

CAPÍTULO X

EL DERECHO DE DEFENSA EN LOS PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS, CON ESPECIAL REFERENCIA A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos humanos y competencias administrativas*. III. *El derecho de defensa y sus garantías*. IV. *Las figuras jurídicas de representante, apoderado y asesor*. V. *Los procedimientos migratorios*. VI. *Hacia una defensoría pública autónoma en materia migratoria*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Las crisis que viven actualmente muchos países en el mundo, especialmente los latinoamericanos, derivados de conflictos internos, hechos de corrupción, falta de empleo y violencia, entre otros, han hecho que las personas migren de sus países de origen en búsqueda de mejores condiciones de vida.

Como es sabido, muchas de las personas que salen de sus países viajan con niños, lo cual representa un gran riesgo no sólo en cuestiones de seguridad o de salud, sino que también están en desventaja en cuestiones jurídicas en cuanto a la protección y garantía de sus derechos humanos.

Lo anterior en virtud de que los Estados latinoamericanos no han cumplido con muchas de sus obligaciones internacionales de adecuar sus marcos jurídicos internos a los estándares en materia de derechos humanos. Es muy preocupante esta situación, pues las migraciones, especialmente de aquellas personas que viajan con niños, o los propios niños que viajan solos, quedan a expensas de prácticas y tratos que no corresponden a la dignidad humana, ya que las leyes aún conservan visiones e ideologías que no conciernen a nuestra época actual.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Las políticas de detención y deportación han llevado a muchos padres a poner en manos de *polleros* a sus hijos, con los riesgos que eso conlleva, con el fin de reunificarse como familias o para salvar su vida de la amenaza de las pandillas. Dicha circunstancia los vuelve aún más vulnerables, pues aparte de verse inmersos con traficantes de personas y del crimen organizado, en muchas ocasiones son abandonados a su suerte, en el mejor de los casos en ciudades, pero también en lugares inhóspitos de la geografía mexicana, teniendo que valerse por sí mismos para continuar su travesía, privados de alimento y vestido.¹

Es por eso que se justifica un estudio como este, en virtud de que las leyes y reglamentos del sistema jurídico mexicano no han sido adecuados a los derechos, principios y estándares en materia de derechos humanos.

En ese sentido, en el presente trabajo realizamos un análisis de las leyes que establecen los procedimientos administrativos migratorios y las competencias de las autoridades administrativas, con especial referencia a niños, niñas y adolescentes. El análisis lo realizamos con base en los derechos humanos a la defensa y al debido proceso administrativo, que reconocen tanto la Constitución federal como los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

II. DERECHOS HUMANOS Y COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS

1. *Derechos humanos*

Entendemos por derechos humanos al conjunto de valores inherentes a la persona —humana y moral—, susceptibles de poder ser exigidos a las autoridades y que éstas los reconozcan como tales para poder respetarlos, protegerlos y garantizarlos.

Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano nos dicen que “los derechos humanos son derechos subjetivos, son expectativas formadas en todas las personas en relación con la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y el resto de las personas de lo que se considera dignidad humana”.²

¹ Informe especial. La problemática de niños, niñas y adolescentes centroamericanos en contexto de migración internacional no acompañados en su tránsito por México, y con necesidades de protección internacional, México, CNDH, 2018, p. 91.

² Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbo-

Y Luigi Ferrajoli nos explica que “un derecho subjetivo es toda expectativa jurídica positiva (de prestación) o negativa (de no lesión)” formada en una persona, que además otorga una facultad o potestad de exigencia oponible a la autoridad.³

Además, otra de las características de los derechos humanos es que son autónomos, a diferencia de las garantías, que son mecanismos para hacer efectivos los derechos humanos.

Sin embargo, algunos derechos humanos también sirven de garantía para hacer efectivos otros derechos humanos, pues uno de los principios que los rigen es el de interdependencia, entre los cuales podemos mencionar el derecho de defensa y al debido proceso.

Es decir, “las garantías sólo existen en función de los derechos que protegen; de tal suerte que pueden existir derechos sin garantías, pero no garantías sin derechos”.⁴

En el trámite y dictado de un acto o resolución en ejercicio de función administrativa están involucrados una serie de derechos humanos que también se deben de garantizar y que forman parte del derecho humano a la defensa.

En los procedimientos administrativos tramitados ante autoridades migratorias igual se deben de respetar los derechos humanos de los migrantes, entre ellos, los de defensa y debido proceso administrativo, ya que tanto el artículo 1o. de la Constitución federal como el 7o., fracción VII, de la Ley General de Responsabilidades Administrativas obligan a las autoridades y a los servidores públicos a “Promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos establecidos en la Constitución” de las personas, sin distinción

...motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

nell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 137 y 138.

³ López Olvera, Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la administración pública*, México, Novum, 2014, p. 74.

⁴ Tesis de jurisprudencia XXVII.3o. J/14 (10a.), Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 17, t. II, abril de 2015, rubro: derechos humanos y sus garantías. Su distinción, p. 1451.

2. Competencias administrativas

Para Julio Rodolfo Comadira y Héctor Jorge Escola, “La competencia se puede entender como el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico otorga a un ente u órgano del Estado”.⁵

Según el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, competencia en sentido amplio es “el ámbito, esfera o campo dentro del cual un órgano de autoridad puede desempeñar válidamente sus atribuciones y funciones...”.⁶

Asimismo, debemos señalar que el fundamento de la competencia de los poderes y órganos del Estado puede ser constitucional, legal o reglamentario. Es decir, que además de las actividades que formalmente se establecen en las leyes y reglamentos, que son las competencias, las autoridades deben de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, dependiendo del órgano en el que se ubiquen y de los procedimientos y actos a los que deban sujetarse.

En materia migratoria, y específicamente en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes, las autoridades competentes son: la Secretaría de Gobernación, la Secretaría de Bienestar, la Secretaría de Salud, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) y la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes.

De acuerdo con el artículo 27, fracción V, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Secretaría de Gobernación tiene competencia para “Formular y conducir la política migratoria y de movilidad humana, así como vigilar las fronteras del país y los puntos de entrada al mismo por tierra, mar o aire, garantizando, en términos de ley, la libertad de tránsito, en coordinación con las demás autoridades competentes”.

Específicamente, es al titular de la Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración; a la Unidad de Política Migratoria, Registro e Identidad de Personas; al Instituto Nacional de Migración, y a la Coordinación para la Atención Integral de la Migración en la Frontera Sur, a quienes les corresponde aplicar los procedimientos administrativos y dictar los actos y resoluciones administrativas para determinar la situación jurídica de las personas.

⁵ Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino*, México, Porrúa-UNAM, 2006, p. 112.

⁶ Tesis I.3o.T.83 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, t. XX, octubre de 2004, p. 2311.

Y en materia de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, el artículo 32, fracción I, inciso c), de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, establece que a la Secretaría de Bienestar le corresponde

Fortalecer el bienestar, el desarrollo, la inclusión y la cohesión social en el país mediante la instrumentación, coordinación, supervisión y seguimiento, en términos de ley y con los organismos respectivos, de las políticas siguientes:

...

c) Atención preponderante a los derechos de la niñez, de la juventud, de los adultos mayores, de los pueblos indígenas y de las personas con discapacidad.

Así como “Impulsar políticas y dar seguimiento a los programas de inclusión social y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en coordinación con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como de los diferentes niveles de gobierno”.

Por su parte, al DIF, en términos de su Estatuto Orgánico, le corresponde

Promover y prestar los servicios de asistencia social a los que se refieren la Ley General de Salud y la Ley de Asistencia Social; así como la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en los términos de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; Prestar servicios de asistencia jurídica o de orientación social a personas en situación de vulnerabilidad; Apoyar el ejercicio de la tutela de personas con alguna discapacidad o niñas, niños y adolescentes, en los términos de la ley en la materia; Proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes, cuando los mismos se encuentren vulnerados, en términos de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y las demás disposiciones legales aplicables.

Asimismo, el artículo 3o. del Estatuto señala que para el despacho de los asuntos de su competencia, el DIF contará con la Unidad de Atención a Población Vulnerable; la Unidad de Asistencia e Integración Social; la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes; la Dirección General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil; la Dirección General de Representación Jurídica de Niñas, Niños y Adolescentes, y la Dirección General de Normatividad, Promoción y Difusión de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Al titular de la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes le corresponde

Coordinar las estrategias que se implementen en las asesorías y las acciones de representación en suplencia a niñas, niños y adolescentes involucrados en procedimientos judiciales o administrativos; Supervisar que se ejerza la representación coadyuvante, a petición de parte o de oficio, en los procedimientos judiciales y administrativos en que participen niñas, niños y adolescentes.

Y la Dirección General de Representación Jurídica de Niñas, Niños y Adolescentes tiene facultades para

Brindar asesoría y representación en suplencia a niñas, niños y adolescentes involucrados en procedimientos judiciales o administrativos, sin perjuicio de las atribuciones que le correspondan al Ministerio Público; Ejercer la representación coadyuvante, a petición de parte o de oficio, en los procedimientos judiciales y administrativos en que participen niñas, niños y adolescentes.

Por su parte, a la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, en términos de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, le compete

Garantizar la transversalidad de la perspectiva de derechos de niñas, niños y adolescentes en la elaboración de programas, así como en las políticas y acciones de las dependencias y entidades de la administración pública federal; Garantizar la participación de niñas, niños y adolescentes en el ejercicio de sus derechos humanos, tomando en consideración las medidas especiales que se requieran; Realizar acciones de formación y capacitación de manera sistémica y continua sobre el conocimiento y respeto de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, principalmente con aquellas personas que trabajan desde los diversos ámbitos en la garantía de sus derechos.

Como se puede apreciar, existen múltiples instancias administrativas encargadas de la promoción, protección, respeto y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en general, y en los procedimientos migratorios en especial, ubicadas en diferentes dependencias y organismos de la administración pública federal, pero no se señala la forma en la que cumplirán con esas obligaciones constitucionales.

En cuanto a sus competencias específicas, encontramos que las leyes, reglamentos y estatutos sólo los facultan para atender, brindar servicios de asistencia social, servicios de asistencia jurídica, tutela de personas, asesoría y acciones de representación, con lo cual no se cumple con lo señalado en la Constitución y en los tratados internacionales, ya que es necesario garantizar el derecho de defensa en términos de los estándares que ha dispuesto

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), tal como se explicará.

III. EL DERECHO DE DEFENSA Y SUS GARANTÍAS

1. *El derecho de defensa*

El derecho de defensa, según Oscar Cruz Barney, “Consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción”.⁷

Así, la defensa supone la posibilidad de afirmar y de probar; garantiza la audiencia de la parte, el ejercicio de sus facultades contradictoria y de contralor.⁸

Según la Primera Sala de la SCJN “el derecho de defensa comprende derechos específicos en los que el inculcado puede manifestarse activamente para probar su inocencia y las correlativas obligaciones de la autoridad de proveer la información necesaria para una defensa adecuada, así como desahogar las pruebas que ofrezca”.⁹

Además, el derecho de defensa “implica que se le faciliten los datos que consten en él y que requiera para defenderse, así como que cuente con un perito en derecho para que lo defienda eficaz y eficientemente”.¹⁰

Al respecto, la Corte IDH ha señalado, en el *Caso Cabrera vs. México*, que

154... el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del

⁷ Cruz Barney, Oscar, “El derecho de defensa”, *Escriba. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, otoño de 2014, p. 173.

⁸ Alterini, Atilio Anibal, “Medidas para mejor proveer y defensa en juicio”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 25, 1964, p. 65, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/leyen/cont/25/pr/pr0.pdf>.

⁹ Tesis aislada 1a.CXXIV/2004, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXI, enero de 2005, p. 414.

¹⁰ Tesis de jurisprudencia 1a./J. 117/2009, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXI, marzo de 2010, p. 40.

Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.

155. En especial, la Corte resalta que la defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo. Sin embargo, el nombrar un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados.

156. Por otra parte, este Tribunal considera que una de las garantías inherentes al derecho de defensa es contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, lo cual obliga al Estado a permitir el acceso del inculcado al conocimiento del expediente llevado en su contra.

Como podemos observar, el derecho de defensa esta interrelacionado con la garantía de audiencia y con el derecho humano al debido proceso administrativo. Tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como la de los tribunales del Poder Judicial federal le otorgan autonomía al derecho de defensa, ya que en diferentes criterios lo señalan como “un derecho fundamental”.

El derecho a la defensa, específicamente, comprende: *a)* ser oído, lo que presupone conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que lo fundan, con el objeto de ejercer adecuadamente su defensa y de formular los planteamientos y las alegaciones que le convengan, pro principio, salvo excepciones, en todas las etapas del procedimiento; *b)* controlar y controvertir la prueba de cargo; *c)* probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal; *d)* valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas para obtener del tribunal una sentencia favorable, y *e)* defenderse por medio de un abogado, perito en la materia.¹¹

¹¹ Tesis aislada XVII. 1o.P.A.68 P, Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXII, octubre de 2010, p. 2985.

Además, el derecho de defensa “entraña una prohibición para el Estado consistente en no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa”¹² de las personas.

En ese sentido, por ejemplo, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha señalado que

La expresión “dejar sin defensa” en su acepción más general es entendida como aquella conducta de la autoridad que impide a alguna de las partes contradecir la postura de su oponente, es decir, que obstaculiza el conocimiento de la demanda, la rendición de pruebas, la presentación de alegatos, la interposición de recursos y demás actos análogos.¹³

Como podemos observar, existe una estrecha interrelación entre defensa, audiencia y debido proceso. Son inseparables. La misma Primera Sala de la SCJN ha precisado esta situación al señalar que el artículo 14 de la Constitución contiene el derecho humano al debido proceso, integrado por un núcleo duro de formalidades esenciales del procedimiento, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus *defensas* antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica en forma definitiva. Si embargo, entendido como derecho esencialmente destinado a otorgar un *derecho de defensa*, es posible identificar en los precedentes de esta SCJN dos ámbitos de aplicación diferenciados. Desde una primera perspectiva, dicho derecho se ocupa del ciudadano que es sometido a un proceso jurisdiccional al ser destinatario del ejercicio de una acción que, de resultar procedente y fundada, llevaría a la autoridad judicial a emitir un acto privativo en su contra, en cuyo caso la autoridad debe verificar que se cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento, a fin de otorgar al sujeto, pasivo de la relación procesal, la posibilidad de una *defensa efectiva*, por lo que se debe garantizar que se le notifique del inicio del procedimiento y de sus consecuencias; se le dé el derecho de alegar y ofrecer pruebas, y se le asegure la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.¹⁴

Como podemos apreciar, las diferentes leyes, reglamentos y estatutos que establecen competencias para las autoridades administrativas no seña-

¹² Tesis aislada VII. 1o. (IV Región) 15P, Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 1295.

¹³ Tesis aislada I.3o.C.974 C, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXIV, julio de 2011, p. 2031.

¹⁴ Tesis aislada 1a.CCLXXVI/2013 (10a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XXIV, t. 1, septiembre de 2013, p. 986.

lan expresamente facultades para ejercer los derechos de defensa y de debido proceso administrativo en favor de niñas, niños y adolescentes, lo cual representa una omisión por parte del legislador, al no incorporar en las normas jurídicas los referidos derechos humanos, ya que es la ley la que debe de establecer los mecanismos jurídicos y administrativos para garantizar el goce pleno de los derechos humanos.

2. *Garantías*

También debemos destacar que la Primera Sala de la SCJN ha avanzado en la inclusión de nuevas subgarantías a estos derechos humanos, a la defensa y al debido proceso administrativo, mediante la emisión de importantes criterios jurisdiccionales. Y, por ejemplo, en cuanto a la potestad punitiva del Estado, ha señalado:

Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de sus condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, *el derecho a contar con un abogado*, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza (énfasis añadido).¹⁵

También, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte IDH han destacado una serie de garantías del derecho a la defensa y al debido proceso administrativo, entre las que están:

¹⁵ Tesis de jurisprudencia 1a./J. 11/2014 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 3, t. I, febrero de 2014, p. 396.

- El derecho a ser asistido durante el procedimiento administrativo.
- El derecho a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se le formularán, y en consecuencia, para defenderse de ellas.
- El derecho a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas.

Incluso aunque normas legales y reglamentarias expresamente nieguen este derecho o pretendan cercenarlo, siempre debe cumplirse el principio de vista, audiencia y prueba,¹⁶ favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Estas garantías, según la jurisprudencia tanto del Poder Judicial federal como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH, son:

- Notificación del inicio del procedimiento.
- Contar con un abogado, perito en la materia.
- Publicidad del actuar de la administración.
- Disponer del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se le formulan, y, en consecuencia, para defenderse de ellas.
- Disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas.
- Dictado de una decisión fundada y motivada.
- Revisión judicial de la decisión administrativa que le afecta.

En ese sentido, como lo venimos señalando, tanto los tribunales del Poder Judicial federal como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte IDH, han precisado que los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución, y los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establecen las garantías mínimas que, “por lo menos”, deben ser aseguradas por las autoridades a toda persona durante un procedimiento administrativo sancionador, en función de las exigencias de los derechos de defensa y al debido proceso administrativo.

De acuerdo con la Corte IDH, “[a]l denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso”.

¹⁶ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II: *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, F. D. A., 2014, p. IX-11.

Sí se contemplan algunas de las garantías antes mencionadas en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y también se señalan algunas obligaciones generales, como garantizar la protección y prevalencia del interés superior de la niñez; garantizar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales, esta ley y demás disposiciones aplicables; proporcionar información clara, sencilla y comprensible para las niñas, niños y adolescentes sobre el procedimiento judicial o administrativo de que se trate y la importancia de su participación en el mismo, incluyendo, en su caso, formatos accesibles de fácil comprensión y lectura para niñas, niños y adolescentes con discapacidad; garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser representados; proporcionar asistencia de profesionales especializados; proporcionar la asistencia de un traductor o intérprete; garantizar el acompañamiento de quien ejerza sobre ellos la patria potestad, tutela, guarda o custodia durante la sustanciación de todo el procedimiento, salvo disposición judicial en contrario,¹⁷ así como en los procesos jurisdiccionales en materia penal¹⁸ y en la justicia para adolescentes. Sin embargo, en procedimientos administrativos aún existen omisiones tanto en la ley como en los reglamentos.

Por ejemplo, el artículo 84 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes señala que se garantizará

...que niñas y niños a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito se les reconozca que están exentos de responsabilidad penal y garantizarán que no serán privados de la libertad ni sujetos a procedimiento alguno, sino que serán únicamente sujetos a la asistencia social con el fin de restituirles, en su caso, en el ejercicio de sus derechos.

Y el artículo 85 dispone que:

En aquellos casos en que el Ministerio Público o cualquier otra autoridad, tenga conocimiento de la presunta comisión o participación de una niña o niño en un hecho que la ley señale como delito, de manera inmediata dará aviso a la procuraduría de protección competente.

Niñas o niños, en ningún caso podrán ser detenidos, retenidos o privados de su libertad por la supuesta comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito.

¹⁷ Véanse los artículos 83 y 88 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

¹⁸ *Ibidem*, artículo 86.

La procuraduría de protección, en el marco de sus atribuciones, deberá, en su caso, solicitar a la autoridad competente de manera inmediata las medidas necesarias para la protección integral, de asistencia social y en su caso, restitución de sus derechos y garantizar que niñas y niños no sean objeto de discriminación.

Toda medida que se adopte será susceptible de revisión por órgano judicial competente en un proceso contradictorio en el que se garantice, por lo menos, el derecho a ser oído y la asistencia de un abogado especializado.

Así como “Notificar de inmediato a quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como a la procuraduría de protección competente”.¹⁹

También, como podemos apreciar, las diferentes leyes, reglamentos y estatutos que establecen competencias para las autoridades administrativas no señalan expresamente las garantías antes señaladas en los procedimientos administrativos tramitados ante autoridades migratorias, lo cual representa una omisión por parte del legislador al no incorporar en las normas jurídicas las referidas garantías o mecanismos jurídicos y administrativos para garantizar el goce pleno del derecho humano a la defensa y al debido proceso administrativo.

IV. LAS FIGURAS JURÍDICAS DE REPRESENTANTE, APODERADO Y ASESOR

Como lo señalamos líneas arriba, las leyes, reglamentos y estatutos facultan a las autoridades de las instituciones encargadas de los procedimientos administrativos migratorios y de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes para atender, brindar servicios de asistencia social y de asistencia jurídica, asesoría y acciones de representación, pero no para ejercer los derechos de defensa y debido proceso administrativo en esos procedimientos administrativos.

En ese sentido, debemos señalar que *atender*, según el *Diccionario de la Lengua Española*, significa “mirar por alguien o algo, o cuidar de él o de ello”. Mientras que brindar servicios de asistencia social se refiere, según la Ley de Asistencia Social, al

...conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan el desarrollo integral del individuo, así como

¹⁹ *Ibidem*, artículo 87.

la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, indefensión desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva. La asistencia social comprende acciones de promoción, previsión, prevención, protección y rehabilitación.

Asimismo, brindar servicios de *asistencia* jurídica refiere, según, nuevamente, el *Diccionario de la Lengua Española*, a la “acción de estar o hallarse presente” y a la “acción de prestar socorro, favor o ayuda”, en este caso, en materia jurídica.

La *asesoría* se refiere, según nos explican Héctor Fix-Fierro y Héctor Fix-Zamudio, a la asistencia profesional a las personas que requieren de conocimientos técnicos para resolver problemas jurídicos y procesales.²⁰

En cuanto a la figura de la *representación*, como lo señalamos líneas antes, tanto las leyes como los reglamentos la establecen, así como la Ley de Nacionalidad, que en su artículo 10 dispone que “El interesado podrá ser representado en los procedimientos a que se refiere esta ley mediante poder notarial o carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante la propia autoridad”; figura que, nos explica Miguel Soberón Mainero, implica la actuación a nombre de otro, “en virtud de la cual una persona, llamada representante, en forma tal que el acto surte efectos en forma directa en la esfera jurídica de este último como si hubiera sido realizado por él”.²¹

Y por último está el *poder de representación*, figura que nos dice José de Jesús López Monroy, “es un acto unilateral que el mandante realiza frente a terceros a efecto de investir al mandatario de determinadas facultades”.

No obstante, las figuras jurídicas mencionadas, reconocidas en diferentes leyes y reglamentos, no cumplen en lo más mínimo con los estándares fijados tanto por la Corte IDH como por la SCJN, por lo cual es necesario que se modifiquen las leyes referidas y que se incorporen expresamente los derechos humanos a la defensa y al debido proceso administrativo, así como sus garantías.

V. LOS PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS

El *procedimiento administrativo* es el conjunto de actos metódicamente articulados con el propósito específico de regular la intervención de quienes pueden

²⁰ “Asesoría jurídica”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. A-C, p. 290.

²¹ *Ibidem*, “Representación”, t. P-Z, p. 3317.

participar en la conformación o impugnación de toda declaración de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, destinada a producir efectos jurídicos respecto de casos individuales específicos.²²

En otras palabras, es la base legal que establece las etapas a seguir, mediante las cuales se llegará a dictar el acto o la resolución determinante del derecho o prestación solicitada o reclamada.

Hay que aclarar que el procedimiento administrativo no es exclusivo del Poder Ejecutivo, sino que “existirá procedimiento administrativo en el ámbito de los tres poderes esenciales y en los órganos constitucionales autónomos del Estado cuando éstos realicen funciones «materialmente» administrativas”.²³

En los poderes judiciales, federal y locales, existe un órgano encargado de la función administrativa que desarrolla sus actividades a través de procedimientos administrativos.

En los poderes legislativos, federales y locales, también existe un órgano encargado de la función administrativa que desarrolla sus actividades a través de procedimientos administrativos.

Lo mismo sucede en los órganos constitucionales autónomos: existen órganos encargados de la función administrativa que desarrollan sus actividades a través de procedimientos administrativos. De hecho, la función principal de muchos de estos órganos constitucionales autónomos es de tipo administrativa. Por eso el procedimiento administrativo se presenta, a la vez, no sólo como un mecanismo destinado a garantizar un mejor funcionamiento de la Administración, sino también para otorgar a los administrados la posibilidad de hacer valer sus derechos o intereses frente al abuso o funcionamiento deficiente de la organización estatal.²⁴

Aunque también hay que señalar que no todo procedimiento administrativo, establecido en ley o en reglamento, es susceptible de ser respetado literalmente, ya que hay muchos procedimientos administrativos, como los regulados en las leyes migratorias, que han sido diseñados de tal manera, que no respetan ni los derechos humanos ni las garantías de la defensa y el debido proceso administrativo, como lo hemos evidenciado.

²² Fernández Ruiz, Jorge y López Olvera, Miguel Alejandro, *Derecho administrativo del estado de Hidalgo*, México, Porrúa, 2007, p. 146.

²³ Dates (H), Luis E., “Procedimiento y proceso administrativo”, en Tawil, Guido Santiago (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, p. 33.

²⁴ Tawil, Guido Santiago, “El procedimiento administrativo como instrumento de control de la administración y garantía de los administrados”, en Tawil, Guido Santiago (dir.), *op. cit.*, p. 3.

Guido Santiago Tawil explica que “El procedimiento administrativo sólo tiene verdadero sentido y únicamente puede funcionar en forma válida en la medida en que en su desarrollo trabajen conjuntamente la Administración y los administrados”.²⁵

El diseño de las etapas de todo procedimiento administrativo responde a una lógica que corresponde a los fines del derecho humano a la defensa y al debido proceso administrativo.

Observar ciertas formas se considera, con razón, una garantía de que el contenido se ajustará al derecho.²⁶ Es por ello que esos procedimientos deben de ser revisados por el legislador, aparte de que se les deben incorporar las garantías que se señalaron líneas arriba, en virtud de que la Corte IDH, en la opinión consultiva 21/14, con mucha claridad y precisión señaló:

111. En lo que concierne al artículo 8o. de la Convención, el Tribunal ya ha establecido que los requisitos establecidos en su inciso 1 no sólo resultan aplicables a los procesos ante los órganos estrictamente jurisdiccionales —juez o tribunal—, sino que se hacen extensivas a las decisiones de órganos administrativos a los cuales les corresponda la determinación de los derechos de las personas o cuando ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional, como ocurre en algunos países respecto de los procesos migratorios.

112. A su vez, el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal es aplicable en lo que corresponda en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. De este modo, en procesos tales como los que desembocan en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8o. de la Convención.

113. Asimismo, las garantías de debido proceso se aplican a cualquier persona independiente de su edad y condición de estancia en un país. En esta línea, la Corte ha precisado que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.

²⁵ Tawil, Guido Santiago, “Presentación de la obra”, en Tawil, Guido Santiago (dir.), *op. cit.*, p. XXVII.

²⁶ Tawil, Guido Santiago, “El procedimiento administrativo como instrumento de control...”, *cit.*, p. 18.

114. Las garantías reconocidas en el artículo 8o. de la Convención deben ser respetadas y aseguradas a todas las personas sin distinción, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se encuentre en controversia algún derecho de una niña o niño. De esta forma, la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración implica que la observancia por parte de los Estados de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que un adulto. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos.

115. En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte, si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas y niños migrantes, el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten...

...

130. El Tribunal considera que los Estados tienen la obligación de garantizar a toda niña o niño involucrado en un proceso migratorio la asistencia jurídica a través del ofrecimiento de servicios estatales gratuitos de representación legal.

131. Asimismo, este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante y velar por que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que lo afecte.

VI. HACIA UNA DEFENSORÍA PÚBLICA AUTÓNOMA EN MATERIA MIGRATORIA

Los estándares internacionales y las experiencias comparadas señalan que la función de defensa de las personas debe quedar en manos de un órgano técnico autónomo, integrado con especialistas en las materias y derechos en los cuales las personas pueden sufrir violaciones o daños en su esfera jurídica.

En nuestro país hay defensorías públicas ubicadas en distintos órganos del Estado, tanto en el ámbito federal como en el local: una defensoría pública en el Poder Judicial federal; defensorías públicas en los juzgados penales, civiles, familiares, mercantiles, especializados para adolescentes; defensorías públicas en los tribunales de justicia administrativa, y defensorías

públicas en materia de responsabilidades administrativas ubicadas en sede administrativa.

También, como lo apuntamos anteriormente, existen las procuradurías en materia de niñas, niños y adolescentes. Pero lo que no existe, en el ámbito de los poderes ejecutivos, son defensorías en materia administrativa, y mucho menos en materia migratoria, porque, como lo señalamos, las autoridades que hay actualmente tienen muy limitadas sus facultades, ya que sólo pueden representar o asesorar, en el mejor de los casos, pero de ninguna manera llevar la defensa de una persona extranjera, cualquiera que sea el estatus en el que la ley la ubique.

Por lo ya dicho, atendiendo a los estándares internacionales, proponemos la creación de una Defensoría Pública Autónoma como un órgano constitucional independiente, en la cual se incluya la materia migratoria como ya se contempla, por ejemplo, en la Constitución Política de la Ciudad de México.

Asimismo, eliminar de la respectivas leyes, reglamentos y estatutos las facultades para las autoridades competentes de representación, asistencia y asesoría, y se le deje sólo a la Defensoría Pública Autónoma la facultad de ejercer plenamente el derecho humano a la defensa a favor de los migrantes, cualquiera que sea su condición jurídica, e incluidos niñas, niños y adolescentes.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio Anibal, “Medidas para mejor proveer y defensa en juicio”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 25, 1964, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/leyen/cont/25/pr/pr0.pdf>.
- COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino*, México, Porrúa-UNAM, 2006.
- CRUZ BARNEY, Oscar, “El derecho de defensa”, *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, otoño de 2014.
- DATES (H), Luis E., “Procedimiento y proceso administrativo”, en TAWIL, Guido Santiago (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009.
- Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. A-C y P-Z.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *Derecho administrativo del estado de Hidalgo*, México, Porrúa, 2007.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II: *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, F. D. A., 2014.

Informe especial. La problemática de niños, niñas y adolescentes centroamericanos en contexto de migración internacional no acompañados en su tránsito por México, y con necesidades de protección internacional, México, CNDH, 2018.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez_familia/Material/ley-guarderías-niños.pdf.

LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la administración pública*, México, Novum, 2014.

TAWIL, Guido Santiago, “El procedimiento administrativo como instrumento de control de la administración y garantía de los administrados”, en TAWIL, Guido Santiago (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009.

TAWIL, Guido Santiago, “Presentación de la obra”, en TAWIL, Guido Santiago (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009.

Tesis aislada 1a.CCLXXVI/2013 (10a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XXIV, t. 1, septiembre de 2013.

Tesis aislada 1a.CXXIV/2004, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXI, enero de 2005.

Tesis aislada I.3o.C.974 C, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXIV, julio de 2011.

Tesis aislada VII. 1o. (IV Región) 15P, Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXIII, abril de 2011.

Tesis aislada XVII. 1o.PA.68 P, Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXII, octubre de 2010.

Tesis de jurisprudencia 1a./J. 11/2014 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 3, t. I, febrero de 2014.

Tesis de jurisprudencia 1a./J. 117/2009, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXI, marzo de 2010.

Tesis de jurisprudencia XXVII.3o. J/14 (10a.), Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 17, t. II, abril de 2015, rubro: derechos humanos y sus garantías. Su distinción.

Tesis I.3o.T.83 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, t. XX, octubre de 2004.

VÁZQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.