que, con independencia de la “carencia legislativa”, le correspondería superar el obstáculo de la falta de juridificación y mediante la práctica resolver las lagunas al respecto.

Conviene comentar únicamente a manera de apertura (previa al análisis particular de los derechos mencionados) que junto con las obligaciones generales esbozadas, es decir: respeto, protección y garantía, cada derecho por su naturaleza diversa contiene obligaciones particulares. Su contenido ha sido desarrollado por los citados comités de Naciones Unidas e incluso, en cuestiones fundamentales por el Sistema Interamericano. Es por lo anterior que el análisis de los derechos se dividirá en dos segmentos, cuya separación no obedece más que a un ánimo didáctico; así veremos en primera instancia derechos civiles (vida, el debido proceso y la personalidad jurídica) y luego derechos económicos y sociales (salud y educación).

II. DERECHO A LA VIDA

En tal orden de ideas nos corresponde abordar el derecho a la vida del migrante comprendiendo de antemano que su garantía (por parte del Estado) y

³⁸⁷ Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, enero-abril, 1989, pp. 41 y 42.

su ejercicio (por parte del sujeto de derecho) conforman el eje básico en torno al cual giran la posterior garantía y ejercicio de los demás derechos humanos. Se da inicio con él por las implicaciones dibujadas apenas en las líneas superiores y porque además —en una especie de conveniencia dialógica y metodológica para el autor— el análisis de este derecho humano en la LM, en la CIPDTM y en la Constitución mexicana, ligado con el tema migratorio en la medida necesaria, harán las veces de preámbulo para el desahogo posterior del análisis de los derechos humanos apuntados.

Huertas, Cáceres, Chacón y Gómez³⁸⁸ afirman que “en esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”. Por tanto, la denegación del acceso a un trabajo y vivienda dignos, a educación, seguridad social, salud —sin mencionar otros tantos derechos humanos— obstaculiza el ejercicio de este derecho y por tal razón —siguiendo el principio de indivisibilidad— el de todo el universo de derechos restantes, concretando una especie de círculo vicioso.

Siguiendo a los mismos autores, lo que se supone necesario es que el derecho a la vida sea construido en la norma con estricto apego al principio de *effét utile*,³⁸⁹ es decir, que ésta brinde los medios necesarios para que el sujeto ejercite su derecho humano. Es así que en la Constitución mexicana el derecho a la vida no se configura del mismo modo que en el discurso internacional, o sea en el Pacto de San José o en el PIDCP, por mencionar dos ejemplos paradigmáticos. En este último, *verbi gratia*, se hace mención directa de la relación que existe entre este derecho humano y la pena capital, tómese en cuenta que el nexo nace a partir de la obligación de respeto, entendida como una omisión estatal, es decir, el Estado y sus limitantes con relación a diversas esferas inexpugnables. La vida es una de ellas.

En este sentido, el 9 de diciembre de 2005 se publica en el *Diario Oficial de la Federación*, una reforma sustancial al artículo 22 constitucional mexicano según la cual, “por congruencia y coherencia con el estado de derecho

³⁸⁸ Huertas Díaz, Omar *et al.* “El derecho a la vida desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Elementos de Juicio. Revista de Temas Constitucionales*, Colombia, núm. 2, julio-septiembre de 2006, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2381/12.pdf>, p. 110.

³⁸⁹ La Corte comenta al respecto que “esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno... Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención”, Corte IDH, opinión consultiva OC-18/2003, *cit.*, párr. 77.

y el respeto de las garantías de seguridad jurídica de la sociedad mexicana, [se dio] una necesaria correspondencia de la suscripción de los tratados internacionales en materia de derechos humanos³⁹⁰ aboliendo la pena de muerte.

De inicio pudiera pensarse que respecto a este derecho el Estado mexicano satisfizo el cumplimiento ya apuntado. Sin embargo, esto no es así por dos sencillas razones: en primer lugar porque como apuntara en su visita a México en 1999 la relatora especial de Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias³⁹¹ la existencia y posterior aumento de estos eventos tiene que ver con una influencia gubernamental notoria, ligada a la falta de mecanismos jurídicos asequibles e idóneos para salvaguardar vidas.³⁹²

Y en segundo lugar, porque siguiendo el razonamiento mencionado hace algunos párrafos, tomado de Huertas, Cáceres, Chacón y Gómez,³⁹³ el derecho a la vida no sólo se limita a la función judicial y administrativa con respecto al sistema penal o a la responsabilidad en la prevención de ejecuciones arbitrarias, sino que es tan amplio, en un sentido de integralidad en sus implicaciones, que la falta de educación, salud, empleo, vivienda, trabajo y por supuesto debido proceso vulneran el derecho humano a la vida. Entiéndase entonces que la violación de este derecho humano no es sólo la pérdida de la vida a través de un evento o de una cadena continuada de és-

³⁹⁰ *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, núm. 1610-II, jueves 21 de octubre de 2004.

³⁹¹ Comisión de Derechos Humanos, “Informe de la Relatora, Sra. Asma Jahangir, relativo a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y presentado en cumplimiento de la resolución 1999/35 de la Comisión de Derechos Humanos”, 56o. periodo de sesiones, 25 de noviembre de 1999, pp. 90-108, en www.letraese.org.mx/InformeJahangir.doc.

³⁹² En este sentido, el Comité de Derechos Humanos comenta en el examen del cuarto informe periódico de México que entre los motivos de preocupación sobre el tratamiento que este país dispensa al tema en comento, destacan: 1) que no todas las formas de tortura estén necesariamente cubiertas por la ley en México, 2) que su aumento haya crecido a partir de la alternancia en la presidencia del país (2000), y 3) que no hayan sido investigadas, que los responsables de estos actos no hayan sido sometidos a juicio y que las víctimas o sus familias no hayan sido indemnizadas. Es notoria, entonces, la falta de garantía. *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, “Examen de los Informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 40 del Pacto”, 66o. periodo de sesiones, 16, 22 y 23 de julio de 1999, párr. 6, en www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR-C-99-1_sp.doc.

³⁹³ Huertas Díaz, Omar *et al.* “El derecho a la vida desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *cit.*, p. 110.

tos (enfocados a su pérdida) que concluye con la muerte —como es el caso de la tortura—, sino que además puede configurarse mediante la no garantía de elementos vitales para la supervivencia.

Justo en este sentido, la Corte IDH ha desarrollado en su *jurisprudence constante* un derecho a la vida integral, es decir construido *ex profeso* de forma distinta a la visión clásica que lo define como una libertad esencial en la que el estado sólo tiene obligaciones negativas. Esto se debe a que la Corte ha incluido el principio de dignidad como eje rector de este derecho ampliándolo en su contenido. Para la Corte IDH³⁹⁴ es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos que, de no ser respetado, hace que todos los derechos carezcan de sentido.

Así, no sólo engloba el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. Esto quiere decir que para garantizar el derecho a la vida, se debe brindar una plataforma mínima para que el ser humano —en este caso el migrante irregular— pueda desarrollarse plenamente, alcanzando una existencia digna.

Esta pérdida, si bien no goza del elemento intencionalidad como en la tortura, por otro lado es más nociva en su gestación pues al no estar concentrada se disgrega en diversas acciones u omisiones que unidas en el tiempo se concretan finalmente en la vulneración grave del bien jurídicamente tutelado; provocando de forma sistemática la pérdida de vidas. Es por lo anterior que como destaca el CDH, en su observación general número 6, el derecho a la vida no puede ser entendido correctamente sin sumar la protección a través de medidas positivas; estas medidas según el organismo son aquellas enfocadas a incrementar la expectativa de vida “especialmente adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias”³⁹⁵ cuestiones ligadas sustancialmente con la salud y el empleo.

³⁹⁴ Véase Corte IDH, caso Comunidad Indígena Yakye Axa, sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, párr. 161; Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle”, (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 144; Corte IDH, caso “Instituto de Reeducción del Menor”, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, párr. 156, y Corte IDH, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia del 29 de marzo de 2006, párrs. 150-152.

³⁹⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 6, El derecho a la vida (art. 6), 30 de abril de 1982, en [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/84ab969](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/84ab969)

Es por lo anterior que la ley escrita se erige en componente esencial para lograr que todos estos derechos humanos, cuya garantía se traduce en la del derecho a la vida, sean asequibles. En este orden de ideas, debiera considerarse prudente que el sistema jurídico mexicano contuviera el derecho humano a la vida, no únicamente por recepción del contenido de los tratados internacionales que, en la materia, ha ratificado, sino por acción afirmativa dentro de su orden constitucional (siguiendo el principio de *effet utile*). Por ejemplo, la Constitución chilena en su artículo décimo noveno asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; idea ciertamente relacionada con la interpretación que del derecho a la vida hace la Corte IDH en el sentido de ligarla a la garantía de derechos económicos, sociales y culturales.

Colombia por otro lado afirma lacónica, en su undécimo artículo, que “el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”; hipótesis mucho más corta pero en gran medida similar a la que contiene el artículo décimo quinto de la española donde se afirma que no habrá pena capital, salvo para fueros militares en tiempos de guerra. En un tenor similar, el artículo segundo de la peruana afirma que es universal el derecho a la vida y a las integridades física, psíquica y moral; en tanto que la brasileña por su parte, en su quinto artículo, reconoce sin distinción entre nacionales y extranjeros que el derecho a la vida es inviolable.

En México, específicamente, no existe en todo el texto constitucional un apartado especial que construya un derecho a la vida. Lo anterior merece una explicación detallada. Comencemos por decir que la Suprema Corte de Justicia de México consideró en la tesis jurisprudencial P./J. 13/2002³⁹⁶ que el derecho a la vida se encuentra dispuesto en tres artículos el 1o., el 14 y el 22, para mayor claridad expositiva se cita textual la tesis en comentario:

DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. Del análisis integral de lo dispuesto en los artículos 1o., 14 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que al establecer, respectivamente, el principio de igualdad de todos los individuos que se encuentren en el territorio nacional, por el que se les otorga el goce de los derechos que la propia Constitución consagra, prohibiendo la esclavitud y todo tipo de discriminación; que nadie podrá ser privado, entre otros derechos, de la vida, sin cumplir con la garantía de audiencia, esto es, mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se sigan las formalidades

0ccd81fc7c12563ed0046fae 3?Opendocument.

³⁹⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV*, Novena Época, Pleno, febrero de 2002, p. 589.

esenciales del procedimiento; y que la pena de muerte sólo podrá imponerse contra los sujetos que la propia norma constitucional señala, protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos.

Como puede observarse esta tesis intenta construir un derecho no incluido explícitamente en el texto constitucional interpretando este último sistemática y progresivamente. Por un lado, el principio de no discriminación y el de igualdad, contenidos en el artículo 1o. son ligados al artículo 14 con relación a la garantía de audiencia concluyendo ambos en el artículo 22 de donde se abrevia la prohibición de la pérdida de la vida sin el debido proceso. A pesar de esto, la interpretación no resulta adecuada para este trabajo sencillamente porque con la referida reforma de 2005, la pena capital se abrogó de la Constitución. Sin embargo, no está por demás decir que el hecho de la reforma no tiene consecuencias determinadas en el sistema jurídico mexicano aun cuando nace a partir de la ratificación que el Senado hiciera del Estatuto de Roma.

Dicho instrumento, según afirma Becerra Ramírez, tiene como fin “hacer que los crímenes horrendos que se han dado en la historia reciente de la humanidad no queden sin castigo”³⁹⁷ y además “trata de impedir la comisión de crímenes que atentan contra la humanidad en su conjunto a través de un mecanismo de jurisdicción que asegura que los que realicen este tipo de crímenes serán llevados a la acción de la justicia”,³⁹⁸ entre ellos destaca un tratamiento integral en contra de las conductas que puedan infringir el derecho a la vida. Es así que la reforma que prohíbe la pena de muerte debiera haber sido fortalecida con el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Empero, actualmente la única mención constitucional que se hace de lo anterior es en el octavo párrafo del artículo 21 constitucional, donde mediante una reserva encubierta³⁹⁹ se deja sin aterrizar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y más aún se faculta al Ejecutivo federal y al Senado de la República para que previamente den venia de los casos que podrán ventilarse ante ella.

Cierto es que la reforma del Código Penal Federal en materia de delitos de lesa humanidad ha constituido un avance; sin embargo, el derecho a la

³⁹⁷ Becerra Ramírez, Manuel, “México ratifica el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, después de reformar la Constitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, p. 953.

³⁹⁸ *Idem.*

³⁹⁹ Véase artículo 120 del Estatuto de Roma.

vida protegido a través de un recurso efectivo —como lo tutela el PIDCP— podría verse vulnerado a través de la reserva contenida en el artículo 21 constitucional; súmese a esto que las ejecuciones arbitrarias en México han aumentado (como lo reconoce la relatora especial de Naciones Unidas en la materia)⁴⁰⁰ por lo que en sí, la reforma de 2005 representa sólo una parte del todo que debiera construirse con medidas propicias para salvaguardar esta *vis* del derecho a la vida enfocada a las ejecuciones arbitrarias y al sistema penal.

En otro sentido, sin embargo, la tesis jurisprudencial citada hace algunas líneas resulta relevante en sí por el ánimo de construcción jurídica que emana. El derecho a la vida en la Constitución mexicana no se encuentra explícito, es así que podría construirse a través de diversos preceptos en su arquitectura, específicamente se considera prudente tomar en cuenta el artículo 4o. constitucional, numeral que sin ánimo de perder objetividad pareciera un genuino “cajón de sastre” en el cual se insertan la igualdad de género, libertades atinentes a la conformación del núcleo familiar, derecho humano a la alimentación, derecho a la salud, a un medio ambiente sano, a la protección del niño (siguiendo el principio del interés superior de la niñez), a una vivienda digna y al acceso a la cultura y a la práctica del deporte.

Cierto es que, de algún modo, pareciera por su característico polifaceticismo retomar el criterio de la Corte IDH respecto a la garantía de derechos económicos, sociales y culturales como mecanismo para salvaguardar el derecho a la vida. Sin embargo, la falta de una mención particular empobrece lo anterior y sólo a través del precedente jurisprudencial podemos tomar una base lógica que nos permita acercarnos al derecho a la vida en México.

Cabe recalcar que en una tesis aislada, en donde no se menciona la unión de los artículos 1o., 14 y 22, la Suprema Corte se ha decantado en un sentido muy similar a lo dicho por la Corte IDH y el citado CDH; sin embargo, esta tesis deja una cuestión pendiente que habría que dilucidar con el ánimo de saber si efectivamente en México se protege el derecho a la vida, específicamente del migrante irregular.

DERECHO A LA VIDA. SUPUESTOS EN QUE SE ACTUALIZA SU TRANSGRESIÓN POR PARTE DEL ESTADO. El derecho a la vida impone al Estado una obligación compleja, en tanto que no sólo prohíbe la privación de la vida (que se traduce en

⁴⁰⁰ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, “Informe de la Relatora, Sra. Asma Jahangir, relativo a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y presentado en cumplimiento de la resolución 1999/35 de la Comisión de Derechos Humanos, Visita a México”, E/CN.4/2000/3/Add.3, 25 de noviembre de 1999, párr. 12 y 13.

una obligación negativa: que no se prive de la vida), sino que también exige que, a la luz de la obligación de garantizar el pleno, libre y efectivo ejercicio de los derechos humanos, adopte medidas positivas para preservar ese derecho en el ámbito legislativo, judicial y administrativo. En ese sentido, existe transgresión al derecho a la vida por parte del Estado no sólo cuando una persona es privada de la vida por un agente del Estado, sino también cuando éste no adopta las medidas razonables y necesarias aludidas, como son las tendientes a preservarla, a minimizar el riesgo de que se pierda en manos del Estado o de otros particulares, y las necesarias para investigar efectivamente los actos de privación de la vida.

¿Se deben tomar como medidas positivas para preservar ese derecho, en el ámbito legislativo, la inclusión del mismo en el texto constitucional? Con base en todo lo argumentado anteriormente ¿es de considerarse que esa “inclusión” sería el mínimo referente para su protección? Ahora bien, la CIPDTM en su artículo 9o. es muy explícita y clara al decir que “el derecho a la vida de los trabajadores migratorios y sus familiares estará protegido por ley” renglón que bajo una interpretación —no tendente a la exégesis aunque sí a una sana literalidad— afirma que el derecho deberá estar construido en norma, no para ser válido, pues para el caso concreto esta característica se encuentra allende cualquier positivación, sino por protección, congruencia del sistema jurídico y por si fuera poco para dar cumplimiento a obligaciones internacionales.

Es así que de nueva cuenta el hecho de que constitucionalmente no se construya el derecho en el texto, podría considerarse —sin necesidad de incurrir en un análisis más profundo— como el incumplimiento de obligaciones internacionales, específicamente de protección y garantía para los migrantes; situación notoria a todas luces cuando se lee el artículo 1o. y se dice que sin distinción de nacionalidad todos los seres humanos en territorio mexicano gozan de los derechos reconocidos en esta Constitución.

Resulta asimismo llamativo, en este tenor de ideas, que en la Ley de Migración no se menciona el derecho a la vida del migrante. Si se quiere, podría tomarse en cuenta lo dicho por la citada ley en su artículo 6o. donde se estatuye la garantía a los derechos humanos reconocidos en los tratados y convenios internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. Así podría decirse que a través del Pacto de Derechos Civiles y Políticos el Estado protege el derecho a la vida en México por su recepción en el sistema jurídico nacional. Sin embargo, el mecanismo convencional de este instrumento se ha decantado a este respecto diciendo que el Pacto no es supletorio del derecho común ni del penal en los Estados parte. Por tanto el razonamiento resultaría inútil.

Súmese a esto que aun cuando la CIPDTM o el Pacto de San José bajo el argumento anterior pudiesen proteger el derecho, la Corte IDH ha reconocido que la obligación de garantía involucra reconocimiento jurídico, luego entonces el hecho de que no exista una norma específica al respecto contraviene el compromiso.

Lo anterior nos remite entonces a la cuestión que la Suprema Corte de Justicia de la Nación dejó abierta en su última tesis aislada citada al decir que, sin el derecho a la vida, no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos.

Esto se traduce en que el ejercicio de los demás derechos se imbrica entre sí para permitir la vida (como se argumentara antes). Con estas dos perspectivas útiles para mirar un mismo derecho humano es sencillo concluir que, con base en la teoría de pensamiento jurídico tomado por este trabajo (positivismo), si no hay construcción normativa que proteja el derecho a la vida, estamos frente a lo que Cruz Villalón denomina derechos traslucidos, pues ni siquiera nos encontramos ante la figura de los “derechos de papel” creada por Guastini, en virtud de que no hay “papel” donde este derecho se reconozca explícitamente.

El derecho a la vida ya como freno a su pérdida arbitraria, o como garantía de elementos para la supervivencia, en México no ha sido escrito. Lo anterior trasciende al fondo de la protección a los demás derechos humanos que en líneas posteriores expondremos. Es así que los migrantes en México (específicamente aquellos con estatus irregular) por la inexistente positivación del derecho a la vida y de los mecanismos que permitan su garantía y protección, se encuentran en un estado de indefensión. Como se mencionara en las primeras líneas del presente párrafo esta situación trasciende al ejercicio de los demás derechos humanos que imbrican su realización con el derecho humano analizado. Sin embargo, con independencia de la situación esbozada, resulta grave la laguna de derecho fomentada en este sentido.

Súmese a lo que precede la falta de medidas administrativas y judiciales propicias para prevenir por un lado la pérdida arbitraria de la vida y por otro, para permitir el pleno ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales. Resultaría necesario en este tenor traer a colación la masacre de migrantes en San Fernando Tamaulipas, realizada por grupos delictivos en agosto de 2010. El semanario *Proceso*⁴⁰¹ destacó, respecto a este evento, la colusión de las autoridades mexicanas con grupos delincuenciales, que a

⁴⁰¹ Véase Gil Olmos, José, “La matanza de Tamaulipas, sólo una muestra”, *Proceso*, México, núm. 1765, 29 de agosto de 2010, pp. 8-14.

través del secuestro, la explotación y el sicariato, hacen de la migración irregular un negocio ilícito y subrepticio, muy rentable, el cual generalmente culmina con la muerte o el menoscabo de la vida del migrante.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos destaca que la corrupción es un elemento *sine qua non* para el mantenimiento de este contexto. En este sentido dicho organismo afirma que:

El enfoque actual de gestión del flujo migratorio ha permitido la constancia de actos de corrupción que facilitan al crimen organizado penetrar las estructuras de las instituciones migratorias y policiales y, por ende, la comisión no sancionada de delitos de secuestro, tráfico de migrantes y trata de personas”.⁴⁰² A esto suma el citado organismo “la falta de acceso a mecanismos de denuncia que ayuden a terminar con la impunidad”⁴⁰³ que permitan “la protección efectiva” de este grupo vulnerable.

Con lo anterior no sólo es visible una omisión exagerada por parte de la autoridad mexicana, con relación a la garantía y protección del derecho a la vida, sino una colusión evidente con relación al elemento que vulnera al migrante irregular. No sólo en relación con la prevención del delito que trae como consecuencia la muerte, sino por la acción contraria a la obligación por parte del servidor público que, abusando del poder conferido en virtud de la función que realiza, viola el derecho a la vida de forma sistemática.⁴⁰⁴ A esto hay que sumar el menoscabo en el ejercicio de otros tantos derechos humanos, que más adelante analizaremos con mayor detenimiento.

E incluso, es propio pensar en la familia del migrante, quien vive en carne propia la movilidad humana y sufre de estos menoscabos manifiestamente; la inclusión de esta nota en el presente apartado obedece únicamente a esa vocación integral del derecho a la vida que se ha venido manejando en nuestro discurso. Justamente, las mujeres y los niños, como han comentado con pulcritud los comités para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las mujeres y de los derechos del niño, respectivamente⁴⁰⁵ sufren de una vulnerabilidad aún mayor —si es propicio esbozarlo

⁴⁰² Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Informe Especial sobre secuestro de migrantes en México”, p. 33, en http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2011_sec_migrantes.pdf.

⁴⁰³ *Ibidem.* p. 36.

⁴⁰⁴ Aristegui, Carmen, “Entrevista de Carmen Aristegui a Rupert Nox y Rubén Díaz Figueroa”, *Victimas Invisibles: Migrantes en Movimiento en México, CNN en español*, Denver, Colorado, 29 de abril de 2010, en <http://www.youtube.com/watch?v=e8mfhPM6LY0>.

⁴⁰⁵ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discrimi-

así— debido a la cual, por condiciones ajenas a su control, se les niega igualdad de derechos con relación a otros miembros o grupos de su entorno, si a esto sumamos el hecho de su movilidad ligada indefectiblemente a la irregularidad de su estatus migratorio en los países de recepción, veremos que la familia del migrante requiere de mecanismos específicos para proteger su derecho a la vida, así como el universo restante de derechos humanos.

Lo dicho apenas tiene un peso sumamente relevante cuando quien inicia el periplo es una mujer, el derecho internacional le tutela el mismo contenido de derechos humanos que a cualquier hombre que migra. Su protección es compleja, pues dicho lacónicamente por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de las Mujeres: “Las trabajadoras migratorias enfrentan peligros asociados tanto con el sexo y el género como con su Estatus migratorio”.⁴⁰⁶

Por otro lado, “las cuestiones relativas a [la protección de] los derechos humanos de los niños no están circunscritas por las fronteras nacionales y es cada vez más necesario concebir respuestas regionales e internacionales apropiadas para una amplia gama de cuestiones que [les] afectan”.⁴⁰⁷ Es así que su derecho a la vida debe ser ampliamente garantizado. El Comité de los Derechos del Niño ha determinado que los niños migrantes (incluso los acompañados) viven una “situación de emergencia”.⁴⁰⁸

Obsérvese pues la importancia y complejidad que emana de la protección de estos grupos vulnerables, ligados ya por el nexo familiar con el mi-

nación en contra de las Mujeres, “Recomendación General núm 21: La igualdad en el Matrimonio y en las Relaciones Familiares”, 13 periodo de sesiones, 4 de abril de 1994, párrs. 8, 10 y 11; Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 13, “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, 60 periodo de sesiones, 2011, párrs. 35 y 37; Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 6, “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, 39 periodo de sesiones, 2005, párrs. 18, 19 y 20.

⁴⁰⁶ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de las Mujeres, “Recomendación General núm 26: sobre las trabajadoras migratorias”, 42 periodo de sesiones, 4 de abril de 2008, párr. 15, véase párrs. del 16-21.

⁴⁰⁷ Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 2, “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”, 31 periodo de sesiones, 2002, párr. 29.

⁴⁰⁸ Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 13, “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, 60 periodo de sesiones, 2011, párr. 35 y 37.

grante o por la necesidad de iniciar el movimiento. Esto mismo se replica para los casos en los que la familia no sigue al migrante en su periplo y sufre enormemente en el país de residencia por una asimetría no sólo causada por la pobreza sino también por la discriminación.⁴⁰⁹

III. DEBIDO PROCESO

Para dar inicio al análisis de este derecho humano debemos, primeramente, conocer los elementos que lo conforman, comprender el contenido de estos y luego unirlos entre sí para avizorar en qué consiste el debido proceso en México, específicamente en lo que le corresponda a la Ley de Migración. Por lo anterior, en lugar de brindar una panorámica general de este derecho humano con relación al sistema jurídico mexicano (lo cual desde luego es deseable aunque superaría los límites de este trabajo), nos enfocaremos a analizarle con relación a la Ley de Migración, específicamente respecto al procedimiento administrativo migratorio. El acercamiento que pueda hacerse al citado derecho humano, a lo largo de este trabajo, sin duda será perfectible. Sin embargo, se tomarán parámetros de interpretación establecidos por organismos internacionales para que los resultados del análisis sean lo más puntuales y objetivos posibles.

Antes de dar inicio es propicio reseñar que, como se verá en las líneas posteriores, el debido proceso no sólo se limita al ámbito de aplicación de la materia penal ni tampoco a la función jurisdiccional. Resulta fundamental hacer esta aclaración para no confundir corrientes teóricas cuya intención de definir el “debido proceso” puede enturbiar el presente trabajo. García Ramírez refiere por ejemplo que no hay una definición del término,⁴¹⁰ sin embargo, resulta útil comentar que en este trabajo se tomará la conceptualización del debido proceso sustantivo, entendido por Gozaíni como “la concordancia de todas las leyes y normas... y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del derecho”;⁴¹¹ es decir, siguiendo a Colombo Campbell⁴¹² —quien cita a Linares Quintana— es la exigencia

⁴⁰⁹ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de las Mujeres, Recomendación General núm. 21, párr. 8.

⁴¹⁰ García Ramírez, Sergio, “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 117, vol. XXXIX, 2006, p. 632.

⁴¹¹ Gozaíni, Alfredo, “El debido proceso en la actualidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, proceso y constitución*, julio-diciembre de 2004, núm. 2, p. 62.

⁴¹² Colombo Campbell, Ricardo, “El debido proceso constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 2004-1, 2004, p. 181.

de que los actos de la autoridad se ajusten, no sólo a la ley (*lato sensu*) sino al sentido de justicia contenido en ella.

Pudiera pensarse que la adopción de este concepto trasciende a la congruencia del trabajo con relación al marco teórico adoptado: el positivismo. Empero, y sin ánimo de dar inicio a un debate al respecto, aquí se afirma que el debido proceso no sólo tiene una naturaleza eminentemente adjetivada, es decir, no sólo se desarrolla por los linderos de su perspectiva procesal en la ley (como se definió en su principio histórico⁴¹³ el *due process of law*). Por el contrario, la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, amén de su positivación, que es rasgo fundamental para su defensa y garantía en un plano práctico, se inspira en principios,⁴¹⁴ mismos que nutren la validez del debido proceso, no sólo como procedimiento, sino como derecho humano. En palabras de Gozaíni “el debido proceso es el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio”.⁴¹⁵

Esta evolución del debido proceso que pasa de ser garantía en un sentido atado a la legalidad positivista y por tanto al procedimiento como mecanismo, no se desvincula totalmente de ella, pero se sustantiva y convierte en un ideal que debe alcanzarse a través, justamente, de su *vis* procesal. Es por eso que aquí se observa el debido proceso sustantivo y se toman sus elementos (como medios procesales) para garantizarlo, dado que así —sin ánimo de incurrir en juegos de palabras— permite, a su vez, la garantía de los demás derechos humanos.

Retornando entonces a la no limitación del debido proceso en el ámbito penal, es así que, de acuerdo al desarrollo jurisprudencial interamericano dado a este derecho humano, abarca “*mutatis mutandis* otros procedimientos a través de los cuales se determinen los derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal y de otra índole”.⁴¹⁶ Entre esta “índole” de procedimientos, se encuentran los migratorios por ser de naturaleza administrativa. Dicha afirmación se desprende del criterio sostenido por la Corte IDH en el caso *Loren Laroye Riebe Star y otros vs. México*, en donde afirma que “el de-

⁴¹³ Ortíz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, *cit.*, pp. 7 y ss.

⁴¹⁴ Cianciardo, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de Distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre, pp. 893 y 903.

⁴¹⁵ Gozaíni, Alfredo, “El debido proceso en la actualidad”, *cit.*, p. 67.

⁴¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre terrorismo y derechos humanos” OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5, Rev. 1 corr., 22 de octubre 2002, en <http://www.cidh.org/terrorism/span/indice.htm>, párr. 219.

bido proceso... es aplicable a procedimientos administrativos tanto como a los judiciales”,⁴¹⁷ esta tesis proviene, según García Ramírez de “un caso manifiesto de interpretación extensiva *pro homine*, con alcance general”.⁴¹⁸ La propia Corte IDH da una explicación al respecto en el caso Baena Ricardo *vs.* Panamá, al decir que:

Las sanciones administrativas son como, las penales, una expresión del poder punitivo del Estado. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas... Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas.⁴¹⁹

Así las cosas, entre los actos administrativos que afectan al migrante, destaca para nuestro estudio, el de tipo migratorio contenido en la Ley de Migración (título sexto de la ley), cuerpo legal que rige una rama específica del derecho administrativo nacional. Cabe anotar además que la deportación, también como acto administrativo, dentro de este apartado, gozará de especial relevancia.

Ahora bien, como se mencionara *supra* extraeremos los elementos sustanciales del debido proceso, relativos a la esfera administrativa, contenidos en los pactos de San José y de Derechos Civiles y Políticos, la Convención (CIPDTM), la Constitución mexicana y la Ley de Migración. Con esto nos concentraremos de mejor forma en el análisis que posteriormente versará sobre el cumplimiento de obligaciones internacionales, ligado a este derecho humano, con relación a los migrantes centroamericanos en México. El método será tomar en lo conducente lo interpretado por la Corte IDH en relación con los artículos 8o. y 25 del Pacto de San José, referentes al debido proceso, y subsidiariamente abreviar de la observación general número

⁴¹⁷ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Loren Laroye Riebe Star *vs.* México, párrs. 46 y 65-70. En el mismo sentido se suma el Comité de Derechos humanos en su Observación General número 8, de 1982. En el caso Loren Laroye, la CIDH afirma que “la administración pública debe actuar conforme a la legalidad y a los principios generales de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, permitiendo a los destinatarios de los actos administrativos ejercer su derecho de defensa”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz *vs.* México, Informe núm, 49/99, 13 de abril de 1999, en <http://www.cidh.org/annualrep/98span/fondo/mexico%2011.610.htm>.

⁴¹⁸ García Ramírez, Sergio, “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *cit.*, p. 637.

⁴¹⁹ Corte IDH, caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, excepciones preliminares, sentencia del 18 de noviembre de 1999, serie C, núm. 61, párr. 106.

32 del CDH, de comunicaciones individuales realizadas por el mencionado Comité, así como de ciertos extractos del texto constitucional, leyes federales y tesis jurisprudenciales nacionales.

Comencemos por el Pacto de San José. La Corte IDH determinó en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala* que el debido proceso, “significa un límite al... poder del Estado”.⁴²⁰ Sumado a lo anterior, el tribunal ha afirmado en varias ocasiones⁴²¹ que “se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier... acto del Estado que pueda afectarlos”.⁴²² De lo anterior puede inferirse primeramente que “las instancias procesales” abarcan toda índole de procedimientos ante autoridades del Estado. Y seguidamente, que el debido proceso constituye un derecho humano elemental cuyo ejercicio es la llave para “garantizar el reclamo de otros derechos humanos”.⁴²³ Y los elementos que lo construyen son entonces, medios para lograr ese fin.

La Corte destacó, respecto al debido proceso en materia administrativa, que:

Es un derecho humano el obtener las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas...⁴²⁴

⁴²⁰ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de junio de 2005, serie C, núm. 126, párr. 78.

⁴²¹ Corte IDH, Opinión 18/03, *op. cit.*, párr. 123; caso *Baena Ricardo vs. Panamá*, párr. 124; caso *Yatama vs. Nicaragua*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. sentencia del 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127, párr. 147; caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999, serie C, núm. 54, párr. 102, entre otros.

⁴²² Corte IDH, caso *Ricardo, Baena y otros vs. Panamá*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de febrero de 2001, serie C, núm. 72, párrs. 124 y 125.

⁴²³ Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, *cit.*, p. 3.

⁴²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 de septiembre de 2007, en <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>, párr. 104.

Retornando al Pacto de San José, en sus artículos 1o., 8o. y 25 se configura Este derecho humano afirmando que los Estados parte tienen el deber general de respetar y garantizar los derechos consignados en él, para todos los seres humanos (artículo 1o.). Entre estos derechos, se encuentran las garantías judiciales (artículo 8o.) en las cuales se contienen los elementos del: 1) acceso a la jurisdicción; 2) ante un juez competente, independiente e imparcial previamente establecido por ley; 3) dentro de un plazo razonable, y 4) con las debidas garantías de un juicio justo. Asimismo se tiene derecho a 5) un recurso sencillo y efectivo ante las violaciones al Pacto (artículo 25).

Además de los elementos esbozados antes, dentro de cualquier proceso que resulte en una sanción, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, *inter alia* 6) a la notificación previa en detalle de los cargos que se le imputan, 7) derecho a no declararse culpable, 8) a un traductor si no entiende la lengua de la curia, 9) derecho a la representación letrada, 10) a reunirse libremente con su abogado, 11) a preparar su defensa a través de testimonios y peritos, 12) a la asistencia consular, y 13) a recurrir el fallo del juez de la causa. Este listado responde esencialmente a la ampliación de las “garantías judiciales” y por ende a la evolución del debido proceso —como afirman García Ramírez y Ortiz Ahlf— enfocado a la protección de los derechos humanos. En este sentido el tribunal interamericano ha afirmado que dichas “... garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho... en toda circunstancia”.⁴²⁵

Ahora bien, si nos centramos en el debido proceso administrativo dispensado para el migrante (con independencia de su estatus migratorio), el tribunal ha afirmado en su opinión consultiva 18/03 que los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, como eje transversal del Pacto de San José, para efectos de protección a migrantes, deben ser la base operativa de este derecho humano. El órgano afirma en este sentido que

para que exista «debido proceso legal» es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia.⁴²⁶

⁴²⁵ Corte IDH, El hábeas corpus bajo suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, serie A, núm. 8, párr. 25.

⁴²⁶ Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16, párr. 117.

Lo anterior, afirma el tribunal internacional, es en razón de que “los migrantes, se encuentran en situación de desigualdad real que puede derivar en la afectación del debido proceso si no se adoptan medidas especiales para compensar la indefensión en la que se encuentran”.⁴²⁷ Por lo anterior el tribunal internacional considera que aunados a los elementos enunciados *supra*, en materia migratoria (administrativa), se debe gozar de 14) garantía de audiencia, 15) de fundamentación en la decisión administrativa que afecta sus derechos, 16) de publicidad en esta última, 17) así como del derecho al plazo razonable del proceso administrativo. El ejercicio y garantía plena de este universo de derechos particulares rompería con la desigualdad mencionada.

Esto último reviste capital importancia para nuestro análisis subsecuente, pues se demostrará cómo el desequilibrio existente, en un plano jurídico, entre los migrantes y los nacionales provoca un estado de indefensión para los primeros (más cuando estos ingresaron irregularmente al país); pues aunque en esencia pareciese que los elementos de su debido proceso se encuentran protegidos a nivel constitucional y legal (a través de la Ley de Migración) resulta, por otro lado, notorio, que en un plano material éstos no se encuentran positivados ni gozan de los mecanismos jurídicos propicios para dejar de ser únicamente un abstracto.

Ahora bien, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el debido proceso se encuentra mayormente en todo el artículo 14. Su configuración resulta *prima facie* muy similar a la realizada en el Pacto de San José, sin embargo, el artículo en cita tiene peculiaridades propias sobre las cuales se harán algunas consideraciones. El CDH ha realizado una labor interpretativa importante respecto al artículo en cita, específicamente en lo ligado al ámbito del derecho administrativo y por ende a la cuestión migratoria. Esto último se liga con lo dicho por el tribunal interamericano en el sentido de que el debido proceso rige también los parámetros de los actos y procedimientos provenientes del Poder Ejecutivo. De manera muy puntual el Comité señala, en su observación general número 32, un análisis del artículo por oraciones, en las cuales destaca sus elementos:

La primera oración del párrafo 1 establece una garantía general de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, que rige con independencia de la naturaleza de las actuaciones ante estas instancias. La segunda oración de este mismo párrafo consagra el derecho de las personas a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente e imparcial, establecido por la ley si se enfrentan a una acusación de carácter penal o si se trata

⁴²⁷ *Ibidem*, párr. 19.

de determinar sus derechos y obligaciones de carácter civil... Los párrafos 2 al 5 del artículo prevén las garantías procesales de que disponen las personas acusadas de un delito. El párrafo 6 establece un derecho sustantivo a la indemnización cuando se haya producido un error judicial.⁴²⁸

Esta sencilla delimitación del espectro contenido en el artículo 14, permite extraer una conclusión preliminar: el numeral en comento se divide en dos segmentos sustantivos, uno orientado al debido proceso en materia penal y otro al debido proceso en otras materias.⁴²⁹ El primero se sostiene sobre el párrafo inicial (como garantía genérica en cualquier proceso ante el Estado) y luego se particulariza en los párrafos subsecuentes (del 2o. al 7o.) mediante hipótesis muy específicas que nominan derechos y mecanismos de defensa al respecto. Por otro lado, el segundo encuentra sustento principalmente sobre el primer párrafo del artículo, éste es su núcleo básico y por tanto el que interesa al presente apartado (se cita para fines de claridad expositiva):

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. (2) Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores (énfasis y numeración añadidos).

⁴²⁸ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 32, artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 23 de agosto de 2007, CCPR/C/GC/32, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/74/PDF/G0743774.pdf?OpenElement>, párr. 3

⁴²⁹ Esta distinción obedece a que cada materia tiene un tratamiento específico para efectos de administración de justicia, que se rigen por principios procesales y sustantivos diversos. Sin embargo, a final de cuentas todos guardan entre sí la necesidad de que, como partes esenciales de un sistema jurídico, inserto a su vez en un sistema político (generalmente democrático), obedecen a los principios de congruencia y jerarquía, por tanto a pesar de su especificidad, deben encontrarse en el mismo rasero que lo dispuesto en una norma superior. En este caso la norma es el pacto. Al respecto Gozaíni, Alfredo, *El debido proceso en la actualidad*, cit., pp. 69 y ss.

Ahora bien, cuando el Comité interpreta lo relativo al derecho de acceso a los tribunales y cortes de justicia en pie de igualdad, retoma el principio de no discriminación para afirmar que este derecho no está limitado a los nacionales sino que es abierto al extranjero, es decir al migrante;⁴³⁰ por lo que cualquier frustración *de jure* o *de facto* en el acceso mencionado es una violación notoria al derecho humano en cuestión. La igualdad también se refleja en la posibilidad de entablar una acción contra cualquier otra persona (entiéndase que el Estado es una persona moral en México según el Código Civil Federal) y en la disposición de asistencia letrada pues esta última “determina con frecuencia que una persona pueda tener o no acceso a las actuaciones judiciales pertinentes o participar en ellas de un modo válido”.⁴³¹

Por otro lado el Comité realiza una interpretación muy interesante, relativa al tema que nos ocupa, en relación con el debido proceso en materia “civil”. Para comprenderla partamos de la segunda oración del primer párrafo del artículo 14 en la que se consagra la garantía de audiencia y el acceso a la jurisdicción competente, independiente e imparcial, “en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal... o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. Dentro de la Comunicación individual núm. R.25/112 iniciada por Yvon Landry contra Canadá (1982), el CDH aclaró que la determinación de derechos y obligación de “carácter civil” “se basa en la naturaleza del derecho de que se trata más que en la condición jurídica de una de las partes o en el foro que señalan”.⁴³²

Con lo anterior el CDH aborda un aspecto específico que la Corte IDH dejó subyacente en la interpretación que daba a la “índole” de procedimientos del artículo 8o. pues no sólo amplía el concepto (quizá bajo el principio *pro homine*) sino que considera la determinación del debido proceso con base en el derecho violado (“en la naturaleza del derecho”), esto se traduce en hacer su contenido sustantivo y no sólo adjetivo, de tal suerte que el debido proceso abarca —para el Comité— todo el universo de derechos humanos sin necesidad de que la curia (discrecionalmente) o la ley (bajo un ámbito personal) limite el goce del derecho.

⁴³⁰ La observación general 32 afirma que “el derecho de acceso a los tribunales y cortes de justicia y a la igualdad ante ellos no está limitado a los ciudadanos de los Estados partes, sino que deben poder gozar de él todas las personas, independientemente de la nacionalidad o de la condición de... trabajador migratorio”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, observación general 32, *cit.*, párr. 9.

⁴³¹ *Idem.*

⁴³² Comité de Derechos Humanos, comunicación núm. R.25/112, 27 periodo de sesiones, 8 de abril de 1986, en [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/2b7d046b653e1a4bc1256f5e005a5b3b/\\$FILE/112-1981s.pdf](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/2b7d046b653e1a4bc1256f5e005a5b3b/$FILE/112-1981s.pdf).

En un sentido análogo, la observación general número 32 afirma que dicho concepto abarca “las nociones equivalentes de derecho administrativo”.⁴³³ En tal orden de ideas el procedimiento administrativo debe regirse por el debido proceso legal, no únicamente en lo relativo a la parte procesal (como medio para un fin) sino que, desde su nivel sustantivo, en vista de la naturaleza del derecho en análisis, que es la de permitir el reclamo de las violaciones practicadas contra el universo de derechos restante. Es así que el Comité amplía el debido proceso no sólo a cuestiones penales sino también a las administrativas, ligadas con la migración, como ya tantas veces se ha mencionado a lo largo de estas líneas.

Sin embargo, el Comité realiza dos aclaraciones sustanciales respecto a nuestro tema administrativo-migratorio. La primera es sobre la delimitación conceptual que hace de los términos “tribunales y cortes de justicia” a través de los cuales el debido proceso podrá ser ejercido; el Comité afirma que son tribunales “aquellos de naturaleza judicial”.⁴³⁴ Lo anterior goza de gran trascendencia para nuestro análisis porque en un primer momento, cuando se analicen el procedimiento administrativo migratorio y la deportación como acto administrativo, se verá que el migrante podrá recurrir a este último por la vía administrativa. Sin embargo, esto no exime a la autoridad administrativa de satisfacer el núcleo mínimo de garantías contenidas en el artículo 14. Por otro lado, como se verá en su momento, el migrante tiene la vía jurisdiccional para defender sus derechos, ya de forma ordinaria, a través del juicio contencioso administrativo o bien, de forma extraordinaria, mediante el amparo.

En segunda instancia, el CDH ha realizado un apunte diferente de lo que la Corte IDH ha interpretado como “garantías judiciales” en relación al tema migratorio, específicamente a las cuestiones ligadas con la deportación. La observación general número 32 afirma tajantemente que la garantía construida en la segunda oración del párrafo primero en el artículo 14, “no se aplica a los procedimientos de extradición, expulsión y deportación”.⁴³⁵ Esto, según la lógica de que la deportación se regula en el Pacto dentro del artículo 13 mismo que no cae en la determinación de derechos que contempla el artículo 14 en su segunda oración.⁴³⁶ Lo anterior

⁴³³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32, *cít.*, párr. 16.

⁴³⁴ *Idem.*

⁴³⁵ *Ibidem*, párr. 17.

⁴³⁶ Comité de Derechos Humanos, comunicación núm. 1341/2005, 89 periodo de sesiones, 12 al 30 de marzo de 2007, en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/)

no significa que, de acuerdo a este razonamiento, el migrante se encuentre en estado de indefensión, pues en materia de deportaciones “se aplican directamente la garantía de igualdad de todas las personas ante las cortes o tribunales de justicia... así como los principios de imparcialidad, equidad e igualdad de medios procesales implícitos en esa garantía”.⁴³⁷

Justo de lo que precede es posible observar, primeramente la liga entre los artículos 13 y 14 del Pacto en materia de debido proceso legal migratorio, por decirlo de algún modo. Seguidamente, el artículo 13 reconoce la garantía de audiencia, el derecho a un recurso efectivo ante tribunales superiores competentes así como a la defensa y asistencia letrada. Lo anterior junto con lo referente a la garantía y principios apuntados en el párrafo anterior, configuran el debido proceso legal del migrante en el Pacto. Sin embargo lo preocupante sería que éste sólo reconociera esos derechos al “extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte”. Esto último echaría por tierra la protección universal dispensada por el Pacto en virtud del criterio cerrado del Estado y sus fronteras como única esfera de aplicación jurídica (según se vio en capítulos anteriores).

Con base en la frase final del párrafo precedente, conviene observar el debido proceso en uno de nuestros objetos de estudio principales, la CIDPTM. A diferencia de los instrumentos internacionales comentados la Convención contiene una normativa importante al respecto, no sólo respecto al debido proceso penal sino que también abunda en lo relacionado a la deportación como acto administrativo sujeto al principio de legalidad. Lo más relevante de la CIDPTM es el hecho de que como instrumento del sistema universal, se inspira en el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos y construye variaciones específicas a derechos, orientándolos hacia las especificidades del migrante, intentando así disminuir las diferencias apuntadas hace ya algunos párrafos. Por supuesto que el debido proceso no puede sustraerse a esto.

Aunado a las ideas recién plasmadas, cabe recalcar que dicho instrumento —no sólo en lo referente al debido proceso sino en el universo de derechos que contiene— representa una evolución cualitativa del derecho, en virtud de que se orienta de forma específica y minuciosa a la defensa, desde la norma, de un grupo vulnerable. Es verdad que lo anterior se refleja regularmente desde la década de los cincuenta con el estatuto del refugiado y del apátrida, luego con la Convención de 1989 sobre Derechos del Niño y finalmente con lo referente a migrantes, sin embargo, en esta última se par-

ab5e76d737cf362fc12572d500488560? Opendocument.

⁴³⁷ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32, *cit.*, párr. 62.

tió de diferencias sociohistóricas entre los discursos de la comunidad internacional, es por tanto un instrumento de reivindicación y protección, que legítima al migrante como un ser pleno de derecho. No tan sólo como una víctima de la circunstancia humana (política, económica, jurídica incluso) que se debe proteger.

En virtud de lo anterior daremos inicio con el artículo 18 de la Convención e iremos anotando los elementos del debido proceso a lo largo de otros tantos numerales en el instrumento. Su redacción es muy similar al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de hecho sólo aumenta los términos de “trabajadores migratorios y sus familiares” a lo largo del texto como especificando el ámbito personal de la Convención; este patrón se repite con regularidad en gran parte del citado artículo. Ahora bien con relación al tema que nos ocupa que es el debido proceso, específicamente, en materia migratoria es prudente ver el primer párrafo del artículo 18. Podemos destacar que sus elementos son: 1) igualdad ante la ley y tribunales de justicia; 2) acceso a la jurisdicción; 3) garantía de audiencia; 4) debidas garantías, y 5) acceso a un juez competente, independiente e imparcial.

Visto así, junto con estos elementos, resultan destacables los contenidos en el artículo 22 de la Convención. En él se tutela la prohibición a la expulsión colectiva erigiéndose como límite el principio de legalidad así como el estudio individualizado de cada caso. Consecuentemente se le reconoce al migrante un debido proceso en la materia, más especificado —obviamente por *ratione materiae*— que en el Pacto de 1966; en primera instancia se exige que la decisión de expulsarle 1) sea realizada por autoridad competente, 2) de forma fundada, motivada y por escrito, 3) sin dilación excesiva y se le otorga 4) la suspensión del acto reclamado hasta en tanto no se resuelve el fondo de la decisión de expulsarle. En particular, el artículo 23, reconoce que en caso de expulsión, se informará al migrante sobre su derecho a la asistencia consular sin demora, y correlativamente configura el deber de las autoridades del Estado para facilitar el ejercicio de ese derecho.

Accesoriamente es destacable lo dicho en los artículos 16 y 17. El primer artículo consagra que, dentro de un proceso, el migrante tendrá derecho a 5) asistencia gratuita de un intérprete, así como en su caso a 6) una indemnización por error judicial. El segundo artículo (el 17.3 de la Convención) afirma que:

Todo trabajador migratorio o familiar suyo que se encuentre detenido en un Estado de tránsito o en el Estado de empleo por violación de las disposiciones sobre migración será alojado, en la medida de lo posible, en locales distintos de los destinados a las personas condenadas o a las personas detenidas que esperen ser juzgadas (énfasis añadido).

La disposición anterior deja ver claramente una diferencia entre el tratamiento otorgado al migrante en materia administrativa y el que se le brinda en materia penal. No puede olvidarse que cuando se infringen disposiciones migratorias, se realiza una conducta ilícita, pero que no constituye delito alguno. Es quizá por lo anterior que la Convención nomina diversos derechos correlativos al debido proceso en un sentido adjetivo. Esto significa que además del debido proceso a secas, que rige en cualquier materia, los grupos de trabajo que crearon el instrumento observaron que junto al de tipo penal, que por la naturaleza de su contenido debe encontrarse delicadamente construido para su ejercicio, existía —si bien no una laguna— sí un espacio vacío con relación al tema de la deportación y la expulsión, ligadas al debido proceso. Para solventar lo anterior la CIPDTM configura derechos específicos para el migrante, entre ellos este debido proceso en materia administrativa, es decir migratoria.

Con base en lo todo lo anterior, y siguiendo el ánimo de conjuntar lo dicho en este apartado, podemos concluir preliminarmente que, en primer lugar, el debido proceso rige también las actuaciones administrativas, que sus elementos varían entre los sistemas universal y regional (interamericano) y que, sin embargo, se tutela de forma muy amplia al migrante. Asimismo, si se buscara tener una nómina del contenido del debido proceso administrativo tendríamos que dividir los elementos en dos grandes grupos, uno enfocado al debido proceso administrativo en la esfera ejecutiva y otro en la esfera jurisdiccional. Respecto al primero, los elementos principales son: 1) garantía de audiencia; 2) igualdad ante la ley y tribunales de justicia; 3) fundamentación en la decisión administrativa que afecta sus derechos; 4) publicidad en esta última; 5) derecho al plazo razonable del proceso administrativo; 6) asistencia consular, y 7) asistencia letrada gratuita.

Respecto al segundo: 1) acceso a la jurisdicción; 2) a juez competente; 3) tutela judicial efectiva; 4) juicio justo; 5) a recurso efectivo ante tribunales superiores competentes; 6) derecho a la defensa y asistencia letrada y gratuita; 7) derecho a comunicarse con su defensor de forma confidencial; 8) derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; 9) no ser obligado a declarar ni a confesarse culpable; 10) indemnización por error judicial, y 11) asistencia consular.

Es momento propicio para analizar en lo conducente la Constitución y la Ley de Migración, la primera únicamente a la luz de la interpretación internacional referida; dado que sobre la segunda versará la médula del presente análisis, tomando la nómina recién apuntada para observar si la Ley de Migración satisface todos los elementos anteriores contenidos en aquella. La Constitución de México menciona solamente en una ocasión al debido

proceso, específicamente en su artículo 18, enfocado a la esfera penal.⁴³⁸ Sin embargo, aquel se configura sucintamente en sus artículos 14 y 16 junto con lo conducente del artículo 17. Aunado a ello es menester tomar en cuenta, que el debido proceso constitucional mexicano también abreva y se construye con base en los tratados internacionales que citaremos a continuación en virtud de que estos instrumentos gozan de nivel constitucional construyendo el “bloque” mencionado con anterioridad.

En el primero se afirman que “nadie podrá ser privado de... sus... derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”, El segundo establece que “nadie puede ser molestado en su persona... sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”, en tanto que el tercero menciona que “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos”. Lo anterior construye un espectro muy básico del debido proceso a través del acceso a la jurisdicción, la garantía de audiencia, la fundamentación y motivación del acto de autoridad así como la tutela efectiva. Ahora bien en el artículo 103 y 107 del mismo texto constitucional se encuentra el fundamento del “recurso efectivo” necesario para configurar el debido proceso. El juicio de amparo toma carta de naturalización en estos dos artículos, dentro del primero delimita su ámbito de aplicación, en tanto que en el segundo dibuja, en líneas generales, sus principios y prosecución a reserva de que en su ley reglamentaria minuciosamente se desarrolla, tanto en cuestiones materiales como procesales.

Ahora bien, pasemos al centro de nuestro estudio: la Ley de Migración. En su undécimo artículo se puede leer:

Artículo 11. En cualquier caso, independientemente de su situación migratoria, los migrantes tendrán derecho a la procuración e impartición de justicia, respetando en todo momento el derecho al debido proceso, así como a presentar quejas en materia de derechos humanos, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución y demás leyes aplicables.

El artículo hace girar sobre el debido proceso la procuración e impartición de justicia. En este tenor de ideas el hecho de mantener general el uso del término justicia, que en el contexto del artículo no hace referencia directa al contenido axiológico de la palabra sino a su teleología compren-

⁴³⁸ Artículo 18... En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas...

diendo al debido proceso como medio para lograrla. Esto no quita sustancia al derecho humano analizado, sino que lo plantea en su perspectiva eminentemente adjetiva, de una suerte tal que también en la procuración e impartición de justicia se contienen, siguiendo las interpretaciones vaciadas en los párrafos precedentes, diversos aspectos del debido proceso; sencillamente el acceso a la justicia y la tutela efectiva. En tanto que, sin nominar con mayor puntualidad, se permite ver al debido proceso a la luz de los tratados internacionales ratificados por México, siguiendo el artículo 6o. de la ley. Ejercicio que ya se ha realizado.

Por último cabe decir que el artículo no adjetiva al debido proceso dentro de la esfera jurisdiccional o administrativa, por tanto, siguiendo lo dicho por la Corte IDH y el CDH, se entenderá que el debido proceso administrativo es tutelado en el artículo undécimo de la Ley de Migración, con todas las particularidades y elementos contenidos en la nómina ya apuntada hace algunos párrafos.

Por otro lado, en su artículo 70, el citado cuerpo legal configura el debido proceso en la esfera del procedimiento administrativo migratorio, para migrantes irregulares. En él incluye derecho de audiencia, a un traductor, a un intérprete y a la fundamentación y motivación del procedimiento.

Es momento propicio para analizar en qué medida tiene eficacia el debido proceso en la Ley de Migración. Comencemos por decir que del título sexto, lo sustancial en el análisis de este derecho humano con relación al migrante irregular centroamericano —según refiere el artículo 68— serán la 1) verificación y revisión migratorias, 2) la presentación de extranjeros (denominado aseguramiento en la Ley General de Población), 3) regularización de situación migratoria, y 4) retorno asistido y deportación. Todos estos actos administrativos, podrán darse de forma continua o diferida, sin embargo, de acuerdo a la ley de la materia y a su ordenamiento supletorio (Ley Federal del Procedimiento Administrativo) tendrán que ser fundados, motivados y respetar derechos humanos del migrante.

Ahora bien, su eficacia jurídica se ve afectada por la falta del Reglamento de la Ley (LM), mismo que en diversos pasajes de aquella se erige como la llave de paso para poder articular los mecanismos mencionados, sin desnaturalizarlos. ¿Por qué se afirma esto? La respuesta resulta sencilla, de forma paulatina se verá la razón. Para dar respuesta a lo anterior conviene iniciar con la diferencia sustancial entre la verificación (artículos 92 y 96) y la revisión (artículos 97 y 98) migratorias. *Prima facie*, puede pensarse que su objetivo esencial es realizar un control migratorio adecuado en México; sin embargo, la primera se hace necesaria para migrantes (*lato sensu*) que hayan realizado un trámite migratorio y quienes, dado el caso, incumplan

con las obligaciones que enuncia la ley respecto a su ingreso o estancia. Esto se relaciona con el registro de extranjeros que opera la Secretaría de Gobernación, con fundamento en la Ley General de Población (aún vigente en ciertas partes). Por otro lado, la revisión se enfoca a observar en distintos puntos del territorio nacional, qué migrantes (no registrados ante la Secretaría) incumplen con lo establecido en la Ley de Migración.

En virtud de que el migrante irregular venido de Centroamérica incumple con lo establecido en la ley, ésta da competencia a la autoridad migratoria (e incluso a la policiaca, artículo 81) para presentarlos ante las estaciones migratorias dependientes del Instituto Nacional de Migración.⁴³⁹ Este procedimiento se denomina presentación y es definido en su artículo 100 como “la medida dictada por el Instituto mediante la cual se acuerda el alojamiento temporal de un extranjero que no acredita su situación migratoria para la regularización de su estancia o la asistencia para el retorno”. Partiendo de la interpretación auténtica anterior, el siguiente eslabón en la cadena del procedimiento sería, por un lado la regularización, el retorno asistido o la deportación, entendida esta última como sanción administrativa.

En tanto esto se determina, el migrante permanecerá en la estación migratoria donde tendrá derecho (según el artículo 109) al debido proceso. El Instituto tendrá que resolver la situación del migrante en un plazo no mayor de 15 días, plazo que sólo podrá ser extendido, *v. gr.* cuando el migrante interponga un recurso administrativo o judicial (entiéndase juicio contencioso o amparo) en que se reclamen cuestiones inherentes a su situación migratoria, la reclamación provendrá del acto administrativo que el Instituto emita.

Ahora bien, antes de pasar al retorno asistido y a la deportación, resulta necesario esclarecer en qué consiste el procedimiento administrativo en materia de regulación migratoria dado que puede concluir en cuatro supuestos, tres de los cuales terminarían con la salida del migrante de México. Lo vital aquí no es el hecho de la salida en sí, pues en tanto ésta se verifique siguiendo los parámetros del debido proceso, no hay incumplimiento de obligaciones internacionales. Sin embargo, el problema surge cuando son los resquicios en la propia ley los que dan pie al incumplimiento. Comencemos el abordaje de la problemática teniendo en mente que la ley determina —en su exposición de motivos— que dicho procedimiento sirve esencialmente para los extranjeros que dentro del territorio nacional acrediten parentesco con mexicanos (artículo 133) o busquen el cambio de calidad migratoria (ya

⁴³⁹ A menos que sea cuestión penal, pues en ese caso las autoridades que intervenirían serían los Ministerios Públicos, ya estatales o federales según la conducta que se investigue y sea presumiblemente componente de un delito.

por vencimiento o cambio de condiciones de estancia). Ahora bien, en caso de que el procedimiento resulte como desea el extranjero (es decir, migrante) éste podrá continuar su estancia para los fines legales que le convengan.

El procedimiento, sin embargo, puede traer como consecuencia la actualización de tres hipótesis que inciden directamente en la esfera de derechos del migrante. La primera sería la concesión, sobre la cual no hace falta ahondar, en tanto que la segunda y tercera surgirían a partir de la solicitud de regularización que podría culminar con el silencio o con la respuesta negativa del Instituto respectivamente, hechos que devendrían en la salida del migrante.

En los casos del segundo y tercer supuestos, resultaría necesario satisfacer los requisitos enunciados en el artículo 135 de la ley para dar inicio al trámite. En este contexto el migrante tendría que: 1) solicitar por escrito la regularización de la situación migratoria anotando además la irregularidad en la que incurrió, 2) presentar documento oficial que acredite su identidad, 3) demostrar a través de un documento oficial si tiene vínculo con mexicano, 4) acreditar el pago de una multa determinada por la ley (que va entre 20 y 40 salarios mínimos vigentes en el Distrito Federal) y, accesoriamente, 5) dar cumplimiento a lo previsto en la ley, y demás disposiciones aplicables (Reglamento de la Ley General de Población y Manual de Procedimientos del Instituto), todo ello para adquirir la condición de estancia que el Instituto le otorgue discrecionalmente.

Asimismo, se solicitará una visa, a través de petición escrita que deberá ser presentada ante la representación consular del país del que provenga el solicitante (artículo 127) para ser resuelta en un plazo no mayor de 10 días hábiles (artículo 129), misma que, una vez completada le será remitida al Instituto en un plazo no mayor de 30 días naturales, para que éste decida sobre la forma migratoria adecuada a la condición que, hipotéticamente, le podría conceder al migrante. Para ello gozaría de 20 días hábiles (es decir, un mes). En caso de que el Instituto considerara que la solicitud no satisfizo todos los requisitos necesarios podría requerir al solicitante para subsanar los faltantes, otorgándole 10 días al efecto; sin embargo, si el migrante no lograra satisfacer los requerimientos o incluso si a vista de la autoridad el pedimento se contrapone a las disposiciones de la ley, el trámite se negaría. Asimismo, si el Instituto le diera entrada y transcurrido el término de 20 días, no dictara medida alguna al respecto, operaría la negativa *ficta*.

Debe apuntarse, que en el segundo supuesto (la negativa de la regulación) es notorio cómo el exceso de facultades discrecionales junto con la falta de reglamento vulnera la igualdad procesal del migrante irregular por las diferencias (terminológicas, conceptuales y sustantivas) que tiene la ley

con relación al Reglamento de la Ley General de Población aún aplicable. Esto es claro cuando se toma en cuenta que el procedimiento está pensado primordialmente para migrantes ingresados regularmente, cuya estancia se troca irregular en un determinado momento. Junto a esto, se verá que los requisitos impuestos al migrante para iniciar el trámite no sólo los enuncia la ley sino también el citado Reglamento e incluso el Manual de Procedimientos del Instituto; estos dos últimos pensados para regular procedimientos diferentes a los de la ley, únicamente enfocados a migrantes regulares. De hecho la única analogía posible entre la regulación construida en la ley con los procedimientos del Reglamento, es el procedimiento de cambio de calidad migratoria contenido en el último, mismo que por su propia naturaleza está pensado para migrantes regulares.

En este contexto, la autoridad migratoria tendría que ligar los ordenamientos mencionados con miras a resolver el trámite en comento, para determinar, discrecionalmente, la calidad migratoria que le correspondiera al solicitante en caso de cumplir los requisitos establecidos. Así pues, los requisitos y parámetros impuestos por el Reglamento y por el Manual del Instituto, resultan de difícil satisfacción, principalmente porque la naturaleza de estos elementos no corresponde a la facilitación en el ingreso del elemento humano, sino para restringirlo, baste decir al respecto que la autoridad migratoria puede negar el cambio de calidad migratoria por estimar lesivo para los intereses económicos de los nacionales la estancia del migrante (artículo 106 del Reglamento). Aún con esto el migrante tiene que sortear el velo de discrecionalidad y cumplir los requisitos, como condición necesaria. En este orden de ideas, si no lo logra devendrá la negativa a la regulación.

Ahora, la incidencia en la esfera de derechos se determina, cuando con posterioridad a la negativa ficta o al rechazo expreso de conceder la regulación, el migrante no goza de un medio de defensa real para rebatir la decisión estatal, vulnerándose flagrantemente el debido proceso. En este sentido, el artículo 109 de la ley conglomerada los derechos de los migrantes en las estaciones migratorias y entre ellos, al efecto destaca el de la interposición de un recurso efectivo contra las resoluciones del Instituto. Este recurso sería el de Revisión, en consonancia con el 227 del Reglamento de la Ley General de Población. Dicho medio de impugnación se reglamenta en la Ley Federal del Procedimiento Administrativo misma que es supletoria de la de migración.

En dicho cuerpo legal el recurso administrativo de revisión se rige por tres principios procesales: dispositividad (el derecho es rogado), instancia de parte agraviada y estricto derecho, los cuales provocan que sólo el interesado pueda interponer el recurso y que además, en el hipotético caso de inter-

ponerle, tenga que cumplir con todos y cada uno de los requisitos de fondo y forma enunciados en la ley para que no se declare improcedente, pues de lo contrario el medio de impugnación se desplomaría, al efecto se destacarán tres razones básicas. La primera relativa a la legitimación del agraviado como parte en el recurso: el artículo 19 de la LFPA afirma que quien goce de capacidad de ejercicio podrá actuar por sí o por medio de representante, quien se decante por la segunda opción necesitará que la delegación se acredite a través de carta poder firmada ante notario público con dos testigos. En esta hipótesis, el migrante necesitaría salir de la estación migratoria para poder delegar su representación ante dicho funcionario, solicitando previamente un permiso expreso al personal en la estación a través del que se autorizará su salida momentánea, esto a partir de una decisión discrecional.

En caso contrario, podría el notario salir de su recinto y erigirse como tal en la estación migratoria. Sin embargo, lo anterior representaría una erogación importante⁴⁴⁰ para el migrante, sumada a la de su representación que generalmente no sería gratuita. En caso de que el migrante deseara por sí, interponer la demanda, tendría que solicitar a través de un nuevo escrito un permiso para salir de la estación, el cual bajo el cobijo de la discrecionalidad —igual que para el ingreso del notario— podría conceder o no la autoridad.

La segunda cuestión es referente a la satisfacción estricta de los requisitos que la ley enuncia para tener por presentado en tiempo y forma el recurso cuyo cumplimiento, siguiendo los citados principios, es fundamental para desarrollar el procedimiento del mismo, dado que si no se cumplen la administración pública podrá desechar el recurso, con lo que el acto continuaría

⁴⁴⁰ En virtud de que en Veracruz el Instituto Nacional de Migración tiene una estación migratoria, se tomó esta zona como ejemplo para demostrar la erogación citada. Personal del Instituto (quienes solicitaron no citar su nombre en este trabajo) comentaron que el notario podía erigirse como tal en la estación, previa solicitud que de esto se hiciera por escrito. Una vez aprobada, el funcionario podría realizar su función. En este contexto, la ley del notariado de Veracruz (2009, artículo 34) dice que el notario obtendrá sus ingresos del cobro de sus funciones con base en el arancel que al propósito se realice. Actualmente el único arancel vigente es el publicado en 1967, anacrónico y en desuso (según se le informó al autor en el Colegio de notarios del estado). Por tal razón el 15 de diciembre de 2011, se entrevistó a personal de la Notaría 1o. de Acayucan (quienes tuvieron el mismo pedimento que los funcionarios entrevistados del Instituto), ahí se nos informó que por un trámite de esa naturaleza se cobrarían: 1) mil quinientos pesos, en lo referente a la preparación del mandato, y 2) otros mil quinientos pesos, por cada hora que el notario se encontrara realizando la diligencia; dando un total mínimo de tres mil pesos que erogar, es decir casi dos meses de salario mínimo general en la zona (55.07 salarios).

en sus efectos. En este sentido *prima facie* puede pensarse que los requisitos son elementales para garantizar certeza en el procedimiento. Sin embargo, la exigencia de documentación específica y más aún la falta de asesoría para que el migrante los satisfaga (recuérdese que la ley concede el derecho de asistencia letrada al migrante pero no configura la obligación del Instituto para ofrecerla) provoca que el recurso sea ineficaz.

La tercera es referente a la suspensión del acto impugnado. Esto debido a que el artículo 87 de la LFPA dice que la interposición del recurso suspenderá los efectos del acto, cuando expresamente lo solicite el promovente y sólo cuando no se contravengan disposiciones de orden público. Esto último con relación al artículo 1o. de la ley en donde se afirma que sus disposiciones son de este calado, se traduce en la imposibilidad de aplicar la medida cautelar, dado que la negación del trámite se comprende bajo este esquema. En este contexto, el acto continuaría en sus efectos, y paradójicamente el migrante no podría iniciar el juicio contencioso administrativo hasta en tanto no recaiga resolución al recurso (artículo 1o. LFPCA) lo que sin duda daría pie a su salida sin más. En el mismo orden de ideas tampoco podría hacer lo propio con el juicio de amparo, dado que el procedimiento de regularización —a diferencia de la deportación— no es un acto de imposible reparación, cuya naturaleza importe excepción al principio de definitividad.

Por otro lado si el migrante optara por la vía jurisdiccional a través del juicio contencioso administrativo, no se encontraría con el problema de la legitimación como parte en el proceso⁴⁴¹ pero sí con la carga de la sustanciación de un juicio en etapas, el cual si bien tiene un margen más amplio de interpretación respecto a derechos humanos por lo dispuesto al respecto en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, en un plano

⁴⁴¹ Según nos informó el actual oficial de protección a la infancia de la delegación del Instituto Nacional en Veracruz (quien nos pidió omitir la mención de su nombre en este trabajo), luego de que el migrante es presentado ante el Instituto Nacional de Migración, se le realiza una entrevista en la que se busca determinar su nacionalidad. Con base en ella se levanta un acta circunstanciada en la cual la autoridad migratoria le reconoce al migrante personalidad jurídica. Es así que, con fundamento en el artículo 15 de la LFPCA, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con dicha acta (junto con todo lo actuado en el expediente del migrante, donde se le reconozca como tal) podría reconocerle legitimación procesal al migrante, dado que su fracción segunda dice que: “El demandante deberá adjuntar a su demanda: ... II. El documento que acredite su personalidad o *en el que conste que le fue reconocida por la autoridad demandada* (énfasis añadido). Así pues, para efectos del juicio, el reconocimiento de la personalidad devendría en legitimación en la causa, máxime porque el acto vulnera al migrante y éste puede demostrar plenamente su interés jurídico.

práctico se tornaría insostenible para el migrante, primeramente porque si solicitara una medida cautelar para suspender los efectos del acto, esta tendría que realizarse por cuerda separada, sustanciándose en aproximadamente ocho días,⁴⁴² resultando necesario además, que el migrante brindara garantía suficiente para obtener la medida.

Súmese a esto que el artículo 28 de la LFPCA afirma que la medida no se puede conceder si se contravienen disposiciones de orden público (aquellas contenidas en la ley lo son). Por si esto fuera poco, correspondería al migrante la *onus probandi* respecto a la ilegalidad del acto, dado que se presume su legalidad, situación no menos vulneradora dado que si el migrante no posee asesoría letrada podría ofrecer pruebas fuera de los parámetros fijados y, si bien la valoración de la prueba se basa en la *sindéresis* del juez, por otro lado su admisión y preparación son tasadas, por lo que podría verse indefenso respecto al acto. En este orden de ideas, la consecuencia más lógica sería la negación de la medida, la sustanciación del juicio (en tanto el migrante se mantiene en la estación migratoria) la segura confirmación del acto y su ejecución.

En vista de todo lo anterior, resulta visible la relación existente entre el procedimiento de regularización y el debido proceso en virtud de que al migrante se le niega la garantía de audiencia, primeramente por no permitirle salir de la estación a defender sus intereses a menos que discrecionalmente la autoridad así lo decidiera; en segundo término porque aunque se le reconoce (artículo 109) el derecho a aportar pruebas y a alegar dentro del procedimiento (no sólo al impugnar con el recurso) —siguiendo el reglamento como norma de operatividad— el migrante sólo puede aportar los requisitos que mencionan las disposiciones aplicables para convencer a la autoridad de la concesión. Junto con lo anterior se vulnera el derecho al plazo razonable del proceso, por tenerle privado de su libertad, en la estación migratoria en tanto se resuelva el recurso, o el juicio contencioso, procedimientos que no son sumarios. Todo lo anterior resulta en un incumplimiento manifiesto de la obligación de garantía.

Súmese a esto una notoria violación al elemento de igualdad y no discriminación que estructura al debido proceso (como se viera antes) surgida a

⁴⁴² La LFPCA en su artículo 25 afirma que luego de dictar el acuerdo que admite el incidente de petición de medidas cautelares, el magistrado instructor ordenará correr traslado a quien se impute el acto administrativo, pidiéndole un informe que deberá rendir en un plazo de tres días. Con posterioridad, dentro del plazo de cinco días contados a partir de que haya recibido el informe o que haya vencido el término para presentarlo, el magistrado instructor dictará la resolución en la que, de manera definitiva, decreta o niega las medidas cautelares solicitadas.

partir de la mencionada aplicación conjunta de la ley y el reglamento de la Ley General de Población. Lo anterior se debe a que, para obtener la regulación, es condición *sine qua non* satisfacer los requisitos nominados en ambos cuerpos legales. Los del último son a todas luces inatinentes para migrantes irregulares en virtud de que el único procedimiento análogo en el reglamento, que podría asimilarse forzosamente al de regulación, es el de cambio de condición migratoria. Procedimiento a todas luces pensado para migrantes regulares. Así pues, la exigencia de su cumplimiento discrimina al migrante irregular y lo sitúa en la indefensión.

En este orden de ideas, es tiempo de observar la deportación como parte del procedimiento administrativo migratorio. De inicio tómesese en cuenta que, por la necesidad de aplicar la Ley de Migración bajo los parámetros del reglamento de la Ley General de Población, actualmente no hay separaciones en la aplicación de los dos procedimientos de salida de extranjeros, es decir, el retorno asistido y la deportación respectivamente. La diferencia entre ambos es sustancial y radica en que el retorno es voluntario (nace a partir de la solicitud del migrante) y se rige no sólo por la ley o el reglamento, sino en el marco de la cooperación y gestión multilateral del tema por un memorándum internacional⁴⁴³ cuyo objetivo es el de:

Establecer un mecanismo regional de cooperación que garantice la repatriación digna, ordenada, ágil y segura de nacionales guatemaltecos, salvadoreños, hondureños y nicaragüenses a sus respectivos países de origen que se encuentren a disposición de las autoridades migratoria mexicanas.⁴⁴⁴

En un sentido distinto, la deportación es una sanción administrativa a través de la cual el migrante se ve forzado a salir del territorio nacional y que surge a partir de la comisión de un acto ilícito, en otros términos, durante su verificación no se toma en cuenta la voluntad del migrante al respecto. Su sustento jurídico esencial se encuentra en el artículo 11 de la Constitución, en tanto que el legal se encuentra en el artículo 144 de la Ley de Migración donde se mencionan las hipótesis en razón de las que surgiría

⁴⁴³ Secretaría de Gobernación, “Memorándum de entendimiento entre los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, de la República de el Salvador, de la República de Guatemala, de la República de Honduras y de la República de Nicaragua para la repatriación digna, ordenada, ágil y segura de nacionales centroamericanos migrantes vía terrestre”, firmado en la ciudad de San Salvador, El Salvador, 5 de mayo de 2006, en http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/689/1/images/MEMO_R15.PDF

⁴⁴⁴ Artículo 1o., “Memorándum de entendimiento...”.

como acto administrativo. Así pues, el migrante que se haya internado al país sin la documentación requerida o por un lugar no autorizado para el tránsito internacional de personas será sujeto de deportación.

¿Pero qué es la deportación? La Suprema Corte de Justicia de la Nación comenta al respecto:

Es el acto jurídico administrativo dictado por la autoridad migratoria para hacer abandonar el territorio nacional al extranjero que no reúne o deja de satisfacer los requisitos sanitarios, migratorios o ambos para su internación y permanencia en nuestro país.⁴⁴⁵

Ahora bien, el concepto anterior reúne en pocas líneas los elementos de la deportación como acto administrativo. Conviene entonces observar los derechos que el migrante irregular posee durante su sustanciación, así como el recurso efectivo que deviene luego de que se decreta, pues en este último es donde radica esencialmente un aspecto sustancial del debido proceso.

En términos generales, el artículo 122 de la ley, consagra durante el procedimiento de deportación los derechos a: 1) notificación del procedimiento administrativo migratorio, 2) asistencia consular, 3) comunicación con su familia o representantes legales, 4) recepción de información del procedimiento, 5) posibilidad de interposición de un recurso efectivo contra las resoluciones del Instituto, 6) traductor o intérprete, y 7) asesoría legal. Con independencia de estos derechos, que podrían representar un freno ante la actividad arbitraria del Estado, la discrecionalidad que rige el acto es elemento decisivo para el ejercicio de estos derechos, particularmente porque la nómina de derechos enunciados no tiene un correlato específico de obligaciones estatales construidas al efecto.

En este sentido, cuando se aplica la LM con relación al RLGP surgen lagunas y antinomias legales que promueven la indefensión del migrante; mismas que deben ser llenadas a partir del arbitrio estatal, esto no significa que la ley permita una interpretación restrictiva de derechos o que por otro lado, el funcionario tenga atribuciones explícitas de interpretación. Sin embargo, la redacción que contiene la Ley de Migración permite lo anterior con parámetros muy amplios. Por ejemplo, la LFPA consigna en su artículo 36 que las notificaciones personales se harán en el último domicilio del mi-

⁴⁴⁵ SUSPENSIÓN DE OFICIO. PROCEDE DECRETARLA DE PLANO CONTRA LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS ORDENADA POR UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA CON FUNDAMENTO EN LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN, tesis: P./J. 80/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, núm. 170578, diciembre de 2007.

grante, así esto tendría verificativo en las instalaciones de la estación migratoria donde se encontrara.

En este orden de ideas la primera hipótesis del artículo 122 dispone la notificación del acto deportatorio, y en consonancia a esto el numeral 211 del RLGP dispone que cuando se decreta la deportación de un migrante “la orden de expulsión se ejecutará de inmediato, previa notificación personal”. Esto deja ver que si bien, ficticiamente se respeta el derecho a notificación,⁴⁴⁶ por otro lado la inmediatez de la ejecución nulifica del todo el efecto deseable que la misma podría reportar, es decir brindarle al sujeto garantía de defensa. ¿Qué defensa puede tener el migrante al que se le informa su deportación, un minuto antes de ejecutarla?

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define lo “inmediato” como aquello que sucede sin tardanza, entonces la autoridad migratoria tiene, bajo el calificativo de lo “inmediato”, un nicho de acción que permite la discrecionalidad rayando en arbitrariedad. Ni las normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias del Instituto ni su manual de procedimientos regulan un lapso específico que marque un término para ejecutar la orden de deportación. El artículo 3o. del primer ordenamiento sólo dice que generalmente no podrá exceder de 90 días su estancia en la estación. Por tanto, entre lo inmediato y 90 días hay una gran cantidad de minutos que, en un sentido práctico, podrían ser usados para lograr una efectiva defensa del migrante.

La defensa no se configuraría a través del recurso de revisión ni del juicio contencioso, sino por medio del amparo. Lo anterior se debe en primer lugar a que, el debido proceso como derecho humano del migrante, ve en el amparo la herramienta de defensa natural, dentro del sistema jurídico mexicano, por su vocación protectora y porque además la Constitución permite la defensa de derechos de caris internacional gracias a la reforma del 10 de junio de 2011, en segunda instancia ello se debe a que la Ley de Amparo de 1936 reconoce en diversos artículos (17, 22, 39 *inter alia*) que la

⁴⁴⁶ En este contexto, debe tomarse en cuenta lo siguiente: la orden de deportación se hará del conocimiento del migrante a través de notificación personal. La Ley Federal del Procedimiento Administrativo dice (artículo 9o.) que el acto válido (en este caso la deportación) será eficaz y exigible (o impugnabile desde otra perspectiva) a partir de que surta efectos la notificación legalmente efectuada. En tal orden de ideas, siguiendo la supletoriedad de dicha ley, en el artículo 321 del Código Federal de Procedimientos Civiles se dice que toda notificación surtirá efectos al día siguiente al en que se practique. De lo anterior resulta visible que la inmediatez exigida en el reglamento, para la ejecución del acto deportatorio, interrumpe el plazo legal que se le debiera dar al justiciable para que el acto surtiera efectos.

deportación es un acto encuadrado en el artículo 22 de la Constitución, es decir entre aquellos que ponen en peligro la vida y la libertad personal; por tal razón se excusa del principio de definitividad⁴⁴⁷ y sin tocar baranda puede interponerse contra una orden del Instituto. Lo sustancial no es el hecho de que exista dicho medio de defensa, sino que su relación con la temática —específicamente con el debido proceso del migrante— radica en la falta de tutela efectiva.

En este sentido, la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación de México, contempla que dicha tutela se conforma por cuatro elementos: el acceso a la justicia, el debido proceso, la obtención de sentencia y la ejecución de aquella. En este contexto el acceso a la justicia no sólo se limita a garantizar el acceso formal *stricto sensu* a la instancia judicial “sino comprende además el derecho a la prestación jurisdiccional dotada de contenido propio que significa *lato sensu* el derecho a obtener justicia”.⁴⁴⁸

Para nuestro caso en concreto, el debido proceso se centraría —en un primer momento— en el freno de la actividad estatal vista como la ejecución de la deportación; en tanto que con posterioridad lo conducente sería la sustanciación de un juicio en el que la economía e igualdad procesales y la gratuidad de la defensa permitiera paliar las desventajas que en un plano real sufre el migrante irregular con relación a otros extranjeros (regulares) o nacionales, ya que incluso en el amparo, a pesar del espíritu que alimenta dicho juicio (su principal objetivo es la defensa de los derechos humanos), hay diferencias procesales nacidas a partir de las leyes en análisis, que afectan la eficacia jurídica del juicio. No sólo por cuanto hace a que el recurso sea efectivo sino al derecho de la tutela efectiva como uno creado para obtener justicia.

Visto lo anterior el juicio de amparo en materia de migración tendría un objetivo principal que sería el que un migrante (regular o irregular) fuera oído por autoridad competente y restituido en el goce de sus derechos humanos, permitiendo que, en caso de una violación sustantiva a los derechos humanos que le tutela la Constitución y los tratados internacionales mencionados pueda defenderse, ejerciendo su derecho humano de acceso a la justicia.

Cabe acotar que esta incardinación entre el plano jurídico doméstico y el internacional en la materia, construida con la ya referida reforma consti-

⁴⁴⁷ Al respecto véase la tesis de rubro DEFINITIVIDAD. LAS EXCEPCIONES A ESTE PRINCIPIO SON DE APLICACIÓN ESTRICTA, núm. 175624, Novena Época, instancia, Tribunales Colegiados de Circuito Fuente, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIII, marzo de 2006, p. 1816, tesis, VI.2o.C. J/260.

⁴⁴⁸ Ortiz Ahlf, Loretta, *El acceso a la justicia...*, *cit.*, p. 4.

tucional de junio de 2011, permite que el catálogo “ampliado” de derechos contenidos en ambas esferas tengan en el amparo un mecanismo idóneo de defensa. Con ello se crea un espectro amplísimo de protección a derechos humanos dentro del sistema jurídico mexicano.

En la antigua Ley de Amparo de 1936, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, se recoge —en diversos preceptos— la figura del amparo contra la deportación; el cual si bien goza de características especiales no resulta eficaz en los términos planteados por la propia ley como podrá verse a continuación. Partiendo de una división terminológica podría preguntarse ¿cuál es la diferencia entre el amparo y el amparo contra la deportación?

Aunque no puede hablarse de un amparo específico, distinto de los ya existentes, conviene tener conciencia de que cada materia guarda sus propias peculiaridades respecto a la impugnación de sus actos; por lo que la deportación representa un caso *sui generis* de defensa en amparo, pues nace siendo un acto administrativo y se presenta ante la justicia federal como un acto defendible por la vía penal, sobre esto obsérvese la siguiente tesis jurisprudencial:

DEPORTACIÓN, AMPARO CONTRA LA (INCOMPETENCIA DE LA SALA ADMINISTRATIVA)- [TESIS HISTÓRICA]. La deportación debe estimarse materia penal y conforme al artículo 41, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, aunque provenga de una autoridad administrativa, debe conocer, en cuanto al amparo, un Juez de Distrito en Materia Penal, y por tanto, la Sala Administrativa de la Suprema Corte de Justicia es notoriamente incompetente para conocer de la revisión correspondiente, debiendo remitirse los autos al Tribunal Colegiado que corresponda, que es el competente para resolver dicha revisión, al tenor de los artículos 7o. bis, fracción III, del capítulo tercero bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 84, fracción I, de la Ley de Amparo.

En este orden de ideas, su procedencia como acto de naturaleza penal, no es en virtud de que se criminalice el acto migratorio sino debido a que la deportación, como acto de autoridad, es clasificado por la Constitución como uno donde se importa peligro de privación de la vida y ataques a la libertad personal junto con otra nómina de actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución como la tortura o tratos infamantes.⁴⁴⁹ Esta nominación resulta determinante para la figura en comento pues con base en ella es

⁴⁴⁹ Cabe comentar que lo anterior no es extraño, en virtud de que el acto se recurre bajo el criterio de justicia distributiva; por lo que la materia penal al exceptuar

que el amparo contra deportación puede exceptuar diversos principios que podrían obstaculizar su prosecución.

La excepción principal es al principio de definitividad, que en materia penal no opera, debido a dos situaciones específicas: la urgencia de protección que amerita un caso de deportación y además a lo que los constitucionalistas mexicanos denominan “la conservación de la materia en el amparo” que no es otra cosa más que la consecuencia de una medida cautelar, en la figura de la suspensión provisional del acto reclamado, cuyo efecto primario es mantener el *status quo* respecto a la violación del derecho para que este no continúe siendo vulnerado, situación que no podría salvaguardarse si se exigiera el agotamiento de todos los recursos ordinarios previos al amparo, dado además, porque la deportación es clasificada como acto irreparable (pérdida de la vida, de la libertad personal o, para el caso concreto, de la libertad de movimiento); se permite al quejoso la interposición de la demanda sin necesidad de agotar los recursos ordinarios que el proceso de mérito establece, con el fin de no poner en riesgo continuado o bien de evitar el menoscabo irreparable al bien jurídicamente tutelado de la vida o de la libertad.

Cabe recalcar que, respecto al término para accionar, se permite al quejoso la prórroga del mismo al decir la ley que se exceptúa de la interposición en el término de 15 días a los casos donde el “acto [reclamado] importe peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal, deportación, destierro...”, pudiendo hacerlo en cualquier tiempo. Asimismo puede demandarse por comparecencia, esto quiere decir que un representante legal, un menor de edad o cualquier persona puede solicitar la concesión del amparo para el migrante que se encuentre asegurado por autoridades migratorias, previa su deportación. Esto parecería una solución a la indefensión; sin embargo, el artículo 17 de la Ley de Amparo (LA) afirma que el juez de amparo dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado, buscando que en los tres días siguientes a la presentación de la demanda éste sea presentado ante él para ratificar su dicho, sin embargo, si no la ratifica se tendrá por no presentada la demanda.

Lo anterior resulta grave en virtud de que si el migrante ya ha sido presentado y en el tiempo en que se prepara la demanda es deportado, el juez de amparo aun con la ordenación de providencias cautelares encaminadas a preservar la materia del juicio, no obtendría la ratificación por parte del quejoso (migrante irregular) con lo cual la acción quedaría sin intentar y el

el cumplimiento de diversos principios procesales, da pie a que el migrante irregular se libere de las diferencias que en el plano real le afectan en la obtención de justicia.

asunto sin iniciarse. Pues aunque la deportación como acto reclamado es de efectos continuados con lo que no puede declararse consumado aun cuando ya se haya realizado, y por tanto no podría declararse improcedente su posterior interposición, para efectos de la demanda por comparecencia y la imposible ratificación el amparo quedaría sin sustancia por falta de interés de la parte agraviada.

Otra excepción importante es la encaminada al principio de estricto derecho, es decir se permite al juez, en los artículos 76 *bis* y 79 de la LA, suplir la queja deficiente así como el error en la cita de los preceptos constitucionales o legales invocados en virtud de *ratione materiae*.

Junto con todo lo anterior, a diferencia de lo sucedido con la medida cautelar en el recurso de revisión y en el juicio contencioso administrativo, para el juicio de amparo la suspensión opera de oficio no sólo por la materia sino por la naturaleza del acto impugnado: la deportación. Su otorgamiento, sin duda, trasciende al fondo del asunto. El artículo 123 de la LA afirma que se dará la suspensión de oficio “cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación...”, teniendo como efectos la obligación inmediata por parte de la autoridad responsable para cumplimentarla, pudiendo ser el cese del acto o bien la conservación del estado que guarde la materia del amparo.

Sobre este punto específico se abordó en foros judiciales la posibilidad de no brindarla por medio de un argumento cimbrado en un fundamento legal que, pasado el tiempo, resultó inválido por ser fruto de una mala interpretación. Resulta que la suspensión del acto reclamado en el amparo, como afirma Arturo Zaldívar,⁴⁵⁰ en la práctica responde al ánimo de frenar los efectos del mismo sin necesidad de entrar al estudio del fondo del asunto; para que vista su viabilidad se continúe el procedimiento hasta desembocar en la sentencia; este autor comenta atinadamente que los efectos, o dicho de otro modo, los alcances de la suspensión no debieran supeditarse tan solo a un dique que frene el cauce de acción autoritario sino que pueda avocarse al estudio de la constitucionalidad del acto con la finalidad de conservar la materia del amparo y evitarle así al quejoso daño de difícil o imposible reparación.

A pesar de lo anterior por décadas se sostuvo el criterio⁴⁵¹ de que la suspensión no podía darse de oficio en materia migratoria, ya que si bien el

⁴⁵⁰ Zaldívar, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 83 y 84.

⁴⁵¹ Suspensión de Oficio, procede decretarla de plano contra la expulsión de extranjeros ordenada por una autoridad administrativa con fundamento en la ley general

artículo 123 apuntaba con claridad que ésta se encontraba entre los actos que provocaban la medida cautelar por vía oficiosa, si el juez la otorgaba contravendría el orden público en virtud de que la ley migratoria es de este calado (como lo estatuye el artículo 124) y la ejecución de su acto responde al mismo. Dicho criterio cercano a la xenofobia ha sido superado entendiéndose que la inserción de la hipótesis del 124, hablando de la suspensión oficiosa en materia de deportación, no se traduce en otra cosa que en una interpretación legal mal realizada.

De lo anterior es visible la importancia que reviste el estudio previo de la constitucionalidad del acto, para otorgar la suspensión del mismo oficiosamente, pues hablando de deportación, resulta fundamental revisar con pinza fina si la actuación discrecional del INM o de la Secretaría de Gobernación se inscribe en el marco del debido proceso y de la garantía al debido proceso que los extranjeros formalmente gozan en México. Ante todo, la medida cautelar mantendría intocada la materia del amparo, no sólo por cuanto hace al procedimiento y su legalidad (interconectadas materialmente con la vida y libertad del migrante) sino que permitiría una etapa previa de protección a la tutela efectiva.

Con respecto al procedimiento no puede decirse que existan diferencias entre el amparo contra la deportación como especie del amparo indirecto ya que la rendición de los informes justificados, el ofrecimiento de las pruebas o la sustanciación de la audiencia constitucional, en líneas generales, son iguales con excepción de ciertas salvedades sobre la preclusión de términos o sobre la etapa resolutoria del juicio. Sin embargo, la diferencia real radica en la clase del acto reclamado así como en la suspensión provisional, y ante todo depende de la propia naturaleza del sujeto que se duele ante el tribunal, esto es un inmigrante que de acuerdo a supuestos legales aplicados por autoridades administrativas de forma discrecional son privados del goce de sus garantías.

En este contexto es visible que debido a la discrecionalidad de la autoridad administrativa⁴⁵² en el ejercicio de sus funciones, a la inestabilidad jurí-

de población. Tesis 1/2006-PL, Novena Época, Pleno de la SCJN, t. XXVII, febrero de 2008. Únicamente como anexo al contenido de esta cita, se incluye el rubro y registro de la tesis que dio origen a la contracción de mérito: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Suspensión de Oficio. procede decretarla de plano contra la expulsión de extranjeros ordenada por una autoridad administrativa, *cit.*

⁴⁵² En el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, la Corte Interamericana afirman que “que en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración

dica sufrida por los inmigrantes debido a la acción u omisión gubernamentales exageradas, a la falta de recursos económicos y a la mala construcción de las normas migratorias, el amparo contra la deportación no se ha erigido en una herramienta de auxilio para el quejoso, pues en la mayoría de los casos, aun cuando prosperara la admisión de la demanda, a causa de la falta de ratificación, se sobreseería el juicio por falta de interés jurídico, o bien porque al haber sido consumado el acto (pues el inmigrante ya se encuentra fuera del país) la medida cautelar no tiene razón de ser, trayendo como consecuencia un daño irreparable y falta de tutela efectiva.

Sumado a lo que precede, la defensoría pública no resulta de una consecuencia de la obligación de hacer para los Estados, es decir sólo se configura bajo un lenguaje potestativo para el migrante. En este sentido, la vulnerabilidad del migrante trasciende la esfera sociológica y se arraiga en la jurídica por la falta de elementos materiales que le permitan a aquel un pleno ejercicio de sus derechos. En este orden de ideas, el derecho al debido proceso infiere, retomando ideas de Gómez Lara⁴⁵³ y de Ortiz Ahlf⁴⁵⁴ citando a Boaventura de Sousa, consecuencias económicas para los involucrados, de ahí que resulte necesario con base en la equidad, la promoción de la gratuidad como principio rector de los procesos jurisdiccionales y por tanto, en un sentido práctico ligado al litigio, la defensoría pública. Ortiz Ahlf comenta al respecto:

Llama la atención que la regulación del derecho de acceso a la justicia en las Constituciones de los países de América Latina no incluya el derecho de asistencia jurídica gratuita, a pesar de las obligaciones establecidas para dichos Estados en el Pacto de San José, situación que provoca que el goce de ese derecho fundamental no se garantice de igual forma a todos, discriminación que se suma a otras y que padecen millones de personas por ser pobres, indígenas, campesinos o inmigrantes.⁴⁵⁵

Así pues, sin la medida cautelar y sin la igualdad necesaria entre las partes, el amparo contra la deportación resulta ineficaz. En este sentido, el

se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso". Corte IDH, caso Baena Ricardo vs. Panamá, *cit.*, párr. 126.

⁴⁵³ Gómez Lara, Cipriano, "El debido proceso como derecho humano", en González Martín, Nuria (coord.), *"Estudios en homenaje a Marta Morineau"*, *Sistemas jurídicos contemporáneos, Derecho comparado, temas diversos*, t. II, p. 347.

⁴⁵⁴ Ortiz Ahlf, Loretta, *El acceso a la justicia...*, *cit.*, pp 37 y 38.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 41.

recurso efectivo contra la deportación es inexistente. La Corte IDH ha afirmado que para que un recurso exista:

No basta con que esté previsto en la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ellos pueden ocurrir por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica.⁴⁵⁶

Respecto a las asimetrías de las partes, específicamente observadas en un sentido patrimonial y pecuniario. Ortiz Alhf cita a Capelletti y a Brayant diciendo que el debido proceso se ve obstaculizado, entre otros, por las asimetrías entre las partes, lo cual origina en algunas ocasiones desventajas focalizadas a la defensa de sus derechos, e incluso, según afirma el CDH en su observación general núm. 32, el hecho de la pérdida económica puede disuadirlos de reivindicar los derechos que les asisten en las actuaciones judiciales de que disponen.⁴⁵⁷

De todo lo visto hasta aquí es visible que el debido proceso para el migrante irregular, aun cuando existen los cursos legales, la ley le tutela y formalmente (de forma aparente) pareciera que existe un marco institucional adecuado y presto para cumplir las obligaciones de México, no es cumplimentado de forma integral.

VI. PERSONALIDAD JURÍDICA

Para dar inicio al presente apartado resulta necesario tomar en cuenta el acento puesto sobre los dos derechos analizados hasta este momento. Aquí se ha dicho que el pleno ejercicio del derecho a la vida (como ha sostenido la Corte IDH) es el preámbulo para el ejercicio de los demás derechos humanos. Es decir, desde un plano fáctico se observa que sin vida, en un sentido biológico, el ser humano no puede ejercer por sí los demás derechos que le son propios y que el sistema jurídico le reconoce.

⁴⁵⁶ Corte IDH, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9. párr. 24.

⁴⁵⁷ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32, “El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (artículo 14)”, 23 de agosto de 2007, CCPR/C/GC/32, párr. 11.

No está por demás decir, que aún con la muerte biológica, jurídicamente, el ser humano puede ser extendido en el goce de sus derechos a través de ficciones jurídicas.⁴⁵⁸ Sin embargo, en un plano real el derecho a la vida supone la premisa básica a partir de cuya actualización devienen las posibilidades de goce y ejercicio (y las consecuencias que ellas conllevan) del universo restante de derechos humanos.

Por cuanto hace al debido proceso se ha sostenido, en diversos momentos de esta investigación, que constituye la piedra de toque esencial para la defensa de los derechos humanos restantes. Es decir, el ser humano se encuentra vulnerable a las violaciones de sus derechos sin que exista posible medio de defensa. Se habló de que el debido proceso como derecho humano tiene un contenido eminentemente sustantivado; sin embargo, se recaló que éste no puede ser en un plano práctico sin la *vis* procesal que le corresponde, su unión permite la articulación de mecanismos enfocados a poner un freno legítimo a la actividad estatal, mediante una estructura independiente de cualquier posición controvertida permitiendo así un equilibrio entre las partes que tiende a la justicia; por tal motivo el respeto y ejercicio del debido proceso es, sin negación posible, columna del *rule of law* en el mundo.

Visto esto, la personalidad jurídica juega también un papel fundamental⁴⁵⁹ (igual que los anteriores) en el ejercicio de los derechos humanos restantes. Esto no sólo se debe a que los tres derechos mencionados sean civiles, sino porque cada cual desde su autonomía, cubre esferas distintas durante su ejercicio, mismas que se encuentran necesariamente ligadas.⁴⁶⁰ Compréndase entonces que: el respeto y ejercicio del derecho a la vida, constituye la premisa básica mencionada, que el debido proceso se erige como el mecanismo base para la defensa de derechos humanos, en tanto que el derecho a la personalidad jurídica es el vehículo de reconocimiento para éstos.

⁴⁵⁸ José Antonio Márquez González dice al respecto: “Un ejemplo actual muy interesante puede encontrarse en el derecho marítimo (de Brasil), donde una ingeniosa ficción jurídica supone la sobrevivencia de la persona —el marinero muerto en el curso del viaje—, sólo para los efectos del cobro de su nómina”, *Cfr.* Márquez González, José Antonio, “La persona jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, UNAM, nueva época, año III, núm. 7, enero-abril, 2004, pp. 108 y 109.

⁴⁵⁹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, “Informe Inicial que los Estados partes debían presentar en 1984. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto”, 10 de julio de 1996, en [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.31.Add.4.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.31.Add.4.Sp?Opendocument), párr. 57.

⁴⁶⁰ Al decir esto se entiende que sin derecho a la vida, no hay debido proceso ni derecho a la personalidad jurídica, y que sin debido proceso o derecho a la personalidad jurídica, no hay garantías para el derecho a la vida. Todos son eslabones de una misma cadena.

La personalidad jurídica ha tenido una evolución significativa a lo largo de la última mitad del siglo XX, de forma particularmente distinta a la del debido proceso y el derecho a la vida, es decir su visión de crecimiento teórico durante ese periodo abunda en el positivismo más que en otras corrientes de pensamiento jurídico, pudiendo articularse desde dos vertientes: la doméstica y la internacional. La última, como afirma Pérez-León, no fue reconocida *prima facie* por el positivismo, en líneas generales, dado que la titularidad efectiva de derechos y obligaciones internacionales sólo correspondía al Estado. Sin embargo, andado el tiempo, el fortalecimiento del derecho internacional de los derechos humanos, así como el nacimiento y desarrollo exponencial de tribunales internacionales, ya regulares (Corte Penal Internacional) o *ad hoc* (tribunales para los casos de Rwanda o Yugoslavia) hicieron posible desarrollar criterios referentes a la personalidad jurídica del individuo a nivel internacional.

Sin embargo, por las características de este trabajo, únicamente analizaremos la vertiente doméstica, misma que, desde la postura sostenida por la corriente de pensamiento que vertebra esta investigación (positivismo jurídico), representa la condición *sine qua non* para el ejercicio de los derechos que un sistema jurídico le reconoce a cualquier ser humano.⁴⁶¹ No huelga decir al respecto que, el hecho de su no-reconocimiento jurídico, en sede doméstica, no trae consigo la legitimación del Estado para irrespetar o desproteger derechos del elemento humano que se encuentre en su territorio, mucho menos cuando, en su carácter de sujeto de derecho internacional, hubo contraído compromisos convencionales en la materia.

La personalidad jurídica, juega entonces un papel sustancial para el correcto andar de los engranes en un sistema jurídico que se precie de proteger y garantizar derechos humanos. Partamos de conceptualizarla, la Corte IDH —en el caso *Bámaca vs. Guatemala*— lo hace ampliando el laconismo del artículo 3o. del Pacto de San José (véase. artículo 3o. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica), comentando:

⁴⁶¹ Al respecto dice Roux Rengifo: “La consagración normativa del derecho a ese reconocimiento se dirige a contrarrestar un flagelo que merece ser combatido, en su especificidad, con el mayor vigor: áquel que consiste en que determinados ordenamientos jurídicos establecen, por definición, que ciertas categorías de seres humanos carecer de condición de sujetos de derechos y deberes y son, para todos los efectos, asimilables a las cosas”. *Cf.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, fondo, sentencia del 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez de Roux Rengifo.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica que toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales. En este sentido, implica la capacidad de ser titular de derecho y deberes; y la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes.⁴⁶²

Es decir, a partir de la “existencia” de la personalidad jurídica, el sujeto goza formalmente de derechos y obligaciones. Se entrecomilla el término existencia en virtud de que no puede verse la personalidad jurídica como un objeto surgido a partir de la experiencia empírica, sino como un fruto intelectual, cuyo origen no demerita su legitimidad en el sistema jurídico. Es decir, “no puede decirse que sea una suerte de entelequia a la que le falten puntos de contacto con la realidad de los hombres y mujeres de carne y hueso”,⁴⁶³ por el contrario su surgimiento marca el inicio de la vida jurídica en el ser humano.

La complejidad de lo recién dicho, es en virtud de que el concepto de personalidad jurídica se liga indefectiblemente al de “persona” “vocablo que tiene tras de sí una larga evolución histórica... [que la caracteriza] como un concepto sumamente elusivo y complejo que alguna vez colisiona con otros conceptos como los de personalidad, capacidad, sujeto de derecho y titularidad”.⁴⁶⁴ La “persona” es, entonces, un referente para la cultura occidental que luego del renacimiento y específicamente con las improntas intelectuales de la ilustración toman al hombre (es decir al ente biológico) como el origen para la comprensión del mundo, eje central de la cultura, y por tanto elemento necesario para la conformación del sistema jurídico.

Desde el plano del positivismo, la personalidad jurídica es el atributo a través del cual el hombre se inserta al mundo normativo. De forma elegante Santofimio afirma lo anterior al decir: “En lenguaje jurídico, son personas los seres capaces de tener derechos y contraer obligaciones, en otras palabras: sujetos portadores de facultades y deberes, nacidos los primeros en el derecho subjetivo y originados los otros en las estipulaciones jurídicas”.⁴⁶⁵

⁴⁶² Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70, párr. 179.

⁴⁶³ Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, fondo, sentencia de 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70, voto razonado del juez de Roux Bámaca, pp. 15 y ss.

⁴⁶⁴ Márquez González, José Antonio, *La persona jurídica*, cit., p. 102.

⁴⁶⁵ Santofimio G., Jaime Orlando, *Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez*, 2a. ed., México, UNAM, p. 34.

Obsérvese la relevancia que el orden jurídico posee en el reconocimiento formal y en el ejercicio de ésta.

En este orden de ideas, la personalidad jurídica permite el ingreso del hombre a la vida normativa en diversos niveles de construcción jurídica positiva, es decir, el hombre se convierte en el ser jurídico por excelencia a través del cual el sistema jurídico tendrá aplicación, siendo la ley el medio general. De esto no se desprende más que una conclusión preliminar, a la norma le corresponde la protección de este derecho humano entendido como la llave de reconocimiento que la persona (el hombre o la mujer) necesita para ejercer sus derechos humanos restantes.

En un sentido análogo, Hegel afirmó que “la personalidad encierra, en general, la capacidad jurídica y constituye el concepto y la base también abstracta del derecho abstracto y por ello formal”,⁴⁶⁶ es decir, la personalidad jurídica le corresponde al “hombre” por su comunión con el derecho y el Estado, como unión necesaria. Tomando la delimitación de la personalidad jurídica a la esfera eminentemente normativa (positiva), nos corresponde dar cuenta de sus dos perspectivas.

García Ramírez afirma que una es la material y la segunda es instrumental o formal. La primera se refiere al mecanismo de reconocimiento de la personalidad en el derecho, con lo cual la persona goza de derechos, libertades, facultades y garantías que son las manifestaciones, implicaciones o consecuencias del reconocimiento realizado por el Estado. En tanto que la segunda es fruto de la primera, con lo cual se da un reconocimiento explícito en la norma. El primero se centra sobre cuestiones prácticas (como medio y efecto del reconocimiento), el segundo a cuestiones normativas (como momento de reconocimiento).

Así pues, si el reconocimiento de la personalidad jurídica sitúa al “hombre” dentro de la esfera de protección de la ley, y configura el deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente, la falta de aquél provoca la extinción de la capacidad jurídica (goce y ejercicio) para el “hombre”,⁴⁶⁷ así

⁴⁶⁶ Díaz, Carlos, *El sueño hegeliano de un Estado ético*, España, Calatrava, 1987, pp. 115 y 116.

⁴⁶⁷ En este sentido el autor desea hacer una aclaración conceptual importante. El que se diga que la falta de personalidad trae consigo la falta de capacidad jurídica, podría ser mirado con recelo por positivistas convencidos de que actualmente el derecho contemporáneo no admite la posibilidad de la existencia de una persona que carezca de capacidad jurídica en abstracto. Sin embargo, lo cierto es que cuando el derecho contemporáneo (entendido como ley escrita) no incluye en su esfera de protección a un ser humano con condiciones específicas, le restringe capacidad jurídica, dado que sin

como la imposibilidad de iniciar mecanismos de defensa en contra de violaciones a sus derechos humanos, y además —esto es lo más grave— se le sitúa al margen de la ley para efectos de su comprensión como sujeto de derecho, es decir, la falta de reconocimiento formal le limita en el goce y ejercicio de sus demás derechos.

Ahora bien, generalmente cuando se habla de personalidad jurídica desde la perspectiva positivista nos topamos con el principio de legalidad y con el cuerpo mismo de la ley como continente formal de aquella. El principio puede articularse desde dos visiones cual más de contrastantes; la primera nace a partir del reconocimiento al sujeto de derecho (entendido como ser humano, hombre pues, en un sentido biológico) por la ley; con lo que el citado principio se impone como mecanismo de control para la autoridad o terceros sujetos, en cuanto a la limitación de la personalidad jurídica —y por tanto del ejercicio de derechos humanos— que aquellos puedan ejercer al margen de la norma. En pocas palabras dicha visión utiliza la ley como instrumento de protección.

La segunda se relaciona de forma muy importante con el fenómeno migratorio y las limitaciones impuestas al movimiento humano transfronterizo; dado que desde un plano de articulación positivista en conjunción con criterios xenófobos se extrae al migrante irregular de la esfera jurídica (negándole así el reconocimiento de su personalidad), buscando que su comprensión como sujeto de derecho se limite al reconocimiento de deberes y obligaciones, los cuales traen consecuencias a partir de la realización de una conducta contraria a la norma (el anacrónico concepto de “migración ilegal”).

De las posturas anteriores, esta investigación se avoca a la primera en la cual la ley es el medio idóneo para traer al sujeto al ejercicio de sus derechos humanos, mediante el reconocimiento. En este sentido, el citado artículo 3o. del Pacto de San José, el 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como el 24 de la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, enuncian que toda persona (incluido todo migrante) tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. El laconismo con el que están contruidos los artículos citados no permite resquicio alguno para interpretar el texto de forma restrictiva. Sin embargo, mediante el principio *pro homine*, sí se puede realizar una interpretación sistemática y extensiva.

personalidad sólo podrá actuar al margen de la ley, lo que seguramente devendrá en choques entre su comportamiento y diversas hipótesis jurídicas; así se verá envuelto en una esfera de ilicitud con efectos graves para sí.

Ahora bien, iniciando con el tema del migrante irregular venido de Centroamérica, véase que cuando se leen los artículos 24 del Pacto de San José y 30. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, resulta visible que el reconocimiento de la personalidad jurídica será en pie de igualdad legal tanto para nacionales como extranjeros (migrantes). En estos términos resulta palmario que el migrante, con independencia de su estatus migratorio, deberá ser reconocido en su personalidad jurídica, vista ésta como piedra de toque para ejercer sus demás derechos.

Para que dicho reconocimiento sea efectivo, es decir —siguiendo a García Ramírez—, se satisfaga su *vis* material, resulta necesario (como lo afirmara la Corte IDH) que el Estado implemente mecanismos que le permitan al migrante irregular “obtener el registro de su nacimiento u otros documentos de identificación, resguardando que estos procesos, en todos sus niveles, sean accesibles jurídica y geográficamente”.⁴⁶⁸ El dar cumplimiento a este esquema permitiría el reconocimiento así como posterior ejercicio, incluso, vindicación, de derechos humanos que sin aquél se encontrarían ineficaces.

Así pues, dado que el Estado mexicano tiene obligación de garantizar el derecho humano en comento de acuerdo a los medios establecidos por la Corte IDH, en este apartado se tiene el objetivo de demostrar que esto no se realiza así en México. Para tal fin, a partir del esquema planteado por el tribunal internacional, tomaremos dos perspectivas distintas del reconocimiento a la personalidad jurídica, las cuales darán pie a la realización de dos análisis separados.

El primero referente al registro de infantes, hijos de migrantes irregulares centroamericanos nacidos en México —ya durante su periplo a un tercer Estado o bien durante su estancia irregular en el país—. En tanto que el segundo se avocará a observar el grado de garantía que el Estado mexicano debe proveer al migrante irregular adulto, para el ejercicio de este derecho a través de la provisión de documentos de identificación, carga que indudablemente comparte con el Estado de origen del migrante irregular. Para desarrollar ambos análisis, abrevaremos de la Constitución nacional, del Código Civil Federal y de la Ley de Migración en materia federal.

Cabe anotar que junto a los ordenamientos anteriores, en lo concerniente al primer análisis (referente al registro de menores) dividiremos México en tres regiones (norte, centro y sur) de las cuales tomaremos cinco códigos civiles, reglamentos del Registro Civil y manuales de procedimientos de registros civiles. Esto para brindarle al análisis objetividad dado que en México no existe un Registro Civil federal, por tanto resulta necesario tomar una

⁴⁶⁸ Corte IDH, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *cit.*, párr. 193.

muestra del total de 32 entidades federativas, para que la investigación goce de representatividad normativa. Así pues, se tendrá un aproximado de 45 ordenamientos usados como herramientas para el análisis. Se van a tomar las siguientes entidades federativas:

Tabla 1. Muestra de entidades federativas respecto a las cuales se realiza análisis de disposiciones aplicables al registro de menores

<i>Zona Norte</i>	<i>Zona Centro</i>	<i>Zona Sur</i>
Baja California Sur	Jalisco	Veracruz
Chihuahua	Distrito Federal	Chiapas
Nuevo León	Querétaro	Oaxaca
Sinaloa	Hidalgo	Tabasco
Tamaulipas	Tlaxcala	Yucatán

Puede parecer *prima facie* que el intento resultará infructuoso dada la cantidad de información que puede extraerse de las fuentes mencionadas, sin embargo, únicamente accederemos a dos elementos comunes del registro como mecanismo para garantizar el derecho a la personalidad jurídica a través del nombre y la nacionalidad en una partida de nacimiento. Estos serán: 1) los requisitos, y 2) el procedimiento para el registro. En ambos casos, el análisis será con el fin de saber si la norma no plantea obstáculos para su satisfacción sencilla, de una forma tal que jurídicamente (como lo plantea la Corte IDH) sean accesibles.

Ahora bien, antes de dar inicio, resulta necesario observar los elementos tradicionales o “atributos” de la personalidad jurídica individual. De Pina⁴⁶⁹ afirma que éstos son *in generae* cuatro: 1) nombre, 2) nacionalidad, 3) domicilio, y 4) patrimonio. Aquí tomaremos los primeros dos para los análisis subsecuentes, por la importancia que reside en ellos para la configuración de la personalidad jurídica del migrante irregular.

El tercero (domicilio) podrá solventarse a través de una ficción jurídica. Esto se debe a que dentro de la dinámica del movimiento migratorio es fundamental el cambio de lugar de residencia, misma que, el grueso de migrantes centroamericanos venidos a México, no goza cuando ingresan irregularmente al país, máxime si van en tránsito hacia un tercer Estado. Por

⁴⁶⁹ De Pina, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, 14a. ed., México, Porrúa, pp. 211 y 212.

tanto, con fundamento en el artículo 29 del Código Civil Federal, se tomará por tal el lugar en el que se encuentra el migrante;⁴⁷⁰ en estos términos no puede negarse al migrante el reconocimiento de su personalidad por falta de domicilio.

El cuarto (patrimonio), por otro lado, resulta irrisorio. Un migrante irregular centroamericano constituye —como se vio en capítulos anteriores— un elemento humano empujado (o forzado siguiendo a Sutcliffe) por la pobreza a salir de las fronteras de su Estado, para ingresar a otro en la búsqueda de mejores condiciones de vida. Sin duda, utilizar dicho elemento como condición necesaria para reconocerles personalidad jurídica, reviste un acto discriminatorio a todas luces.

Ahora bien, retornando a los “atributos” nombre y nacionalidad, resulta propicio iniciar el análisis de la primera perspectiva tomando en cuenta los artículos 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; 18 y 20 del Pacto de San José, y de nueva cuenta el 24 de la CIPDTM, en los cuales se configura la personalidad jurídica a partir del ejercicio y garantía de los derechos al nombre y a la nacionalidad, éstos enfocados principalmente a la infancia.⁴⁷¹

El enfoque no debe verse como una intención discriminatoria, dado que el Pacto de San José confiere ambos derechos a “toda persona”; sin embargo, la vulnerabilidad en la que se encuentran los hijos de los migrantes irregulares, nacidos en el Estado receptor es mayor que la de un adulto que migra en las mismas condiciones. Esto es así, principalmente, en virtud de que el migrante irregular centroamericano adulto, venido a México, goza de nombre y nacionalidad, a menos que: 1) su estado de origen no haya garantizado su derecho al nombre, o 2) se esté ante un estatuto distinto al de migrante: el de apátrida.

En estos términos, el hecho de protección a la infancia radica justamente en que la configuración de la personalidad jurídica nace a partir del nombre y la nacionalidad, de ahí que el menor que por causas ajenas a su voluntad se encuentra inmerso en el fenómeno migratorio irregular, necesita de una garantía específica con relación al ejercicio de esos derechos, con miras al reconocimiento de su personalidad jurídica dentro del Estado receptor.

Ahora bien, lo dicho hasta aquí se traduce en que, a partir del reconocimiento que se le haga al menor de su personalidad jurídica, ésta permitirá el surgimiento de su capacidad jurídica de goce y con ello un universo de posibilidades encuadradas en derechos humanos (educación, salud, unidad

⁴⁷⁰ Artículo 29, Código Civil Federal.

⁴⁷¹ Al respecto véase Corte IDH, caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana* (demanda de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 23 de noviembre de 2006, serie C, núm. 156.

familiar, etcetera). En este tenor la CIPDTM aborda el tema de la infancia en su artículo 29 al decir que “todos los hijos de los migrantes tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad”. La redacción del citado artículo encuadra los elementos: 1) nombre, 2) nacionalidad, y 3) registro de nacimiento. Los dos primeros como ya se vio, son tradicionalmente entendidos como elementos de la personalidad jurídica, en tanto que el tercero reviste el mecanismo que el Estado tiene que ejercitar para cumplir el deber general de garantía en materia de reconocimiento de personalidad jurídica, y es, justamente este último elemento, el que analizaremos en los términos planteados por los párrafos precedentes.

En México la personalidad jurídica individual es adquirida a partir del nacimiento según afirma el artículo 22 del Código Civil Federal, con lo que desde ese instante el sujeto de derecho posee capacidad de goce y, por tanto, todos los derechos que el sistema jurídico (incluida la vena internacional) le reconocen. En estos términos y, tomando como premisas al artículo 12 del mismo Código en donde se afirma que “las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República”, y de forma singular el artículo 30 constitucional en su apartado A, fracción primera,⁴⁷² es sencillo concluir que el ser humano que nazca en territorio mexicano, con independencia de la nacionalidad o estatuto internacional del que gocen sus padres será: 1) protegido por el orden jurídico mexicano, 2) mexicano por nacimiento bajo el criterio del *ius soli*, y 3) tendrá derecho a ser registrado como tal, pudiendo en su caso conservar doble nacionalidad (en relación al *ius sanguini* de sus padres).

Lo anterior goza de un refuerzo particular en razón de que el artículo 9o. de la Ley de Migración afirma que “los jueces u oficiales del Registro Civil no podrán negar a los migrantes, independientemente de su situación migratoria, la autorización de los actos del Estado civil ni la expedición de las actas relativas a nacimiento, reconocimiento de hijos y matrimonio, divorcio y muerte”. Con todo lo anterior no sólo se configura —explícitamente, cabe decir— el derecho al reconocimiento sino la obligación palmaria del Estado mexicano de garantizar esta perspectiva del derecho analizado, obligación ya constitucional en el artículo 1o.

En este contexto, si hipotéticamente una mujer guatemalteca con un estado avanzado de embarazo, cruza la frontera de su país con Chiapas (México) un 25 de diciembre, y da a luz a su hijo a la mañana siguiente, en

⁴⁷² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización. Son mexicanos por nacimiento, *I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres* (énfasis añadido).

territorio mexicano, configura de manera explícita la nacionalidad de su hijo, por lo que en puridad podría acudir ante la autoridad administrativa competente (Registro Civil) para ejercer a nombre del menor su representación y proveerlo de un nombre. Recuérdese que, para el caso concreto, la personalidad se ha configurado en tanto que la capacidad jurídica sólo se relativiza al goce, hasta en tanto el menor alcanza su mayoría de edad o, lo que en el derecho civil mexicano —suntuosa y eufemísticamente— se determina “estatuto jurídico perfecto”.

Ahora bien, la problemática no surge como tal a partir del derecho sustantivo dado que la Constitución mexicana deja muy claro, en su artículo 30, que el menor es mexicano, lo que en conjunción con el reconocimiento que desde su nacimiento hace el Código Civil Federal permitiría el ejercicio de sus derechos a un nombre y una nacionalidad. En el mismo sentido los códigos civiles de los 15 estados escogidos recogen en su articulado el surgimiento de la personalidad a partir del nacimiento (véase tabla 2).

Tabla 2. Artículos de los códigos civiles de las 15 entidades federativas elegidas, en los cuales se fundamenta la personalidad jurídica desde el nacimiento

<i>Entidad muestra</i>	<i>Artículo que contiene la personalidad jurídica desde el nacimiento</i>
Baja California Sur	44
Chihuahua	22
Nuevo León	22 bis
Sinaloa	22
Tamaulipas	18
Jalisco	19
Distrito Federal	22
Querétaro	22
Hidalgo	22
Tlaxcala	31 y 32
Veracruz	28
Chiapas	20
Oaxaca	21
Tabasco	31
Yucatán	14

De inicio, las entidades federativas siguen la vocación del código federal, sin embargo, el meollo del asunto es visible cuando nos acercamos a las normatividades que rigen la actuación de la autoridad atribuida para llevar a cabo el registro.

Para efectos de claridad expositiva, primeramente veremos cuáles son los requisitos y el procedimiento enunciados para el registro de un menor en los diversos códigos, reglamentos y manuales —que regulan las funciones del Registro Civil— dentro de la muestra de entidades federativas escogidas. Posteriormente abstraeremos los requisitos comunes en todos los casos y, con base en ello, realizaremos el análisis prometido desde hace algunas líneas, referente a demostrar que en México el reconocimiento de la personalidad jurídica no se garantiza en virtud de los obstáculos que se le presentan al registro de menores.

Cabe anotar que, luego de observar preliminarmente los cuerpos legales estatales mencionados, se decidió tomar un parámetro para facilitar el desahogo de este ejercicio, que fue: un niño recién nacido que será registrado por padres extranjeros (migrantes irregulares centroamericanos). Esto se debe a que, dependiendo de la edad cumplida por el menor al tiempo del registro, pueden surgir nuevos requisitos “suplementarios” así como condiciones diferentes en los procedimientos que deben satisfacerse antes de lograr el término del trámite. En este orden de ideas se ha decidido partir de dicho parámetro que resulta en el procedimiento —el cual puede calificarse como— “básico” y de cuyos requisitos y etapas procedimentales se aumentan otras más, cuando se da el caso de la edad u otras especificidades contempladas de forma casuística por diversas entidades federativas en sus normatividades.

A continuación se muestran tres tablas, una por la Zona Norte, otra por la Zona Centro y una última por la Zona Sur. En ellas se enuncian los requisitos y procedimientos “básicos” para el registro. Analicemos los primeros.

Tabla 3. Requisitos para el registro de un menor, en la Zona Norte

<i>Zona Norte</i>	<i>Requisitos para el registro</i>	<i>Procedimiento</i>
Baja California Sur ¹	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de matrimonio (actualizada). • Acta de nacimiento de los padres (actualizada). • Credencial de identificación de los padres. • Certificado de maternidad. • Cartilla de vacunación. • 2 testigos de identificación. • Todo en originales y copias 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día.
Chihuahua ²	<ul style="list-style-type: none"> • Acta matrimonio (legalizada). • Certificado de maternidad, firmado sellado y número de autorización de la Sria. de Salud. • Identificación con fotografía. • Dos testigos mayores de edad (con identificación con fotografía). • Todos los documentos en original y copia. 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito (a menos que el registro sea extemporáneo. Se pagará multa de 1 a 10 S.M. • Se resuelve el mismo día.
Nuevo León ³	<ul style="list-style-type: none"> • Acta matrimonio (legalizada en caso de ser extranjera). • Comprobante de domicilio. • Certificado de maternidad, firmado sellado y número de autorización de la Sria. de Salud • Identificación con fotografía • Dos testigos mayores de edad (con identificación con fotografía). • Todos los documentos en original y copia. 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite tiene un costo de 58 pesos mexicanos. • Se resuelve el mismo día.

<p>Sinaloa⁴</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Certificado de maternidad. • Identificación oficial de los padres. • Acta de matrimonio de los padres, si la hubiese. • Acta de nacimiento de los padres (para comprobar la nacionalidad). • Dos testigos mayores de edad, presentando identificación oficial. • Si uno o ambos progenitores son extranjeros, deberán presentar pasaporte vigente y acreditar su legal estancia en el país con su documentación migratoria. (Si carece de ellos el registro de nacimiento podrá efectuarse de todas maneras siempre y cuando presente identificación.) • Todo en originales y copias. 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día.
<p>Tamaulipas⁵</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Acta de matrimonio (actualizada y legalizada en su caso). • Actas de Nacimiento de ambos padres. • Identificación con fotografía de ambos padres. • Constancia de alumbramiento firmada y sellada por: partera, Hospital Gral del Estado, Hospital Civil del Estado o IMSS. • Cartilla de vacunación del bebé. • Presentar dos testigos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día

¹ Página del Registro Civil del estado de Baja California Sur, fecha de última visita 30 de diciembre de 2011 <http://www.lapaz.gob.mx/regcivil/tramites.php>.

² Página del Registro Civil del estado de Chihuahua, fecha de última visita 30 de diciembre de 2011, www.chihuahua.gob.mx/registrocivil/Contenido/plantilla5.asp?cve_canal=612&Portal=ssg/registrocivil.

³ Página del Registro Civil del estado de Nuevo León, 30 de diciembre de 2011, http://www.nl.gob.mx/?P=sgg_d_reg_civil_servicios.

⁴ Página del Registro Civil del estado de Sinaloa, consultado el 30 de diciembre de 2011, http://www.laipsinaloa.gob.mx/index.php?option=com_flexicontent&view=items&id=10%3Asgg&id=2137%3Aregistro-de-nacimiento&Itemid=3050.

⁵ Página del Registro Civil del estado de Tamaulipas, consultado el 30 de diciembre de 2011 http://servicios.tamaulipas.gob.mx/servicios/reg_civil/tramites.htm.

Tabla 4. Requisitos para el registro de un menor, en la Zona Centro

<i>Zona Centro</i>	<i>Requisitos</i>	<i>Procedimiento</i>
Jalisco ¹	<ul style="list-style-type: none"> • Constancia de alumbramiento. • Identificación oficial de los padres. • Acreditar la legal estancia en el país del padre extranjero. • Dos testigos mayores de edad con identificación oficial. • Acta de nacimiento de los padres apostillada o legalizada. • Original y copia de toda la documentación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día
Distrito Federal ²	<ul style="list-style-type: none"> • Constancia de alumbramiento. • Identificación oficial de los padres. • Comprobante de domicilio. • Acreditar la legal estancia en el país del padre extranjero. • Dos testigos mayores de edad con identificación oficial. • Acta de nacimiento de los padres apostillada o legalizada. • Original y copia de toda la documentación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día.
Querétaro ³	<ul style="list-style-type: none"> • Constancia de alumbramiento. • Identificación oficial de los padres. • Comprobante de domicilio. • Dos testigos mayores de edad con identificación oficial. • Acta de nacimiento de los padres apostillada o legalizada. • Acta de matrimonio de los padres (si existe). • Cartilla de vacunación. • Original y copia de toda la documentación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día.

Hidalgo ⁴	<ul style="list-style-type: none"> • Constancia de alumbramiento • Cartilla de vacunación. • Acta de nacimiento de los padres actualizada y apostillada (en su caso). • Acta de matrimonio (si existe). • Identificación oficial de los padres. • Dos testigos mayores de edad con identificación oficial. • Original y copia. 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día.
Tlaxcala ⁵	<ul style="list-style-type: none"> • Constancia de alumbramiento. • Acta de matrimonio de los padres (si existe). • Acta de nacimiento de los padres (apostillada o legalizada en su caso). • Credencial de elector de los padres o constancia de identificación con fotografía. • Dos testigos mayores de edad con credencial de elector. • Originales y copias. 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día.

¹ Página del Registro Civil del estado de Jalisco, consultado el 30 de diciembre de 2011, <http://www.tlaquepaque.gob.mx/sitio/node/1137>.

² Página del Registro Civil del Distrito Federal, consultado el 30 de diciembre de 2011, <http://www.rcivil.df.gob.mx/>.

³ Página del Registro Civil del estado de Querétaro, consultado el 30 de diciembre de 2011, <http://www.municipiodejalpan.gob.mx/registrocivil.php>.

⁴ Página del Registro Civil del estado de Hidalgo, consultado el 30 de diciembre de 2011, http://alfajayucan.hidalgo.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=25.

⁵ Página del Registro Civil del estado de Baja California Sur, consultado el 30 de diciembre de 2011, http://www.nanacamilpa.gob.mx/wb/Tlaxcala/nanacamilpa_registro_civil.

Tabla 5. Requisitos para el registro de un menor, en la Zona Sur

<i>Zona Sur</i>	<i>Requisitos</i>	<i>Procedimiento</i>
Veracruz ¹	<ul style="list-style-type: none"> • Constancia de alumbramiento. • Acta de nacimiento de los padres. • Acta de matrimonio de los padres (si existe). • Identificación oficial con fotografía. • 2 testigos mayores de edad con identificación oficial, que sepan escribir. 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite tiene un costo de 57 pesos. • Se resuelve el mismo día.
Chiapas ²	<ul style="list-style-type: none"> • Constancia de alumbramiento. • Acta de matrimonio (si existe). • Poder notarial en caso de no estar casados y comparecer un solo padre. • Acta de nacimiento de los padres o constancia de origen. • Identificación oficial de los padres. • 2 testigos con identificación oficial. • Originales y copias. 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día.
Oaxaca ³	<ul style="list-style-type: none"> • Constancia de alumbramiento. • Cartilla de vacunación. • Acta de matrimonio de los padres (si están casados). • 2 testigos con identificación oficial. • Si son solteros los padres, presentar sus actas de nacimiento. 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día.
Tabasco ⁴	<ul style="list-style-type: none"> • Certificado de alumbramiento. • Acta de matrimonio. • Actas de nacimiento de los padres. • Identificación oficial de los padres con fotografía. • Si no tienen identificación los padres traer constancia de residencia, con fotografía, firmada y sellada por el Srío. del ayuntamiento. 	<ul style="list-style-type: none"> • Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día.

Yucatán ⁵	<ul style="list-style-type: none">• Certificado de nacido vivo.• Certificado actualizado del acta de nacimiento de los padres.• Certificado actualizado del acta de matrimonio.• Identificación oficial con fotografía de los padres.• Pasaporte y/o forma migratoria en caso de padres extranjeros.	<ul style="list-style-type: none">• Llenar solicitud disponible en el Registro Civil.• Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil.• El trámite es gratuito.• Se resuelve el mismo día.
----------------------	--	---

¹ http://portal.veracruz.gob.mx/portal/page?_pageid=937,4054298&_dad=portal&_schema=PORTAL.

² <http://www.registrocivil.chiapas.gob.mx/faqs.html#faq6>.

³ <http://www.registrocivil.oaxaca.gob.mx/tramites/inscripcionnacimiento.html>.

⁴ <http://www.secotab.gob.mx/guia/tramite.php?tram=026&dep=002>.

⁵ Página del Registro Civil del estado de Yucatán, consultado el 30 de diciembre de 2011, http://transparencia.yucatan.gob.mx/datos/2011/consejeria/tramites_Servicios_Reg_Civil_2011.pdf.

Prima facie, parece que lo dicho en la primera fila de la tabla 2 (requisitos Baja California Sur), se repite a “pie juntillas” a lo largo de las tablas restantes. Y si bien esto podría hacer pensar que el resultado es infructuoso, por ser reiterativo, el lector debe saber que la intención del ejercicio es poner de manifiesto dicha situación. Lo anterior se entiende si recordamos que el objetivo de este apartado específico es observar cómo los requisitos para el registro se convierten en obstáculos para el ejercicio del derecho analizado; por tanto, el que todos los estados de la muestra tengan dicho parámetro facilita el análisis y, bajo este esquema, si los requisitos de un estado son obstáculos, seguramente el de los restantes resultarán igual.

Cierto es que la satisfacción de “requisitos” no resulta una práctica contraria a los principios del Estado de derecho, por el contrario su intención es plantear un nexo recíproco entre el ciudadano y el Estado a partir de una base metodológica que el sujeto del trámite pueda satisfacer con cierta facilidad y que al final del día brinde certeza al ciudadano y desde luego a la autoridad sobre la eficacia del trámite. Todo ello tiene por supuesto un fundamento, una regla legitimada. Sin embargo, lo anterior no significa que los “requisitos” deban plantear un obstáculo (como tanto se ha referido) para la resolución de cualesquier trámite, más cuando dicho trámite se convierte en la llave del goce de un derecho humano, mismo que —sin ánimo de incurrir en expresiones elípticas— es la llave para el goce del universo restante de derechos.

En este orden de ideas, con base en las tablas expuestas, saltan a la vista dos requisitos cuyo cumplimiento es exagerado cuando se tiene en mente el

caso (como hay cientos) de un migrante irregular centroamericano que desee registrar un hijo nacido en México. El primero, resulta la entrega (en original) de las actas de nacimiento de los padres del infante; mismas que en su caso —cuando los padres son extranjeros— deberán ser apostilladas. El segundo, es la demostración de legal estancia en el país mediante la muestra de la forma migratoria correspondiente al oficial o juez del Registro Civil.

¿En qué se traduce esto? En primera instancia en que el niño se ve vulnerado en su derecho humano por un factor, obviamente, fuera de su control relativo al estatus migratorio y a la condición económica de sus padres. Respecto al estatus migratorio en virtud de que la ley ni la autoridad pueden limitar el ejercicio de este derecho reconocido al niño, dado que “el registro es un acto celebrado entre éste y el Estado por lo que el estatus de los padres es un elemento irrelevante”.⁴⁷³ En este tenor de ideas limitar el acto de registro porque el padre sea migrante irregular es un incumplimiento manifiesto a la obligación de garantía, así como a los principios de no discriminación y del interés superior del niño. Y, para el caso de México, una violación a normas internas, dado que la Ley de Migración en su artículo 9o. consagra este derecho para todo migrante.

Ahora bien, ¿por qué la condición económica de los padres afecta el ejercicio del derecho? Bueno, porque cuando se exige a un migrante irregular que provea su acta de nacimiento subsidiariamente se le orilla a la realización de un nuevo trámite que a diferencia del registro sí es oneroso. ¿Qué trámite? El apostillamiento de su propia acta de nacimiento. Así, para superar dicha situación que se le presenta nueva, el migrante necesitaría forzosamente, comunicarse con sus contactos en su lugar de origen, solicitarles consigan su acta de nacimiento (trámite accesorio que también representa un costo adicional), luego de lo cual deberán apostillarla o legalizarla, según sea el caso y finalmente enviarla a través de correo certificado.

Ambos procedimientos,⁴⁷⁴ son diversos desde el origen, el primero es de cuño convencional a partir de que gran parte de la comunidad internacional decidiera homologar un solo procedimiento para legalizar documentos públicos en sus territorios (Convención de la Haya de 1969), el segundo es

⁴⁷³ Véase Fundar Centro de Análisis e Investigación, “Informe sobre la situación general de los derechos de los migrantes y sus familias”, México, julio 2011, en <http://fundar.org.mx/mexico/pdf/informemigranteok.pdf>.

⁴⁷⁴ De los siete países que conforman América Central (Guatemala, Belice, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá) sólo dos no son Estados parte en la Convención de 1969 (Guatemala y Nicaragua).

casuístico, dado que los países no firmantes de la Convención de 1969, tienen —cada cual— su método para legalizar documentos públicos.

Tanto uno como otro representan por un lado, una erogación para el migrante dado que debe pagar: por la emisión de su acta de nacimiento, por la posterior apostilla y por el envío de los documentos.⁴⁷⁵ Y por otro lado, representa la pérdida de un tiempo importante para el registro del menor que trae como primera consecuencia un estado de apatridia para el infante, como la Corte IDH reconoció en el caso *Yean y Bosico vs República Dominicana*.⁴⁷⁶

Junto a estos dos requisitos, destaca que en dos estados (Distrito Federal y Querétaro) se exige comprobante de domicilio. Siguiendo lo dicho en párrafos anteriores, legalmente el elemento domicilio en la conformación de la personalidad jurídica, podría solventarse a través de una ficción jurídica; sin embargo, esta exigencia trae como consecuencia la imposibilidad del registro hasta en tanto los padres no se establezcan en territorio mexicano y comprueben lo anterior a través de recibos o constancias expedidas por algún jefe de manzana. ¿No resulta irrisorio lo anterior? Más cuando se toman en cuenta las condiciones económicas y psicológicas (temor, ansiedad) en las que se encuentra el migrante irregular durante su periplo. Asimismo ¿qué sucede si el migrante va en tránsito? ¿No tiene posibilidad de registrar a su hijo, si lo desea, por la falta de un comprobante de domicilio? A esto hay que sumar, en un tenor muy similar, la exigencia de actas de matrimonio que también deberán estar apostilladas.

Obsérvese que los requisitos, pueden ser satisfechos con mayor facilidad por un nacional, incluso por un migrante regular, que por un migrante irregular. Lo anterior se traduce en la existencia de las asimetrías apuntadas por Ortiz Ahlf en el apartado de debido proceso, que provocan acciones y actitudes discriminatorias contra el migrante, y contra su hijo, quien siguiendo el mandato constitucional del artículo 30, es mexicano por nacimiento.

Pasemos someramente a la cuestión del procedimiento. Como pudo verse en la tercera columna de las tres tablas, el procedimiento no representa un verdadero problema para el migrante por cuanto hace a que no se compone de un número excesivo de etapas, tampoco hay dilación excesiva en la resolución del trámite (se sustancia el mismo día en que se inicia) y sólo

⁴⁷⁵ Esto si tomamos como ejemplo la hipótesis del trámite planteado por la Convención de 1969; dado que el de la legalización a secas, representa un mayor número de etapas que solventar para efectos de poder obtener el acta apostillada y por tanto el registro del menor.

⁴⁷⁶ Corte IDH, caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, *cit.*, párr. 22.

dos estados (Nuevo León y Veracruz) cobran aproximadamente un salario mínimo general por su resolución; el problema (como se vio en el apartado de debido proceso) se encuentra en las atribuciones otorgadas sobre el particular, a los funcionarios competentes.

Puede pensarse que como en el debido proceso, se peca de discrecionalidad, sin embargo, en esta ocasión el problema se sustenta en las antípodas de aquella, es decir, las facultades administrativas de los oficiales del Registro Civil (en todos los estados de la muestra) son regladas. Es decir, no tienen un margen de acción que les permitiera flexibilizar los requisitos apuntados. Así pues, en los códigos civiles y reglamentos de Registro Civil (u ordenamientos análogos)⁴⁷⁷ de: Sinaloa,⁴⁷⁸ Jalisco,⁴⁷⁹ Distrito Federal,⁴⁸⁰ Querétaro,⁴⁸¹ Hidalgo,⁴⁸² Yucatán,⁴⁸³ Chihuahua,⁴⁸⁴ Nuevo León⁴⁸⁵ y Chiapas⁴⁸⁶ se construye la obligación del oficial de cerciorarse de que el migrante se encuentra en el país de forma regular. Destaca, al parecer del autor, lo dicho en el artículo 23, fracción II, del Reglamento del Registro Civil para Sinaloa, aún vigente, en el que se dice:

Artículo 23. Los Oficiales al registrar actas del estado civil en que intervengan extranjeros, se sujetarán a las siguientes prescripciones:

I. No celebrarán ningún acto del estado civil en que intervengan algún extranjero sin la comprobación previa, por pare de éste, de su legal estancia en el país. Tratándose de matrimonios de extranjeros con mexicanos deberán exigir, además, la autorización de la Secretaría de Gobernación;

II. *Las actas de nacimiento, reconocimiento de hijos y defunción deberán levantarse en los términos señalados por el Código Civil y cuando los extranjeros que intervengan no*

⁴⁷⁷ Por ejemplo, en Yucatán dicho cuerpo legal se denomina Código del Registro Civil, asimismo en el estado de Hidalgo las funciones del Registro Civil son reguladas por la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo.

⁴⁷⁸ Artículo 23, fracciones I y II, del Reglamento del Registro Civil para el estado de Sinaloa.

⁴⁷⁹ Artículos 26 y 27 del Reglamento del Registro Civil para el estado de Jalisco.

⁴⁸⁰ Artículo 49 del Reglamento del Registro Civil para el Distrito Federal.

⁴⁸¹ Artículo 31 del Reglamento del Registro Civil para el municipio de Querétaro.

⁴⁸² Artículos 412 y 416 de la Ley para Familia del estado de Hidalgo.

⁴⁸³ Artículo 30 del Código del Registro Civil.

⁴⁸⁴ Artículo 31 del Reglamento Interno del Registro Civil para el estado de Chihuahua.

⁴⁸⁵ Artículo 17, fracción XVII, de la Ley del Registro Civil para el estado de Nuevo León.

⁴⁸⁶ Artículo 27, fracción VI, del Reglamento del Registro Civil para el estado de Chiapas.

acrediten su estancia legal en el país, se tomará nota de su nombre, ocupación y domicilio y se dará aviso a la Dirección General de Población de la Secretaría de Gobernación; (énfasis añadido).

En el citado numeral se configura el deber del oficial del Registro Civil de avisar a la Secretaría de Gobernación sobre el *estatus* migratorio de los padres del menor, lo que seguramente concluiría en su presentación ante el Instituto. Esto contraviene lo dicho por la Ley de Migración en el sentido de que sólo las autoridades designadas por la Secretaría de Gobernación podrán resolver asuntos migratorios... los funcionarios del Registro Civil no se encuentran en esa nómina de funcionarios.

Por cuanto hace a Baja California Sur, se obliga al oficial del Registro Civil en el artículo 30, fracción II, del Reglamento Interior del Registro Civil a “garantizar el cumplimiento de los requisitos que la ley prevé” para el registro de un menor. Con una redacción muy similar los artículos 9o. y 10 del reglamento análogo de Tamaulipas y el 583 del que corresponde a Tlaxcala, configuran la misma obligación para sus oficiales del Registro Civil. Lo anterior obliga al citado funcionario a no permitir la flexibilización en el cumplimiento del requisito, recuérdese aquello de que sus funciones son regladas. El caso de Tabasco, es harina de otro costal.

En el artículo 32 de su reglamento del Registro Civil se nominan los actos que el oficial del Registro Civil de Tabasco no podrá realizar. En la fracción sexta se dice que no podrá:

Autorizar... o celebrar cualquier acto del estado civil en que intervenga algún extranjero, sin la comprobación de su legal estancia en el País, salvo los casos de registro de nacimiento en tiempo, y de defunción, de conformidad con el artículo 68 de la Ley General de Población.

De la lectura es sencillo inferir que el oficial del Registro Civil, cuando un migrante irregular le presente a su hijo para ser registrado, pueda —con base en la excepción— llevar a cabo el trámite. Sin embargo, cuando nos remitimos al artículo 68 de la Ley General de Población (por cierto, hoy derogado) en él se dice lo mismo que en la fracción sexta del artículo tabasqueño, sólo que reenvía a su reglamento (ese sí, en su totalidad vigente) para ver los términos de la excepción. Cuando llegamos al artículo 149 del Reglamento de la Ley General de Población nos topamos con una sorpresa, la excepción no existe, pues sólo se dice que el oficial deberá notificar a la Secretaría en un término no mayor a 15 días sobre la irregularidad en el estatus del migrante. Es decir, la inferencia realizada en la primera línea del presente párrafo no puede llevarse a cabo.

Visto todo lo anterior resulta notorio que tanto los requisitos para el registro como las atribuciones que se le otorgan al funcionario administrativo para llevarlo a cabo, se erigen como un obstáculo para el migrante irregular, en específico para su hijo, quien es el que sufre de apatridia y de falta de nombre. Es verdad que sólo se analizaron 15 entidades federativas de las 32 que conforman México; sin embargo, siguiendo lo dicho por el CDH en su observación general número 31, los derechos contenidos en el Pacto “serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, *sin limitación ni excepción alguna*”⁴⁸⁷ (énfasis añadido). Por tanto, al ser México una federación, el hecho de que una sola de sus entidades federativas no permita —en virtud de sus ordenamientos internos— el pleno ejercicio del derecho humano al reconocimiento de la personalidad jurídica, provoca que el Estado mexicano incumpla con sus obligaciones en el Pacto, en específico con las de respeto y garantía.

Pasemos a la segunda perspectiva. El desarrollo que se le dará a ésta se liga de forma importante con el debido proceso. Se avocará a observar el grado de garantía que el Estado mexicano debe proveer al migrante irregular adulto, para el ejercicio de este derecho a través de la provisión de documentos de identificación, carga que indudablemente comparte con el Estado de origen del migrante irregular. Dicho grado no se entiende literalmente como la medida del cumplimiento, que visto así puede variar en intensidad, sino como una responsabilidad común para ambos Estados, en la cual México debe garantizar los medios para la obtención de documentos de reconocimiento en tanto que el país de origen del migrante debe proveer los mecanismos para entregarlos de una forma tal que dicho derecho no se vulnere.

Aquí nos corresponderá analizar lo relativo a México, para tal fin se deben delimitar el sujeto del análisis y el contexto en el cual dicho reconocimiento debe darse. Es decir, para la perspectiva anterior el sujeto era el niño nacido en México, hijo de migrantes centroamericanos irregulares y el medio de reconocimiento la partida de nacimiento; el contexto por tanto era la conformación de la personalidad jurídica a través del nombre y la nacionalidad. En este caso, el migrante en análisis ya tiene configurada su personalidad jurídica y, seguramente (si ya cumplió la mayoría de edad) tiene capacidad de goce y ejercicio, por lo que podría ejercer sus derechos sin necesidad de representación. Su contexto es entonces, aquel en el que el migrante ve vulnerado su derecho humano al debido proceso por falta de reconocimiento a su personalidad jurídica.

⁴⁸⁷ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, 29 de marzo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párrs. 1, 2 y 4.

La relación del derecho humano al reconocimiento de su personalidad jurídica tiene (como se dijera al inicio de este apartado) una relación consustancial con el debido proceso, dado que, reconocido como sujeto de derecho, el migrante tiene la *posibilidad* de impugnar los actos de autoridad o, en otra hipótesis, de defenderse de los actos de particulares, ante las instancias establecidas por el Estado para tal propósito.

En las líneas restantes de este apartado veremos cómo el hecho de que el migrante no sea reconocido en su personalidad jurídica le vulnera a un grado tal que no puede defender ni vindicar los derechos humanos que la Ley de Migración le reconoce. Bien, en el hartó mencionado análisis del debido proceso se dijo que uno de los obstáculos sufridos por el migrante irregular era el reconocimiento de su legitimación como parte en los medios de impugnación dispuestos para él. La legitimación procesal sin duda guarda una relación causal con el reconocimiento de la personalidad jurídica, esto puede entenderse claramente cuando se parte de que sólo un sujeto de derecho con capacidad jurídica puede ocurrir ante las instancias de impugnación para ejercer su derecho de defensa.

Así pues, cuando el reconocimiento de la personalidad se limita o deja de observar, deviene la imposibilidad de actuar para el sujeto, lo que se traduce en la sustancial disminución de su capacidad jurídica. Este escenario trasladado a la arena eminentemente procesal, configura su indefensión dado que no gozaría de legitimación activa en su causa, ni podría demostrar interés jurídico (aspecto capital en la defensa de un derecho) para su defensa. En el contexto anterior, es que la falta de esta potestad legal “impide el nacimiento del ejercicio del derecho de acción”⁴⁸⁸ y por tanto el pronunciamiento de una sentencia válida al respecto. De esto resulta visible la relación entre la personalidad jurídica, la legitimación procesal y el debido proceso. Sin la primera no se da el tercero.

En tal orden de ideas es atinado recordar que en el recurso de revisión el migrante debe demostrar su capacidad jurídica para gozar de legitimación. ¿Cómo hacerlo? En primera instancia téngase claro que, para nuestro caso de análisis, ésta ya se habría configurado en su totalidad. Sin embargo no podría ser demostrada a menos que la sola palabra del migrante bastara para tal efecto. En Centroamérica el medio básico para demostrar la nacionalidad, el nombre y la capacidad de ejercicio es el documento único de identificación o DUI. Dicho documento permite al migrante irregular

⁴⁸⁸ Terán Contreras, Juan Manuel, “La legitimación procesal”, *Legislación ambiental en América del Norte. Experiencias y mejoras prácticas para su aplicación e interpretación jurisdiccional*, México, UNAM, 2011, p. 230.

presentado ante el Instituto demostrar su identidad; en caso de su falta la partida de nacimiento es el instrumento idóneo para tal fin, o en defecto de ambos, las misiones diplomáticas de los países centroamericanos en México así como sus oficinas consulares pueden extender un “documento de identificación de persona” a través del cual, bajo el sello de la misión diplomática, se certifica que el migrante irregular es nacional de su país.

El Instituto, con fundamento en el artículo 79 de la Ley de Migración, podrá solicitar al Consulado que provea dicho documento. Para obtener este último, resulta fundamental que el personal adscrito a funciones consulares de protección realice una entrevista al migrante. Esto puede darse ya porque el cónsul visite asiduamente las estaciones migratorias, acto a través del cual se le informaría sobre la necesidad de que extendiera el documento, o bien, porque el migrante —en ejercicio de su derecho a la asistencia consular— solicitara al Instituto que se le informara a su Consulado sobre su presentación y, una vez que la representación estuviese segura de la identidad del susodicho, ésta pudiera proveer el documento de mérito.

Sin embargo, el citado documento, no es un comodín que pueda resultar útil para cualquier necesidad del migrante en este caso, respecto al reconocimiento de su personalidad, dado que como nos comentara el oficial a cargo del departamento de protección del Consulado de Honduras en la ciudad de Veracruz, su fin primordial es que los funcionarios del Instituto tengan certeza de la nacionalidad del presentado y puedan, en consecuencia, saber a qué país enviar al migrante.

En lo relativo al acta de nacimiento, el cónsul Héctor Sipac, adscrito a la sección consular de la Embajada de Guatemala en la Ciudad de México, nos comenta que sólo si el Instituto Nacional de Migración solicitara por medios institucionales una partida de nacimiento, aquella podría proveer, únicamente, una copia simple del acta (luego de aproximadamente 10 días de espera); misma que al no estar certificada puede ser desechada como elemento de prueba para demostrar la identidad del migrante. Esto desde luego limita su capacidad jurídica.

En tal contexto es que el migrante ve limitado su espectro de defensa. No es menester de este apartado reiterar lo dicho sobre el debido proceso; sin embargo, sí nos resulta necesario establecer el mencionado grado de obligación que tiene México con relación a esta problemática, dado que —siguiendo a la Corte IDH— la provisión de estos documentos de identificación, para el caso concreto, deviene en el cumplimiento de la obligación de garantía que el Estado tiene respecto al derecho en comento.

Así pues, el artículo 9o. de la Ley de Migración, sólo tutela la primera perspectiva del derecho analizado (registro de nacimiento) y no continúa en

el discurso del garantismo respecto al reconocimiento de la personalidad jurídica del migrante que se encuentra presentado ante el Instituto. Esto podría llevarse a cabo a través de una redacción que construyera la obligación específica del Instituto respecto a la providencia de un mecanismo a través del cual el migrante pudiera allegarse de medios de identificación, sin embargo, ésta es inexistente. No está por demás comentar, que la ley sí le otorga el derecho al migrante de obtener “copia certificada de las promociones y documentos” que obren en el expediente administrativo para efectos de poder interponer el recurso adecuado, o en su caso, el juicio contencioso administrativo. Sin embargo, su personalidad jurídica, queda en una zona límbica, en la cual la ley no la tutela ni obliga a la maquinaria estatal a garantizarla.

Es por lo anterior, que con independencia de la asistencia consular que los países centroamericanos pudieran prestarle al migrante para satisfacer su demanda de documentos de identificación, en la ley no queda protegida esta segunda perspectiva del derecho humano al reconocimiento de la personalidad jurídica. Por lo que de manera manifiesta el Estado mexicano incumple con su obligación de garantía al respecto; no en el mismo sentido que con el registro de nacimientos (dado que en ese caso el problema es que los requisitos plantean un obstáculo al ejercicio del derecho) sino que al no tutelarlos en la ley, deja en la indefensión al migrante centroamericano.

V. DERECHO A LA SALUD

Con el apartado de personalidad jurídica concluimos los tres derechos civiles analizados en esta tesis. Ahora corresponde iniciar el atinente a derechos económicos y sociales; iniciamos con el derecho a la salud. Para tal fin, le conceptualizaremos siguiendo al CDH, gracias al cual también podremos observar qué tipo de obligaciones emanan para los Estados partes en el segundo Pacto del 66 a partir de este derecho. Asimismo, se seguirán algunos estudios doctrinarios e improntas internacionales relacionadas con el tema. Posteriormente, podremos enfocarnos al análisis del derecho a la salud en la Constitución, la Ley de Migración, la Ley General de Salud y otras normas subordinadas. Con base en ese análisis observaremos que México no respeta, no protege, ni garantiza dicho derecho humano dispensado al migrante irregular centroamericano.

Comencemos entonces por el panorama internacional. En 1946, a partir de la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York, es adoptada el 19 de junio de 1946, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Dicho documento afirma que “la salud es un estado de

completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. [Así pues] el goce del grado máximo de salud que se puede lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”.⁴⁸⁹ Con las líneas anteriores se configuró un derecho humano universal.

Luego de lo dicho por la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, el instrumento internacional que mejor abarca y amplía incluso, dicho derecho humano es el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En su artículo 12 se dice que “los Estados partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mencionando además que aquellos deberán adoptar las medidas adecuadas⁴⁹⁰ a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.

Dicho artículo conforma un mosaico interesante de construcción jurídica, pues por un lado configura el derecho humano y por otro la obligación del Estado, a través de una responsabilidad que sólo puede ser cumplida mediante la adopción de las medidas anteriores. Recordando la primera parte del presente capítulo, téngase claro que estas deberán ser *inter alia*, administrativas, presupuestales, incluso educativas, y por supuesto legislativas.

Las últimas tienen un peso muy particular, sin embargo, antes de ahondar en ellas —pues son de vital importancia para el desarrollo de este apartado— resulta necesario que veamos la observación general número 14, del CEDESC, dado que reviste un medio de interpretación importantísimo, a nivel jurídico, de este derecho y nos permitirá dar con la conceptualización prometida apenas. ¿En qué consiste el derecho humano a la salud? De primera mano entendamos —como lo afirma la observación en análisis— que “el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de”⁴⁹¹ ellos para realizarse. Es decir, así como se mencionó la relación interdependiente que existe entre los derechos civiles analizados antes, en materia de derechos económicos, sociales y culturales la interdependencia también resulta patente. Más aún porque —como lo reconocen las Directrices de Maastricht— “hoy en día es indudable que los dere-

⁴⁸⁹ Organización Mundial de la Salud, “Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf.

⁴⁹⁰ Sobre el particular Vásquez, Javier, “El derecho a la salud”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vol. 40, p. 270.

⁴⁹¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general, núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 11 de agosto de 2000, E/C.12/2004, párr. 3.

chos humanos en su conjunto son *indivisibles, interdependientes, interrelacionados y de igual importancia para la dignidad humana*".⁴⁹²

Lo anterior se traduce en que en el derecho a la salud interviene la eficacia de los derechos:

A la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación⁴⁹³

Es decir, el derecho a la salud se ejercita en la medida que los anteriores tienen vigencia y asequibilidad, denominados por el Comité como "factores determinantes de salud".⁴⁹⁴

Esto configura, si es que se desea un derecho a la salud eficaz en todos los niveles, la necesidad urgente de un sistema jurídico-político que pueda brindar —como lo afirma la observación general comentada— "el disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud".⁴⁹⁵ O visto de otro modo, configura "una mayor protección del ser humano a través de un mayor compromiso administrativo y económico"⁴⁹⁶ por parte del Estado.

En este orden de ideas, el derecho a la salud no sólo involucra un estado previo de menoscabo o limitación en ella (funciones corporales), que deba

⁴⁹² Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales", E/C.12/2000/13, 2 de octubre de 2000, párr. 4.

⁴⁹³ Organización Mundial de la Salud, *Veinticinco preguntas y respuestas sobre salud y derechos humanos*, Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos, núm. 1, julio de 2002, pp. 7 y 8.

⁴⁹⁴ Sobre el particular: Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 14, párr. 11, "El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva".

⁴⁹⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general, núm. 14, párr. 9.

⁴⁹⁶ Montiel, Lucía, "Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 40, p. 294.

ser erradicado mediante “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”,⁴⁹⁷ sino también envuelve su prevención,⁴⁹⁸ y el control de diversos factores bajo el control del Estado, lo que se inscribe de forma sustancial en la creación y desarrollo de medidas legislativas y políticas adecuadas.⁴⁹⁹

Visto lo que precede, podemos concluir preliminarmente que la comprensión literal de un derecho a la salud —entendiendo este término como un estado de normalidad orgánica— no parte del sufrimiento previo de una enfermedad,⁵⁰⁰ sino de un modelo de condiciones psicológicas, físicas y por supuesto sociales, culturales, políticas —según afirma Castro—⁵⁰¹ e incluso ambientales y genéticas —siguiendo lo dicho por La Palma—⁵⁰² a través de las cuales el sujeto desarrolle mejor sus aptitudes y pueda entonces involucrarse en su sociedad de manera más activa⁵⁰³ alcanzando —en palabras de Fernández Sessarego, citado por Peyrano—⁵⁰⁴ el bienestar integral de la persona. Por lo anterior su satisfacción no sólo se limita a la dación de servicios médicos en situaciones de emergencia sino a un abanico integral de posibilidades que concluyen en el mejor desarrollo del ser humano.

Ahora bien, su eficacia se ve sujeta a la aplicación de los siguientes elementos que el CEDESC desarrolla de forma muy puntual en la observación harta citada,⁵⁰⁵ estos son: 1) disponibilidad: cada Estado parte en el Pacto

⁴⁹⁷ Naciones Unidas, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12, fracción. VI.

⁴⁹⁸ Montiel, Lucía, “Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria”, *cit.*, p. 295.

⁴⁹⁹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales”, párr. 1.

⁵⁰⁰ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general, núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), párr. 7.

⁵⁰¹ Castro, Arachu, “Sobre el derecho a la salud”, *Revista Cubana Salud Pública*, núm. 32, 2006, p. 4.

⁵⁰² Lapalma, Juan Carlos, “Contenido del derecho a la salud” en Barbero, Omar U., *Derecho a la salud*, Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, 2007, pp. 57 y 58.

⁵⁰³ Vásquez, Javier, *El derecho a la salud*, *cit.*, p. 274.

⁵⁰⁴ Peyrano, Guillermo, “El derecho personalísimo a la salud y su protección” en Barbero, Omar U., *derecho a la salud*, *cit.*, p. 10.

⁵⁰⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general, núm. 14, párr. 12.

deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de salud, 2) accesibilidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte bajo cuatro dimensiones, que son: 2.1) no discriminación, 2.2) accesibilidad geográfica, 2.3) accesibilidad económica, y 2.4) acceso a la información (sobre los bienes y servicios que proveen).

El tercer elemento sería 3) aceptabilidad: es decir, que los médicos y demás personal adscrito a los centros de salud, siguiendo la ética de su profesión brinden el servicio de manera respetuosa y equitativa, y 4) calidad: los establecimientos y servicios deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico.

Dichos elementos serán aplicados por los Estados, de forma progresiva, es decir “a través de un conjunto de acciones tendientes a un objetivo (en este caso el pleno ejercicio del derecho analizado) que deben ser tomadas en un corto y razonable tiempo”.⁵⁰⁶ Lo anterior no representa, sin embargo, un nicho de inacción para los Estados parte dado que en interpretación del segundo Pacto del 66, las Directrices de Maastricht afirman que hay obligaciones progresivas (que pudiéramos llamar de tracto sucesivo) y otras de tracto inmediato.

Estas últimas son las obligaciones enfocadas a la satisfacción de un mínimo esencial para cada derecho. Por tal motivo, son aplicables independientemente de la disponibilidad de recursos, o de cualquier otro factor o dificultad en el país de que se trate.⁵⁰⁷ Más aún, su aplicación reviste inmediatez, por lo que el comentado mínimo esencial del derecho a la salud tiene que implementarse al momento, para que goce de eficacia, con independencia de que andado “el corto y razonable tiempo” se logre la total satisfacción de los elementos apuntados.

Esto último reviste una capital importancia para la eficacia de este derecho humano, por dos razones. La primera es relativa a que el Estado no puede fundarse en su derecho interno para dejar de aplicar las disposiciones del Pacto invocando aquel como justificación para el incumplimiento de sus obligaciones inmediatas. Esto se debe a que “generalmente se acepta que

⁵⁰⁶ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales”, párr. 6.

⁵⁰⁷ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 3, La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes, (artículo 2.1), párr. 9.

la legislación interna debe ser interpretada de forma que se respeten las obligaciones jurídicas del Estado”,⁵⁰⁸ y la segunda involucra la inviabilidad de crear o implementar, ya una política o un cuerpo legal, que traiga como consecuencia la regresión del estatus actual que el derecho a la salud goce en un Estado parte determinado. Es decir, una vez satisfecho el mencionado nivel esencial de cumplimiento sólo hay posibilidad de mejora... no de menoscabo.

En tal orden de ideas, estas obligaciones mínimas se dividen, según las multicitadas Directrices de Maastricht, en obligaciones de conducta y de efecto, las primeras “exigen acciones racionalmente concebidas con el propósito de asegurar el ejercicio del derecho”. Las segundas “requieren que los Estados cumplan objetivos concretos que satisfagan una norma sustantiva precisa”. De lo dicho por Maastricht, ligamos a la observación general número 14 del Comité, donde se afirma que las obligaciones referidas son de tres tipos: respetar, proteger y garantizar. En esencia la triada que referimos no varía sustancialmente del marco general brindado hace ya algunos apartados; sin embargo, en el caso concreto estas guardan elementos específicos que bien vale la pena incluir para lograr una mejor comprensión del derecho en análisis.

La observación general menciona en sus párrafos 34 a 36 los esquemas generales de estos deberes enfocados al derecho a la salud. Respecto a la primera dice: “En particular los Estados tienen la obligación de respetar, es decir abstenerse de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud, absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual a todas las personas, incluidos, los inmigrantes ilegales”.⁵⁰⁹ La relativa a la protección encuadra el fenómeno de la dación de servicios médicos por manos privadas, los cuales según afirma el Comité, deben respetar los elementos que se esbozaran apenas y, sobre todo, no discriminar en la atención al paciente. Asimismo, el Estado debe velar porque el cobro de los servicios médicos privados sea proporcional, es decir, la ganancia económica para el particular no debe rebasar los límites del servicio brindado (causando una mejora exacerbada para el primero y un menoscabo enorme para el segundo).

Sobre la obligación de garantía dice el Comité:

Requiere, en particular, que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del de-

⁵⁰⁸ *Ibidem*, párr. 15.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, párr. 34.

recho a la salud” también deben “facilitar” el derecho en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismo ese derechos con ayuda de los medios a su disposición.⁵¹⁰

Ahora bien ¿cuándo se violan estas obligaciones? De forma muy puntual el Comité, brinda hipótesis de incumplimiento sumamente interesantes, que se ajustan a nuestro trabajo. Comenta el Comité, en la observación general número 14, que la obligación de respetar se incumple —y por tanto se viola el derecho a la salud— cuando acciones políticas o leyes de los Estados contravienen las normas establecidas por el artículo 12 del Pacto, y las cuales puedan ser susceptibles de producir lesiones y una mortalidad evitable “ejemplo de ello es la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la discriminación de *iure* o de *facto*”.⁵¹¹ En lo relativo a la obligación de garantía, éstas se producen cuando los Estados no adoptan las medidas necesarias para dar efectividad al derecho.⁵¹² “Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos”.⁵¹³ Esto produce que la “facilitación” del servicio no sea posible.

De lo aportado por el Comité respecto a la comprensión de las obligaciones internacionales, podemos ver: primero, que la clasificación hecha por Maastricht respecto a “conducta y efecto” es fácilmente asimilable al respeto, protección y garantía. A manera de ejemplo, se cita textual una pequeña parte del párrafo 30 de la observación analizada, en donde se dice que: “El Estado tiene obligaciones de efecto inmediato. Como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna”.⁵¹⁴ Segundo, que —como se mencionara al inicio de este apartado— la ley juega un papel fundamental (aunque no exhaustivo) en el cumplimiento de este derecho, y que, tercero, la política pública es el correlato ideal de la norma para lograr que el derecho a la salud goce de pleno ejercicio.

⁵¹⁰ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 14, párr. 36.

⁵¹¹ *Ibidem*, párr. 50.

⁵¹² Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales”, párr. 2.

⁵¹³ *Ibidem*, Párr. 39.

⁵¹⁴ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 14, párr. 30.

Respecto al segundo elemento, debe tenerse presente que, como se dijera en el primer capítulo y se desarrollara un tanto en el presente, el derecho puede tener roles dicotómicos. En este sentido, y para efectos de nuestro análisis, comenta Vásquez⁵¹⁵ que la ley puede erigirse como medio para ejercer derechos o como obstáculo para impedir su ejercicio... Aquí interesa la primera visión. Esto se debe a que aun cuando su papel no es exhaustivo, por otro lado, su protagonismo en la concreción del ejercicio de derechos humanos es innegable⁵¹⁶ e, incluso, ineludible. La regla como elemento de legitimación para la política pública es necesario, y todavía más si se toma en cuenta que la ley da el renglón o parámetro a partir del cual se puede ejercitar ese derecho.

En este orden de ideas, la construcción jurídica pulida y congruente con las realidades que confluyen en un sistema jurídico-político, representa un gran avance tendiente al respeto, garantía y protección del elemento humano. Así, siguiendo a Montiel, que une esta idea con el derecho a la salud:

... Las legislaciones no reemplazan a la política de salud pública, más bien son parte de esta y ambos son necesarios para una protección y promoción efectiva de la salud. Así, la legislación es un instrumento esencial para establecer los derechos humanos, referir las obligaciones internacionales del Estado con relación a la prestación de servicios sanitarios.⁵¹⁷

Esto último da pie a iniciar nuestro análisis enfocándolo al derecho a la salud del migrante irregular en México. Ya con el análisis anterior observamos la conceptualización internacional que se le ha dado al derecho humano a la salud; se vieron los elementos que deben ser satisfechos para que éste pueda ser ejercido, y además tomamos nota de las obligaciones internacionales que surgen a partir de aquel. Así pues nos corresponde iniciar tomando en cuenta el artículo 28 de la Convención objeto de nuestro estudio que le reconoce al migrante irregular el “derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud, en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate”. Esto configura una obligación específica para el Estado mexicano.

⁵¹⁵ Vásquez, Javier, *El derecho a la salud*, cit., p. 275.

⁵¹⁶ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 14, párr. 30 y 18.

⁵¹⁷ Montiel, Lucía, *Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria*, cit., p. 267.

Cabe decir que el artículo 28 de la Convención no goza de la misma amplitud que el artículo 12 del segundo Pacto del 66, en el sentido de que el derecho a la salud, para el segundo instrumento, abarca la garantía del universo restante de derechos humanos para lograr su satisfacción integral. Sin embargo, la interpretación que el CEDESC ha realizado de dicho derecho siguiendo su artículo 12 (retomada en las líneas previas) nos será sumamente útil para hacer lo propio con el vigésimo octavo de la Convención en relación a diversas leyes mexicanas.

Bien, constitucionalmente,⁵¹⁸ el derecho a la salud en México tiene, según comenta Sánchez Cordero,⁵¹⁹ una protección específica que ha sido fortalecida a través de jurisprudencia constitucional, en un numeral relativamente joven dentro de la Constitución mexicana: el artículo 4o. surgido a partir de la reforma del 3 de febrero de 1983, en el se afirma puntualmente que: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”. Así pues, siguiendo la generalidad de la técnica legislativa en los textos constitucionales, reenvía el desarrollo de este derecho sustantivo a la “ley”, es decir a los ordenamientos que, jerárquicamente inferiores a la Constitución, tienen el papel de reglamentarle o de desarrollar sus parámetros. Al respecto, el artículo 4o. dice: “La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general”.

Así pues, el párrafo 3o. del artículo 4o. (derecho a la salud) se reglamenta a partir de la Ley General de Salud de 1984, ordenamiento jurídico de orden público e interés social, en cuyo artículo 2o. se afirma que el derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

- I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- II. La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuvan a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;

⁵¹⁸ El derecho a la salud y/o protección de la salud se encuentra consagrado en 20 de las 35 Constituciones de la región (Bolivia, Brasil, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. *Cfr.* Vásquez, Javier, *El derecho a la salud*, *cit.*, p. 269.

⁵¹⁹ Sánchez Cordero, Olga, *El derecho constitucional a la protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México*, Colección Discursos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000.

- IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;
- VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y
- VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Sánchez Cordero, dice atinadamente, que las primeras hipótesis de dicho numeral, siguen la vocación internacional del artículo 12 del PIDESC. Entre ellos, quizás el de mayor relevancia para nuestro análisis, sea el seguimiento al principio internacional de no discriminación. Éste supone que el migrante irregular venido de Centroamérica pueda disfrutar del ejercicio de su derecho a la salud en México. Lo anterior, sumado a que el artículo 3o., fracción III, de la Ley General de Salud afirma la preferencia de grupos vulnerables en la obtención de los beneficios de los servicios de salud, pareciera configurar una garantía preliminar al derecho mediante su tutela en la norma. Sin embargo, lo anterior no es sinónimo de garantía, dado que únicamente se tutela una parte específica del derecho en análisis, que es la atención médica; en tanto se soslaya lo dicho antes sobre que, el ejercicio integral del derecho a la salud, está en interdependencia con la de un universo muy amplio de derechos.

¿Y qué es la atención médica? En los artículos 24 y 27 de la Ley General de Salud se dice que es un servicio de salud que comprende actividades preventivas, curativas, paliativas y de rehabilitación incluyendo la atención de urgencias. Súmese a esto lo dicho por el artículo 32 de la misma ley, en lo relativo a que los fines de la atención médica son la protección, promoción y restauración de la salud, a través de las actividades apuntadas. En tal orden de ideas es visible que el concepto de atención médica, si bien no goza de la amplitud suficiente como para tutelar todos los aspectos del derecho a la salud, sí es lo suficientemente holgado como para garantizar el cuidado del sujeto y evitar un menoscabo en su salud o incluso la muerte.

Dicha atención médica, para efectos de nuestro tema de estudio, también se tutela en el artículo 8o. de la Ley de Migración. En sus párrafos segundo y tercero se afirma:

Los migrantes tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica, provista por los sectores público y privado, independientemente de su situación migratoria, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.

Los migrantes independientemente de su situación migratoria, tendrán derecho a recibir de manera gratuita y sin restricción alguna, cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida.

El panorama esbozado hasta aquí parece prometedor, sin embargo, deben tomarse en cuenta otros factores importantes antes de echar campanas al vuelo, como se dijera apenas. Siguiendo los elementos que la observación general núm. 14 nos brindara (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad), veremos si de acuerdo a ellos el Estado mexicano provee de atención médica a los migrantes irregulares, dado que contrajo un compromiso específico con la comunidad internacional al ratificar la Convención objeto de nuestro estudio. En cuyo artículo 28 se construye el derecho del migrante irregular a recibir atención médica (urgente y no urgente) sin que pueda negarse por motivos de irregularidad.

Iniciemos con la disponibilidad. Aquí veremos dos escenarios: el del migrante irregular que puede solicitar atención médica fuera de una estación migratoria, y aquel que es presentado ante el Instituto e ingresa a una de ellas. Veamos el primero: México goza de un Sistema Nacional de Salud en el cual la atención médica es un servicio de salud público general, configurado para su dación en dos esferas administrativas concurrentes, la federal y la estatal. La primera centraliza los ámbitos de planeación e ideación de programas, prestación de la mayoría de servicios disponibles; en tanto que la segunda aplica lo estipulado por la primera con la intención de acercar en la mejor forma posible, los servicios de salud a un mayor porcentaje de la población. La esfera federal es neurálgica para efectos de planeación.

Dentro del ámbito federal, la regulación para la dación de servicios de salud se articula a través de varios regímenes atinentes a la seguridad social en México, son tres los principales: el de trabajadores al servicio del Estado (ISSSTE), el de aquellos al servicio de las fuerzas armadas (ISFAM) y aquel dispensado por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), con dos ramas principales: el régimen obligatorio (enfocado a la protección de la salud y al desarrollo del sistema pensionario) y el voluntario (cualquier persona puede pagar para asegurar la dación de servicios médicos). Junto con éstos, la Ley General de Salud, siguiendo la concurrencia mencionada entre la federación y las entidades federativas, crea un Régimen Estatal de Protección Social en Salud.

Bajo este Régimen, se aplican diversos programas federales enfocados a la dación de servicios médicos, entre ellos destaca por ser más reciente el denominado “Seguro Popular” (2006), con él “se garantiza el acceso oportuno y sin discriminación a servicios médicos” para quienes no son sujetos

de los tres regímenes anteriores. Para gozar de dicho servicio se tienen que satisfacer diversos requisitos, entre ellos el que vulnera de forma notoria al migrante es la entrega de su clave única de registro de población (CURP) o documento oficial que lo contenga para efectos de dar inicio a su registro en Régimen. ¿Y la CURP no es un documento únicamente ostensible para mexicanos?

Así pues, si el migrante no entrega su CURP (lo que resulta lógico) no puede adherirse al citado régimen de protección. Cabe decir que tampoco podrá hacer lo propio en los tres restantes dado que necesitaría, forzosamente, ser trabajador o beneficiario de algún trabajador afiliado a dichos regímenes. Lo anterior se traduce en una falta de garantía del derecho humano a la salud contenido en el artículo 28 de la Convención, dado que —siguiendo la observación general núm. 14— el que un Estado no pueda proveer de servicios de salud accesibles para todos los seres humanos, en virtud de la falta de un documento de identidad (ligado por supuesto a la discriminación por motivos de origen nacional) trae como consecuencia un incumplimiento manifiesto de sus obligaciones de respeto y garantía.

Respecto al segundo escenario, diversas organizaciones de la sociedad civil como Sin Fronteras⁵²⁰ o Amnistía Internacional⁵²¹ han detectado graves problemas respecto a la disponibilidad de servicios médicos, en virtud de que el hacinamiento, la falta de higiene y de personal redundan en un servicio ineficaz. Esto desde luego tiene un trasfondo jurídico. En las estaciones migratorias la atención médica se dispensa siguiendo las normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias,⁵²² la redacción de sus disposiciones atinentes al derecho a la salud permiten la configuración de nichos de discrecionalidad. Así, por ejemplo, para que un migrante pueda ser llevado a un hospital por un padecimiento grave, resulta necesario que el personal de la estación lo apruebe, de lo contrario no será posible su traslado. Súmese a esto que no se dispone artículo alguno en donde se especifique un mínimo de personal médico especializado para poder brindar los servicios adecuados en las estaciones, ni se menciona que en ellas se deba

⁵²⁰ Sin Fronteras I.A.P., Situación de los derechos humanos de la población migrante en las estaciones migratorias de la ciudad de México y de Tapachula, Chiapas, 2005-2006, en <http://impra.sc.net:29572/PerfilesNacionales/Documents/M%C3%A9xico/F05.pdf>, p. 18.

⁵²¹ Amnistía Internacional, *Victimas invisibles en México. Migrantes en movimiento en México*, España, EDAI, 2010, pp. 22 y ss.

⁵²² Artículos 29 y 30 de las Normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de octubre de 2009.

tener un mínimo de materiales e insumos especializados para la atención de urgencias quirúrgicas y/o hospitalarias.

Pasemos a la Accesibilidad. Tengamos en cuenta que este elemento se conforma a su vez por: 1) no discriminación, 2) accesibilidad geográfica, 3) accesibilidad económica, y 4) acceso a la información. A juicio del autor, los dos elementos que inciden más en la esfera de ejercicio de este derecho, para el migrante irregular, son el primero y el tercero. Respecto a la no discriminación, la Ley General de Salud dispone en su artículo 36⁵²³ que cuando algún extranjero ingrese al país, únicamente, para gozar de los servicios médicos dispensados en él, tendrá que pagarlos en su totalidad (con excepción de los casos de urgencia). Por extranjero entiéndase migrantes regulares e irregulares.

En este contexto hay que tomar en cuenta que la ley caracteriza la disposición al relacionarla con el extranjero, aun cuando si se quiere, para evitar cualquier discriminación, tendría que dirigirse la disposición hacia “toda persona”; pues así como se encuentra actualmente reviste una medida legal enfocada únicamente al extranjero. Súmese a lo anterior que la ley no enuncia mecanismo alguno para comprobar si, efectivamente, el migrante solicitó la atención médica con intención maliciosa, presuponiendo su conducta maliciosa.

Este comportamiento lesivo contra el migrante, pareciera frenarse si se solicita atención médica para solventar una urgencia, según puede leerse en el artículo 36. El artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica dice que “se entiende por urgencia, todo problema médico quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata”. Sin embargo, cuando tomamos en cuenta que ni la Ley General de Salud ni su Reglamento, hacen salvedad alguna respecto al tratamiento dispensado al migrante en situaciones de emergencia, es visible que dependiendo del juicio que emita el médico a cargo, se dispensaría el caso como urgente o no (siguiendo el artículo 72 del Reglamento); si se da la segunda hipótesis, el migrante podría ser calificado en seguimiento del artículo 36 y por tanto resultaría vulnerado.

⁵²³ Artículo 36. Las cuotas de recuperación que en su caso se recauden por la prestación de servicios de salud, se ajustarán a lo que disponga la legislación fiscal y a los convenios de coordinación que celebren en la materia el Ejecutivo Federal y los gobiernos de las entidades federativas. Para la determinación de las cuotas de recuperación se tomará en cuenta el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas del usuario... *A los extranjeros que ingresen al país con el propósito predominante de hacer uso de los servicios de salud, se cobrará íntegramente el costo de los mismos, excepto en los casos de urgencias.*

Con la disposición anterior, la Ley General de Salud permite un acto totalmente discrecional, dado que al no reglamentar de modo alguno el calificativo del artículo 36 para el extranjero, el funcionario de salud puede determinar, sin tocar baranda, que el extranjero ingresó con el ánimo de aprovecharse del sistema de salud, por lo que se ve obligado al pago del tratamiento dispensado. Esto se liga a la accesibilidad económica, con la cual se relaciona el hecho de que la atención médica tendría que ser pagada por el migrante para poder hacerse disfrutable, aun cuando un elemento fundamental de dicho derecho, según ha dispuesto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es precisamente la gratuidad.

En este último aspecto (gratuidad) conviene únicamente hacer un comentario que deja abierto un filón de investigación, cuyo esclarecimiento resulta necesario actualmente, y es la dación de servicios médicos por parte de privados en México. Con independencia de que su estatuto jurídico se encuentra regulado de forma extendida en diversos cuerpos legales, la Ley de Migración, también ordena que los migrantes tendrán derecho para acceder a servicios de salud en instituciones privadas, situación no menos paradójica cuando se toma en cuenta que el migrante irregular centroamericano generalmente no goza de recursos económicos... requisito indispensable para ingresar en estas últimas. Por lo anterior, se considera que el Estado mexicano incumple con una obligación de efecto en materia de protección, no porque la erogación sea incorrecta en general ni porque los servicios de salud sólo deban dispensarse por manos públicas, sino porque, dadas las condiciones del migrante, resulta discriminatorio que un migrante quien de por sí sufre asimetrías económicas con relación a migrantes regulares y a nacionales, tenga que erogar para evitar un menoscabo a su salud, o incluso para salvar su vida.

Corresponde tocar someramente el tema de la aceptabilidad, es decir la necesidad de que la profesión médica sea dispensada bajo parámetros éticos y por tanto, se brinde el servicio de forma respetuosa y equitativa. El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica dispone en su artículo 48 el derecho a que el usuario (en este caso el migrante irregular) reciba atención profesional y éticamente responsable por parte del personal médico que brinde servicios de salud. Lo anterior se liga entonces con un ejemplo codificado de la ética médica en el Código de Conducta para el personal de salud⁵²⁴ emitido por la Secretaría

⁵²⁴ Secretaría de Salud, Código de Conducta para el Personal de Salud, en http://www.hgm.salud.gob.mx/descargas/pdf/dirgral/codigo_conducta.pdf, consultado el 15 de enero de 2012.

de Salud de México y otras dependencias afines. En él se establece que el médico deberá defender la vida, salud, economía y dignidad del paciente que tenga ante sí, cuidando sobre todo no discriminarle con relación a otros.

A pesar de lo dispuesto apenas, por ejemplo, el CDH de Tabasco,⁵²⁵ destaca que al día de hoy las instituciones médicas generalmente rechazan al migrante irregular que llega herido, maltrecho o solicitando atención médica (que puede ser tildada como no urgente); asimismo otras voces públicas documentan que el migrante no tiene confianza en que el médico le vaya a auxiliar en lugar de afectarle más (cuestión ligada a la aplicación del parámetro ético),⁵²⁶ e incluso se ha documentado que se les niega el ingreso a los centros médicos por su condición e indumentaria.⁵²⁷ Todo esto contraviene de forma notoria el elemento de aceptabilidad. Y provoca por tanto violaciones a obligaciones de conducta en materia de respeto y garantía.

Por último es momento de analizar el cuarto elemento: calidad. Para tal fin nos abocaremos a los servicios que se brindan en las estaciones migratorias, dado que en ellos es donde se podría verificar si desde un punto de vista científico y médico son aptas para brindar atención médica al migrante irregular. Partamos del artículo 17 de las Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias, el cual dispone que la atención médica dispensada en ellas se limita al “examen médico que se requiere para valorar el estado de salud psicofísica de los alojados”. Así, únicamente si se determina que el migrante necesita una mayor atención médica, “el responsable de la Estación tomará las medidas pertinentes para canalizarlo a la institución de salud correspondiente”. Es decir, legalmente, las estaciones y el capital humano que desempeña una función pública en ellas, sólo debe satisfacer ese único requerimiento.

Con este contexto únicamente, tomaremos el caso de Veracruz, en donde se encuentra una de las tres estaciones migratorias más grandes del país (sólo

⁵²⁵ Comité de Derechos Humanos de Tabasco, “La trans migración centroamericana por el estado de Tabasco”, en <http://www.codehutab.org.mx/necesidadesyaccionesad.html>, consultado el 10 de enero de 2012.

⁵²⁶ Andrade, Sofía, “Migrantes centroamericanos, doblemente explotados”, Liga de trabajadores por el Socialismo-Contracorriente, en <http://www.ltsc.org.mx/spip.php?article152>, consultado el 8 de noviembre de 2010.

⁵²⁷ “Mujeres de la Patrona, esperanza de migrantes centroamericanas”, *La Jornada*, 15 de agosto de 2007, en <http://www.jornada.unam.mx/2007/08/15/index.php?section=espectaculos&article=a08n1esp>, consultado el 3 de octubre de 2011, y Mariscal, Ángeles, “Luz de la calle, oscuridad en el sur”, *La Jornada*, 12 de enero de 2009, en <http://migracion.jornada.com.mx/noticias/luz-de-la-calle-oscuridad-en-el-sur>, consultado el 3 de octubre de 2011.

superada por la de Chiapas y la de Iztapalapa en la Ciudad de México). En tal orden de ideas, se habló con una funcionaria de la citada Estación, y con el coordinador del Grupo Beta de Acayucan quienes comentaron que, dicho recinto tiene capacidad para 500 migrantes, pero que actualmente sólo tenía 50 migrantes presentados. Así las cosas, se les inquirió sobre las instalaciones médicas de la estación, ambos nos comentaron (por separado) que actualmente se cuenta con 1) un doctor de turno (médico general), 2) una camilla de revisión, 3) anaqueles con medicamentos del cuadro básico turnado por el IMSS, 4) instrumentos complementarios tales como barómetro, termómetro, y 5) insumos básicos (*v. gr.* vendajes, alcohol).

Asimismo, nos comentaron que la Estación de Acayucan no goza de la infraestructura necesaria para satisfacer un requerimiento de urgencia como un parto o una fractura, por lo que se estila enviar a los migrantes, que así lo requieran, al Hospital General de Acayucan donde se les brinda la atención médica adecuada. Para realizar esto es necesario que el médico de la estación lo solicite, que el director de la estación migratoria dé su aprobación, y por último, que en el Puerto de Veracruz la Delegación Regional del Instituto dé visto bueno para proceder al respecto. Esto puede exceptuarse momentáneamente cuando el migrante se encuentre en estado de gravedad.

De lo visto hasta aquí, vale la pena tomar dos datos, el primero: sólo hay un médico general para 50 migrantes; hecho empequeñecido si se piensa que el número de médicos no aumenta proporcionalmente al de migrantes presentados, pues de ser así, en un momento álgido de la capacidad en la estación, tendría que haber 10 médicos como mínimo; lo cual resulta inviable tomando en cuenta que las instalaciones médicas de la estación únicamente fueron pensadas para realizar el examen médico que enuncian diversos cuerpos legales migratorios; por lo que no existe la infraestructura para que los servicios médicos fueran dispensados en la estación.

El segundo dato, resulta más importante: aun cuando son las estaciones migratorias lugares donde el migrante asegurado reside antes de ser deportado o retornado, legalmente no se configuran mecanismos para garantizar la infraestructura debida que garantice al migrante atención médica digna. No es el hecho de convertirlos en hospital, aunque sí en recintos integrales con un centro médico bien instalado en ellas. Lo anterior reviste una falla de mecanismos para brindar atención médica, es decir aunque la estación reenvía a un centro de salud —con capacidad para resolver una situación con la que ella es incapaz de lidiar— lo cierto es que ella debiera satisfacer esa primera demanda. Por tanto es notorio el incumplimiento de la obligación de efecto en materia de garantía.

En tal orden de ideas puede verse que los recintos de salud en las estaciones migratorias, no son científicamente ni médicamente aptos, dado que no se goza del personal suficiente, ni profesionalizado; se sufre por falta de insumos e instrumentos, y no se tiene la infraestructura necesaria para dispensar atención médica en los términos tutelados por la Ley de Migración y la Convención.

VI. DERECHO A LA EDUCACIÓN

Finalizado el somero análisis anterior sobre el derecho a la salud, es momento de iniciar con el concerniente al segundo y último derecho económico, social y cultural, estudiado en este trabajo.

Antes de dar inicio, es necesario dejar claro un aspecto que afectará el desarrollo del presente apartado y que probablemente lo haga *sui generis* con relación al esquema manejado para todos los derechos anteriores. Esto se debe a que la metodología del presente análisis no irá de lo general a lo particular, sino que se abocará desde el inicio, a un problema focalizado que provoca el no ejercicio de este derecho humano. Para explicar lo anterior conviene dejar claras diversas ideas para que sobre su base podamos continuar el ejercicio posterior.

En esta ocasión, se analizará el derecho a la educación desde un elemento que forma parte del universo de condiciones y contextos en los que se desenvuelve su ejercicio y asequibilidad. Así pues, a diferencia de los derechos anteriores donde se intentó hacer amplio el análisis de sus componentes, en esta ocasión partiremos del citado elemento para de ahí corroborar que sin éste no hay derecho a la educación, aun cuando la ley le reconoce. Este elemento es el de no discriminación, específicamente orientado al disfrute de educación básica para cualquier ser humano, en su componente más importante, la educación primaria.⁵²⁸ Para tal fin, baste decir por el momento, que se tomarán dos casos distintos que servirán como ejemplo para desarrollar los argumentos concernientes al presente apartado.

El primero será el de un niño menor de edad nacido en un país Centroamericano con seis años cumplidos y con acta de nacimiento de su país de origen, sin apostilla o legalización. El segundo será el de un niño de la misma edad que el anterior, nacido en México e hijo de migrantes irregulares centroamericanos que no se encuentra registrado y, por tanto, no goza

⁵²⁸ Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, “Advocacy Kit, Basic Education”, Estados Unidos, Naciones Unidas, 1999, secc. 1, p. 1.

de acta de nacimiento. Este segundo caso sería consecuencia del que se abordara en el apartado de personalidad jurídica.

Se decidió el uso de los dos casos citados, por dos razones: la primera en virtud del rol protagónico jugado por la niñez para el desarrollo del mundo, siguiendo lo dicho por Naciones Unidas en el más reciente informe sobre los objetivos del milenio,⁵²⁹ en donde además se reconoce que la falta de este derecho provoca una grado de vulnerabilidad extremo en ellos, pues les priva de un medio legítimo de superación económico y social, que se suma a la limitación de su personalidad. La segunda es más específica y ligada a la Convención objeto de nuestro estudio, dado que en su artículo 30 le reconoce dicho derecho a todos los hijos de los trabajadores migratorios en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado receptor, sin que pueda ser negado a causa de la irregularidad de su propio estatus migratorio o del de sus padres.

Aunado a esto, si tomamos en cuenta que internacionalmente hay consenso respecto a que la enseñanza básica para la infancia es premisa fundamental para el desarrollo humano, no resulta extraña la decisión de la comunidad internacional de afirmar que el *minimum core* alegado con anterioridad en este trabajo, para efectos del derecho a la educación, es sin duda la enseñanza básica y específicamente la primaria, en virtud de que la educación de la infancia plantea desde el presente un futuro mejor (sin ánimo de caer en expresiones retóricas). Por tanto, el hecho de que el Estado mexicano no garantice dicho mínimo al niño migrante irregular o al mexicano hijo de migrantes irregulares reviste una actitud política que va a contrapelo del discurso internacional y, jurídicamente se configura el incumplimiento de sus obligaciones internacionales en la materia.

Accesoriamente, la legitimación del discurso internacional anterior, nos será útil para el próximo análisis, dado que los casos de ambos “niños” nos permitirán observar, sin que el Estado mexicano goce de posible justificación jurídica o política,⁵³⁰ la falta de garantía y respeto del derecho a

⁵²⁹ Naciones Unidas, “Objetivos del Milenio, Informe 2011”, United Nations, Estados Unidos, 2011, en http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG_Report_2011_SP, pp. 18 y ss.

⁵³⁰ La afirmación anterior no se repite con la educación superior (no regida por el principio de universalidad sino por el de capacidad individual e igualdad de oportunidades) o con lo que el Comité de Derechos Humanos ha dado por denominar derecho a la enseñanza técnica y profesional, véase Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 13, Derecho a la educación (artículo 13), del 15 de noviembre al 3 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párrs. 15-24.

la educación del migrante irregular en México (en la figura del niño). Esto será visible, de forma particular, en lo relativo a la nómina de requisitos de ingreso para la educación primaria, cuyo cumplimiento es necesario según dispone la Ley de Migración en su artículo 8o. para que cualquier migrante pueda disfrutar de este derecho.

Ahora bien, explicado lo anterior y para efectos de claridad expositiva, iniciaremos con un acercamiento conceptual del derecho a la educación, para tal fin abrevaremos de documentos concernientes a los sistemas universal e interamericano de protección a derechos humanos respectivamente. Luego enunciaremos sus elementos y por último veremos que lo dicho por la Ley de Migración y otros ordenamientos conexos, en relación con el derecho a la educación, no se suscribe al contenido de la Convención objeto de este trabajo de investigación.

El CEDESC inicia su observación general núm. 13 diciendo que “la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos”,⁵³¹ en tanto que dentro de la observación general núm.11⁵³² afirma que “se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural” siendo además “un derecho civil y político”, y por tanto “el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos”. En este orden de ideas el derecho a la educación representa el vehículo para acceder a lo que el Comité ha determinado como el medio que permite a adultos y menores, marginados económica y socialmente, salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades.

Y es que, sin duda la educación como actividad humana permite al hombre hacer realidad sus potencias a través del pensamiento y sobre todo mediante la construcción de su ser social. En este sentido Turbay Restrepo comenta que “la educación... es la vía por excelencia de la socialización humana, es decir, la vía de su conversión en un ser social. El animal humano... es un proyecto pleno de potencialidades por realizar...”.⁵³³

⁵³¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 13, Derecho a la educación, (artículo 13) párr. 1

⁵³² Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 11, planes de acción para la enseñanza primaria, (artículo 14), del 26 de abril al 14 de mayo de 1999, E/C.12/1999/4, párr. 2.

⁵³³ Turbay Restrepo, Catalina, *El derecho a la educación. Desde el marco de la protección integral de los derechos de la niñez y de la política educativa*, Fundación Restrepo Barco y UNICEF Colombia, 2000, en <http://www.unicef.org/colombia/pdf/educacion.pdf>, p. 10.

En este contexto la niñez, entendida en un sentido generacional,⁵³⁴ representa el sujeto inicial y natural de la educación, dado que a partir de ambas se fincan los objetivos y anhelos de la sociedad de su tiempo. Así pues, como lo reconocieran los miembros fundadores de UNESCO en 1946 “la difusión de la cultura y la educación de la humanidad en la justicia, libertad y paz son indispensables”⁵³⁵ para evitar eventos tan destructivos como los suscitados desde inicios del siglo XX, pero sobre todo... para garantizar una convivencia respetuosa en el mundo.

Bajo esta visión es que el artículo 13 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recoge el derecho humano a la educación. En él, la educación como acción socializante debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad. A partir de dicha afirmación es que, en la década de los cuarenta del siglo pasado, la voluntad política de gran parte de la comunidad internacional se encamina hacia la promoción de la educación como mecanismo de protección a derechos humanos. Es decir, se comprende que una sociedad educada es proclive a la construcción y conservación de sistemas jurídico políticos estables y legitimados, conscientes de la importancia que la cooperación y solidaridad internacionales poseen para evitar tragedias humanas.

Así pues, retornando a lo dicho antes sobre la metodología del análisis subsecuente, cabe anotar que el artículo 13 del Pacto, contempla en sus cuatro párrafos totales diversos niveles y componentes de la educación. Aquí nos interesa únicamente el primer párrafo por ser de vocación general así como el primer apartado del segundo, donde se lee textualmente que “la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente

⁵³⁴ Únicamente a efecto de justificar el uso de este término, cabe comentar que Ortega y Gasset, en su ensayo “el tema de nuestro tiempo” define a la “generación” diciendo que “es una variedad humana... dotada de ciertos caracteres típicos, que les prestan una fisonomía común”. En este sentido, el respeto a los derechos humanos y específicamente el hito que crea la Convención de los Derechos del Niño de 1989 hace germinar, en las generaciones de ese tiempo, el ideal del niño como sujeto de protección y tutela efectiva del derecho. Así, la educación convertida en derecho humano ingresa a la esfera jurídica, de ahí que su tutela sea consecuencia de la entrada del niño al mundo jurídico en la forma recién afirmada. Por tal razón, las generaciones que desarrollan los ideales de la Convención (1989) continúan la tutela del niño a través de diversos medios, entre ellos la educación. Véase Ortega y Gasset, José, “El tema de nuestro tiempo”, p. 7.

⁵³⁵ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Constitución de la UNESCO, 2o. párrafo preambular, en http://portal.unesco.org/es/files/16835/1066_818100116nov1945.pdf/16nov1945.pdf.

te”. El artículo 14 reviste una construcción jurídica más específica, así como perfilada, hacia el cumplimiento de obligaciones para el Estado, dado que estatuye la necesidad de que se garantice la enseñanza primaria, obligatoria y gratuita.

Ahora bien, junto con lo dicho por el Pacto de 1966 en sus artículos 13 y 14, y paralelamente a las observaciones generales 11 y 13 (sobre las cuales ahondaremos en pocas líneas), son destacables diversos ejemplos del discurso que sostiene la importancia de educación primaria como medio para el desarrollo, por ejemplo: la Convención de los Derechos del Niño de 1989, la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza de 1960, la Declaración Mundial sobre Educación para Todos de 1990, la Declaración del Milenio del año 2000, así como el Protocolo de San Salvador, la Opinión Consultiva 17/02, y el caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, estos tres últimos, concernientes al sistema interamericano de protección de derechos humanos. En todos ellos se configuran visiones específicas del derecho humano a la educación, por tanto destacaremos algunos de sus detalles, útiles para la comprensión integral del presente apartado.

La Convención de los Derechos del Niño, según Daniel O’Donnell,⁵³⁶ destaca la necesidad de garantizar el acceso efectivo a la educación, cuestión ligada a la política pública y a los programas implementados para tal propósito (artículo 28). Asimismo subraya que el elemento formativo en el menor es útil para que éste se erija en sujeto proactivo dentro de su entorno (artículo 29); además, aporta un elemento sustancial para la protección de los derechos humanos del niño: su autonomía como sujeto de derecho —denominada por O’Donnell como “evolución progresiva”— y por tanto como pretensor pleno de un universo de derechos reconocidos por la norma para él, entre los que destaca el que aquí analizamos.

La Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza de 1960,⁵³⁷ declara que la “enseñanza” entendida como todos los niveles de educación, no podría ser limitada en función de preferencias que produzcan menoscabo en el desarrollo del educando; es decir, no vale como límite para el ejercicio del derecho el origen nacional. En ella se observa también una disposición encaminada a reafirmar la obligación

⁵³⁶ O’Donnell, Daniel, *La Convención sobre los Derechos del niño: estructura y contenido*, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, en <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%202.pdf>.

⁵³⁷ Adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

de los Estados de “derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de enseñanza” y *contrario sensu* insta a “adoptar las medidas necesarias, inclusive legislativas” para evitar lo anterior. México no ha ratificado dicha Convención.

Por su parte, la Declaración Mundial sobre Educación para Todos de 1990, afirma que “la falta de educación básica de que sufre un porcentaje importante de la población impide a la sociedad hacer frente a problemas con vigor y determinación necesarios”. Por lo que resulta fundamental, según sostiene este documento, enmendar el compromiso de los Estados en sus esferas doméstica e internacional para lograr lo anterior, poniendo la educación al alcance de todos, pues esto permite el desarrollo autónomo de las sociedades y destaca el papel de aquella como formadora de generaciones cada vez más respetuosas de la dignidad humana (artículo 1).

La Declaración del Milenio de 2000,⁵³⁸ reafirma la determinación de los Estados para apoyar todos los esfuerzos por el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales con acento particular en la educación. Considera como valores fundamentales la igualdad en la garantía de derechos y la solidaridad ante los costos y cargas fruto de problemas mundiales, siguiendo a su vez los principios fundamentales de la equidad y la justicia social. Con lo anterior como introducción, resulta relevante para nuestro estudio la comprensión —que tiene el instrumento— sobre la enseñanza (específicamente la primaria) como medio para el desarrollo,⁵³⁹ según ella, la comunidad internacional se urge para lograr en un tiempo determinado la efectiva universalización de la enseñanza primaria (ya normada desde la década de los sesenta del siglo XX) pues observa que la educación de generaciones germinales promoverá —a través del elemento formativo— la concreción de redes y sociedades más conscientes de la importancia que tiene en el desarrollo humano la justicia social, la equidad y la dignidad.

Pasando al Sistema Interamericano, es forzoso mirar hacia el Protocolo de San Salvador, instrumento adicional al Pacto de San José, en el que se desarrollan aspectos específicos en materia de protección y garantía a derechos económicos, sociales y culturales. En su artículo 13 se reconoce el derecho a la educación de cualquier ser humano. Respecto a la enseñanza primaria, rescata (igual que el segundo Pacto del 66) su obligatoriedad,

⁵³⁸ Resoluciones 55/2 Declaración del Milenio del 13 de septiembre de 2000.

⁵³⁹ “La educación es vital para el futuro de los niños. La escuela les provee además un entorno seguro y estructurado en el que tienen el apoyo emocional de los adultos y su supervisión”, Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo del Milenio: Informe de 2011, *cit.*, p. 40.

asequibilidad y universalidad. Quizá lo más destacable de este Protocolo es su carácter facultativo con relación al compromiso adoptado por la comunidad interamericana luego del Pacto de San José (1969), en donde no se reconoce explícitamente el derecho a la educación, aunque sí se reitera el principio de progresividad en la materia como compromiso ineludible de los Estados. México no ha ratificado el citado Protocolo.

Luego vendría la Opinión Consultiva 17/02,⁵⁴⁰ en ella la Corte IDH perspectiva la condición jurídica y los derechos humanos del niño. Su relevancia para nuestro análisis se encuentra en la delimitación que la Corte hace al principio de igualdad, al decir que (siguiendo la interpretación del CDH) el niño requiere de medidas de protección específicas a su condición, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado sin mediar en su dación criterios que le discriminen en razón de su origen nacional. Asimismo, en el desarrollo que hace sobre el interés superior del niño, reitera que “en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas” se atenderá al respeto de aquel, configurando este último en un nivel práctico a través de la primacía en la toma de acciones que benefician al niño, según su condición. Así, la Corte IDH afirma que dentro de esas acciones “figura de manera destacada el derecho a la educación”⁵⁴¹ por ser junto con la salud:

[Los] pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.⁵⁴²

Por último, tomamos el caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana* de 2006. El cual, sin duda, es un importante referente de análisis sobre la relación existente entre los derechos humanos a la personalidad jurídica y a la educación, tomando como nexos el registro del nacimiento.⁵⁴³ En este caso contencioso la Corte sienta precedente respecto a la imposible justificación, por parte del Estado, de no permitir el ingreso a la enseñanza básica (a

⁵⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, párrs. 43-55 y 84.

⁵⁴¹ *Ibidem*, párr. 84.

⁵⁴² *Ibidem*, párr. 86.

⁵⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, párr. 130.

través de la educación primaria) a niños sin registro de nacimiento, con independencia de su nacionalidad. Así el tribunal internacional,⁵⁴⁴ deja claro que la enseñanza primaria es universal, por lo que la actividad estatal tiene como limitación clara a sus actividades el ejercicio del derecho humano a la educación. En estos términos, resulta necesario no sólo que el Estado omita cualquier actitud discriminatoria al respecto, sino que además actúe en consecuencia para garantizar a cualquier niño este derecho con independencia de trámites ajenos a su control (registro de nacimiento).

De todo lo anterior, es sencillo concluir que la opinión generalizada de la comunidad internacional (que no es poca cosa) sobre el derecho a la educación es de corte universal y garantista, que no se agota en la retórica (o no debiera), sino que se sustenta sobre la protección específica del menor poniendo de manifiesto su autonomía y personalidad como sujeto de derecho, dado que a través suyo, alcanza desarrollo humano. En términos más claros y sugerentes, el CEDESC ha dicho que “disponer [como fruto de la educación] de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana”.⁵⁴⁵

Ahora bien, como se dijera hace algunos párrafos retornaremos brevemente a la observación general núm. 13 del recién citado Comité, pues en ella se afirma que para que el derecho humano a la educación sea efectivo, resulta necesario que se sigan los siguientes elementos: 1) disponibilidad: “debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado parte para satisfacer ese derecho”; 2) accesibilidad, compuesta por tres elementos: 2.1) no discriminación, 2.2) accesibilidad material, 2.3) accesibilidad económica; 3) aceptabilidad: consistente en la pertinencia de los métodos y programas educativos con relación a la sociedad en que se desenvuelvan, y adaptabilidad: “La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados”.

La observación general núm. 13, en su séptimo párrafo, deja claro que para la correcta aplicación de estas características interrelacionadas y fundamentales se habrán de tener en cuenta, ante todo, los superiores intereses de los niños. Ahora bien, siguiendo lo interpretado por la observación, la educación primaria que es uno de los objetos del presente análisis, se

⁵⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, *cit.*, párr. 109 y 110.

⁵⁴⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 13, Derecho a la educación, párr. 1.

compone de los elementos de: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

El Comité además, brinda una conceptualización de la educación primaria siguiendo la Declaración Mundial sobre Educación para Todos, en cuyo quinto artículo se lee lo siguiente:

El principal sistema para impartir la educación básica fuera de la familia es la educación primaria. La educación primaria debe ser universal, garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje de todos los niños y tener en cuenta la cultura, las necesidades y las posibilidades de la comunidad.

Es decir, la comprende como la base de la educación del niño, de ahí que sus características de obligatoriedad, gratuidad y universalidad, sean necesarias para perfilar la educación como acción socializante en el discurso internacional referido.

En este orden de ideas, como se dijera en un inicio vamos a tomar el componente de no discriminación, al que tanto se ha recurrido a lo largo de este trabajo, para articular el análisis que aquí comienza. Según el Comité la “no discriminación” es parte del elemento accesibilidad. Así pues, recordando lo dicho al respecto por la Corte IDH en el caso *Yean y Bosico*, debe tenerse en claro que el registro de un niño es, en México, condición para la accesibilidad de éste a la educación primaria por ser el acta de nacimiento requisito necesario para inscribirlo a la escuela.

Para corroborar lo anterior, necesitamos partir de un esquema jerarquizado de normas jurídicas. Así pues, destacaremos lo dicho sobre el derecho a la educación y los requisitos de inscripción, en la Constitución Política de México, en su Ley General de Educación, en el Reglamento Interno de la Secretaría de Educación Pública, en la Ley de Migración, así como en las Normas de Control Escolar relativas a la inscripción, reinscripción, acreditación, regularización y certificación en la educación básica, mismas que desde ahora denominaremos como “normas”.

Dicho lo anterior tomemos nota del artículo 3o. constitucional. Su primer párrafo afirma que todo individuo tiene derecho a recibir educación y, correlativamente obliga al Estado a impartir educación preescolar, primaria y secundaria, niveles que juntos, en México, conforman la educación básica obligatoria. Destaca en su párrafo segundo, que esta educación (como servicio público) tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional. En su artículo 4o. afirma que la educación es un derecho del niño.

El nivel de construcción jurídica constitucional no peca de limitativo aunque quizá su generalidad sea tal que no permita una configuración precisa del derecho a la educación en México. Estos vacíos, que no lagunas en sentido teórico del término, permiten que la ley secundaria desarrolle (por la laxitud del texto constitucional) diversos elementos contrarios a la plena garantía de este derecho en el discurso jurídico internacional y, que si bien no se contraponen a la Constitución, sí lo hacen respecto al bloque de constitucionalidad comentado en otro capítulo. Es de tal suerte lo anterior que la Ley General de Educación en su artículo segundo, pone el primer candado al ejercicio de este derecho diciendo que todo individuo que quiera recibir educación tendrá que satisfacer los requisitos que establezcan las disposiciones generales aplicables.

En este punto cabe hacer una acotación antes de continuar, se desea reiterar que la satisfacción de requisitos no es negativa (como se manejara en el apartado inmediato anterior); sin embargo, sí lo es cuando reviste un obstáculo para el ejercicio de un derecho. Es decir, dichos requisitos tendrían que tener excepciones manejadas a partir la ley o bien causas legales para satisfacerlos fácilmente de acuerdo a la condición del migrante irregular, pues de lo contrario, esta representaría un medio de discriminación para aquellos que por su vulnerabilidad extrema no puedan satisfacerlos.

Ahora bien, para continuar nuestro análisis es necesario explicar que la Ley General de Educación conforma el sistema nacional de educación a partir de dos subsistemas de Educación Pública en México (artículo 3o.), el de carácter estatal y el federalizado, respectivamente. Lo anterior se compone de dos esferas que en ciertas áreas se conjugan, es decir, hay facultades exclusivas para la federación (artículo 12) en materia educativa como la determinación de planes y programas de estudio, de normas de control escolar y de revalidación o ingreso. En tanto que el nivel estatal también goza de facultades exclusivas como la prestación de los servicios de educación básica en sus territorios (artículo 13). Todo esto se traduce en que el nivel federal crea los parámetros y contenido de la educación en México aplicándola a través de los Estados. Cabe recalcar que en México ambos subsistemas conviven en los mismos territorios geográficos, dado que en una ciudad de provincia existen de hecho escuelas primarias públicas estatales (administradas por las entidades federativas) y otras más administradas por la federación.

En este orden de ideas, cabe resaltar que por la conformación del sistema nacional —basado sobre las disposiciones sustantivas que provee la federación— los requisitos y normas de ingresos planteados por aquella, sostenemos, vulneran al niño migrante, en la relación existente entre el registro de nacimiento y el derecho a la educación. Para tal fin tenemos que

ver el artículo 41, fracción II, del reglamento de la Secretaría de Educación Pública. En dicho numeral se le brindan atribuciones a la Dirección General de Acreditación, Incorporación y Revalidación que, en su carácter de Unidad Administrativa de la Secretaría del rubro (fracción II), establecerá y difundirá las normas correspondientes al control escolar, verificando su cumplimiento.

¿En qué consiste el control escolar? Los considerandos de las normas dejan claro que estos se encaminan a permitir la práctica escolar diaria dentro del sistema educativo nacional. En su artículo primero establecen que el control escolar es necesario para “regular los procedimientos de inscripción, reinscripción, acreditación, regularización y certificación de alumnos en la educación básica”. Dicha regulación, como se manejó en el párrafo anterior, será tanto para el subsistema federal como para el local, sin demérito de que este último pueda adicionar o enriquecer la normatividad, siempre y cuando no la contravenga.

Ahora bien, en el título V de las normas, denominado trámites de inscripción, se enuncian como requisitos para obtenerla a nivel primaria:

<i>Requisitos para inscripción a la enseñanza primaria</i>
Copia certificada del acta de nacimiento o documento legal equivalente.
Constancia de la Clave Única de Registro de Población (CURP) en caso de contar con ella.
Solicitud de inscripción.
Dos fotografías recientes, tamaño infantil, de frente con el rostro descubierto, en blanco y negro o color.

Así pues, para construir los argumentos de nuestro análisis partiremos del elemento de no discriminación, así como del primer requisito enunciado apenas: el “acta de nacimiento o documento legal equivalente”. Esto tomando en cuenta que, según las normas, el cumplimiento de los anteriores permite el acceso efectivo del menor a la educación primaria a través de la inscripción. Hipótesis que se liga con lo dicho por la Ley General de Educación en su artículo 2o. y con la Ley de Migración en su artículo 8o. en los cuales el derecho a la educación primaria es reconocido para todo migrante, independientemente de su situación migratoria, siempre y cuando se respeten las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, entre las que destacan las normas. Lo anterior se traduce en la imposibilidad del goce del derecho hasta en tanto el migrante irregular no satisfaga los requisitos enunciados por aquellas para acceder a la inscripción.

Ahora pues, traigamos a colación los dos ejemplos planteados: el primero es el de un niño menor de edad nacido en un país centroamericano con seis años de edad cumplidos y con acta de nacimiento de su país de origen sin apostilla. El segundo será el de un niño de la misma edad que el anterior, nacido en México e hijo de migrantes irregulares centroamericanos que no se encuentra registrado y, por tanto, no goza de acta de nacimiento.

Partiendo de lo anterior, los citados menores se encuentran en dos situaciones diferentes aunque unidas en cuanto a la falta de ejercicio de derecho a la educación. El primero como hijo de un migrante centroamericano irregular que goza ya de nacionalidad y nombre a través de su acta de nacimiento; aunque no puede utilizarla en territorio mexicano —para los efectos que le corresponden— por la falta de su legalización. El segundo caso es el de un niño que sufre apatridia —aun cuando nació en México— y que ve limitada su esfera de derechos por la condición migratoria de sus padres; por tanto no goza de registro de nacimiento. Todo esto se traduce en una vulneración manifiesta del derecho a la educación en virtud del incumplimiento del requisito anterior.

Así pues, en ambos ejemplos las actas de nacimiento juegan un rol fundamental para lograr el acceso de su derecho a la educación. Máxime porque las normas antes referidas no hacen mención especial sobre casos atinentes a menores en esas condiciones con lo que pudieran construirse mecanismos para solventar el obstáculo que representa al menor e incluso a sus padres, la obtención del acta y la posterior satisfacción del requisito. En este contexto, es que se rescata el comentario anterior sobre que el requisitado no representa un aspecto negativo en sí, dado que brinda seguridad jurídica, sin embargo, su configuración actual se erige en obstáculo para el ejercicio de un derecho con lo cual se violan obligaciones de respeto y garantía según lo estipulado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por lo anterior resulta fundamental, siguiendo la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza de 1960, modificar los cuerpos legales vigentes siguiendo el principio *pro homine* para beneficiar al menor en el goce de su derecho. En otros términos, no puede sobreponerse a la garantía de aquél el cumplimiento de requisitos reglamentarios. En este tenor de ideas, desde la visión del autor resulta necesario crear mecanismos jurídicos que configuren cauces a través de los cuales los padres puedan inscribir al menor sin necesidad de erogar una fuerte cantidad de dinero para conseguir el apostillamiento o legalización del acta de nacimiento del menor, o bien se evite que no logren el registro en virtud de que la situación migratoria que viven les obstaculice para llevarlo a cabo.

En tal orden de ideas, tomando en cuenta todo lo anterior podemos extraer las siguientes conclusiones: primeramente que el discurso internacional considera el derecho a la educación (específicamente la enseñanza básica a través de la educación primaria) como un derecho humano universal que no admite excepción en su garantía. Segundo, que por lo anterior, México no puede abstraerse de dicha voluntad política que fragua en terreno de obligatoriedad a través de los compromisos jurídicos internacionales que aceptara. Tercero, que su Constitución aun cuando le tutela lo hace de forma muy laxa y por tanto no se delimita concretamente dicho derecho, lo que trasciende a niveles normativos inferiores a través de la falta de garantías jurídicas necesarias que permitan el acceso del menor hijo de migrantes irregulares o del menor migrante irregular a la educación primaria.

Justo por lo que precede es que resulta notorio que tanto la Ley de Migración, como las normas y la Ley General de Educación se erigen, desafortunadamente, como obstáculos para el respeto y garantía de este derecho. Así pues, resulta fundamental su reestructuración en un sentido integral permitiendo que este derecho humano se haga asequible a través de construcción jurídica adecuada. Lo anterior se sustrae a una realidad específica cuando se ve el artículo 30 de la Convención objeto de nuestro estudio con relación al octavo de la Ley de Migración, dado que el segundo, cuando limita el acceso a la educación por supeditarlo al cumplimiento de requisitos establecidos en disposiciones aplicables, incumple sus compromisos internacionales pues no configura medio alguno para que el migrante irregular pueda satisfacer los requisitos enunciados por las normas y logre entonces el ingreso. Así pues, lo idóneo en todo caso sería una redacción que incluyera dentro de la sintaxis de dicho artículo el seguimiento del interés superior del niño y, que por otro lado, se realizara la construcción jurídica en la Ley General de Educación, así como en las multicitadas normas (que cabe decir son publicadas cada año) para tutelar excepciones o medidas específicas que permitan el acceso. De lo contrario se sitúa al menor en un limbo jurídico.