¿Realidad o discurso? Los derechos humanos de los migrantes centroamericanos en México

Y. Imanol
de la Flor Patiño

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

unam
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

¿REALIDAD O DISCURSO? LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES CENTROAMERICANOS EN MÉXICO

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Doctrina Jurídica, Núm. 696

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Cuidado de la edición: Héctor Yeraldo Arias Alamilla y Ricardo Hernández Montes de Oca
Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Y. Imanol de la Flor Patiño

¿REALIDAD O DISCURSO? LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES CENTROAMERICANOS EN MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
México, 2014

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Esta obra fue dictaminada por sus pares académicos
y aprobada para su publicación por la Comisión Editorial
del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Primera edición: 25 de junio de 2014

DR © 2014, Universidad Nacional Autónoma de México

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-5534-2

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Con respeto, a la memoria de la doctora Sonia Rodríguez Jiménez

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

CONTENIDO

Introducción 1

Capítulo primero. Concepciones preliminares 5

I. ¿Qué es la migración internacional? 5
1. Concepto de migración internacional 5
2. Clasificación de la migración internacional 13
3. Enfoques teóricos de la migración internacional 19
4. El Estado del arte de la migración en México 33

II. ¿A qué nos referimos con derechos humanos? 38
1. Antes de empezar... 38
2. Fundamentación naturalista 40
3. Fundamentación positivista 47
4. Fundamentación historicista 53
5. Otras fundamentaciones 58
6. Colofón 60

III. Derecho internacional de los derechos humanos 65
1. Dos caras de una misma moneda: derecho de los derechos fundamentales 65
2. La otra cara de la moneda: el derecho internacional de los derechos humanos 70

Capítulo segundo. México, su ley y la Convención 79

I. Antes y después de la CIPDTM 79

II. Antes y después del 11 de septiembre de 2001 101

III. Descripción y análisis de la CIPDTM 108

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

1. Objetivo y alcance 113
2. Estructura 122
3. Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios (CMW) e informes 128
IV. Descripción de la Ley de Migración 136
1. Antecedentes 136
2. Descripción 141

Capítulo tercero. ¿El Estado mexicano cumple? discurso o realidad . 149

I. ¿Qué entenderemos por obligaciones internacionales? 149
II. Derecho a la vida 160
III. Debido proceso 171
IV. Personalidad Jurídica 200
V. Derecho a la salud 225
VI. Derecho a la educación 241

Conclusiones. 255

Anexos 257

Bibliografía 263

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

INTRODUCCIÓN

El trabajo que se presenta a continuación es una investigación perfectible, humana e inacabada. Sin embargo, llena de expectativas por lo que simboliza. En ella se desarrolla un estudio abocado a dos conceptos específicos: migración internacional y derechos humanos. Su relación ha sido harto estudiada e incluso, como se verá más adelante, ésta se debe a una premisa indispensable para el hombre como ser que evoluciona, el movimiento como sinónimo de avance.

En esta investigación se parte de la idea que el derecho, no sólo por su vocación ética tendente a la justicia como valor máximo, sino por su estructura esquematizada y técnica, es el medio idóneo para proteger al ser humano que sale de las fronteras de un Estado en pos de desarrollo, visto en un sentido integral y no únicamente como móvil económico. El derecho debe erigirse como mecanismo de protección, defensa y garantía, no como mecanismo de exclusión en virtud de ideologías o posiciones políticas xenófobas tendentes a la discriminación de aquel que viste la otredad como segunda piel.

En el primer capítulo, iniciamos por definir el concepto de migración internacional a partir de tres conceptos básicos, que unidos a otros tantos de carácter contingente nos allegan al objetivo planteado. Con el concepto, abrevando de posicionamientos teóricos, nos centramos en la migración internacional de tipo económico que además es irregular, es decir aquella cuyo inicio y desarrollo se da sin el permiso del Estado de recepción. A partir de lo anterior, el autor decidió enunciar los enfoques teóricos que intentan explicar el fenómeno migratorio internacional. Lo anterior en virtud de la influencia que estas teorías tienen para comprender las dinámicas de los movimientos y además, para crear e implementar normas y políticas públicas al respecto.

Ya con un concepto específico de migración internacional, económica e irregular. Nos abocaremos al segundo concepto, utilizando un posicionamiento teórico particular, la teoría dual de Gregorio Peces-Barba para analizar, en un primer apartado, la fundamentación de los derechos humanos y, posteriormente, el derecho de los derechos fundamentales desde su *vis* internacional. Respecto a la fundamentación, el autor se decantó por el positivismo, abordándolo desde una perspectiva particular. Es decir, se

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

entiende que el positivismo que gira sobre la ecuación derecho=norma, actualmente dista de ser útil; sin embargo, lo que sí resulta de este modo es el hecho de que, una vez construida la norma, no hay posibilidad de incumplimiento para el sujeto pasivo de aquella, máxime porque ella se avoca a una rama especializada del derecho con características muy definidas, como se verá más adelante. En este caso el sujeto pasivo es el Estado mexicano y la norma que le obliga un tratado internacional de derechos humanos.

Dicha rama es el derecho internacional de los derechos humanos, de la cual se estudian sus características, elementos y específicamente una de sus fuentes: la convención internacional. Lo anterior es de suma utilidad para pasar a un segundo capítulo, en el que se ve la evolución que —en materia de protección a migrantes irregulares— ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos a partir del *soft law*, para tal fin se hace el análisis de resoluciones nacidas en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas desde 1948. El punto culminante de dicho examen es la Convención para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios de 1990, ella es uno de los dos principales objetos de estudio.

Luego de lo anterior se presenta un breve apartado donde se analiza cómo la caída de las torres gemelas en 2001, afectó la creación e implementación de una política pública y de cuerpos legales conexos a ella, tendente a la protección de los derechos humanos del migrante irregular mexicano en Estados Unidos. Esta situación trasciende las fronteras físicas y provoca que el Estado mexicano mezcle el tema migratorio con el de la seguridad nacional, lo que provoca un menoscabo en la garantía, respeto y protección de derechos humanos a migrantes irregulares centroamericanos, en México.

Retornando a la Convención, en el segundo capítulo, se describe su objeto y alcance (ámbitos de validez), su estructura normativa y, de forma particular, se analiza el mecanismo convencional de protección a derechos humanos que nace a partir de ella: el Comité para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias. En este apartado se observa el cambio discursivo que México ha presentado a partir de la rendición de informes que este organismo solicita a los Estados parte de la Convención. El lector podrá observar cómo el Estado mexicano hace un giro que va de la protección a migrantes mexicanos en el exterior a la de migrantes centroamericanos irregulares en México. Lo anterior tiene razón de ser, la cual se esboza a partir de la narrativa de eventos internacionales específicos, cuya influencia en la postura de México resulta fundamental para comprender de forma integral el fenómeno migratorio irregular de centroamericanos.

Pasado lo anterior, el documento presenta el segundo objeto de estudio: la Ley de Migración. Primeramente se describen sus antecedentes norma-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tivos imbricando la narrativa con eventos históricos ligados al desarrollo de política migratoria en México. De ahí se pasa a su descripción minuciosa y con ello se da por concluido el segundo capítulo.

En el capítulo final, una vez fijado el marco teórico y conceptual, se realiza el análisis de la Ley de Migración con relación a la Convención. Para tal fin se definen a las obligaciones internacionales de: respeto, protección y garantía —siguiendo criterios surgidos en los sistemas universal e interamericano de protección a derechos humanos—. De ahí se lleva a cabo un análisis de los derechos humanos a la vida, al debido proceso, a la personalidad jurídica, la salud y a la educación. En todos ellos, se ven sus elementos, la opinión que han merecido de organismos como los comités de derechos humanos y de derechos económicos, sociales y culturales, respectivamente, así como por la Corte y Comisión interamericanas, sin dejar fuera a la Organización Internacional del Trabajo, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

A partir de dicho análisis se demuestra cómo el Estado mexicano incumple las obligaciones internacionales contraídas a partir de la ratificación de la Convención en 1999. Dado que, ya por lagunas, antinomias o mala administración, viola sistemáticamente derechos humanos de los migrantes irregulares. De forma particular en este trabajo nos interesa el fenómeno jurídico por lo que el tercer capítulo se aboca al análisis mencionado junto con el de otros cuerpos legales como la Constitución, el Reglamento de la Ley General de Población, la Ley General de Salud, la Ley General de Educación así como un gran número de leyes estatales que reglamentan la función de los registros civiles en México.

Visto todo lo anterior, esperamos sea una lectura amena, que la prosa sea llevadera y de antemano agradecer la disposición de su tiempo para tal empresa, deseando profundamente que no resulte en pérdida sino, por lo menos, en una lectura agradable.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Capítulo primero

CONCEPCIONES PRELIMINARES

I. ¿Qué es la migración internacional?

1. *Concepto de migración internacional*

Cuando se habla de migración humana en el contexto de las ciencias sociales, no podemos olvidar la multidisciplinariedad con la cual se aborda su estudio, dado que sus causas, efectos y desarrollo pueden ser observados desde distintas perspectivas científicas. Tanto la antropología, como la sociología, politología, historia, la economía, o incluso el derecho le conciben de diversas formas, de ahí que la variedad de autores citados no sólo se adscriba a la investigación jurídica. Dicho lo anterior, conviene en este momento, para lograr el objetivo del presente acápite —que es obtener un concepto de migración internacional *in generae*— tomar en cuenta tres elementos básicos a partir de los cuales se observará en qué consiste la migración humana (ya que la de tipo internacional es una de sus clases), los cuales acompañados de otros tantos con carácter contingente, pueden ir especificando los contenidos hasta construir un concepto de migración internacional. Los tres elementos básicos son: "ser humano", "espacio" y "movimiento".

Así pues, podríamos decir que la migración humana es, *prima facie*, el movimiento de un ser humano o de un grupo de seres humanos que van de un espacio sobre la tierra a otro[1] (de un punto A a un punto B). Hasta este momento no hemos rebasado los tres elementos básicos ni hemos adicionado factores como "tiempo", ¿cuánto duraría el movimiento, o bien la estadía en el punto B luego de que el primero fuese concluido?, o "modo" en que se da el movimiento ¿fue forzoso o voluntario, con el permiso estatal o sin él? Ni siquiera hemos observado las condiciones geográficas, históricas, psicológicas o políticas en que pueden desenvolverse los tres. Pareciera un concepto que por su propia sencillez abarca una gran cantidad de subconceptos y variaciones, incluso puede resultar vago.

[1] Dollot, Louis, *Las migraciones humanas*, España, Oikos-Tau, 1971, pp. 7-12.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Sin embargo, en este momento se pide que se guarden en la mente sólo el trío de elementos mencionados y se sigan en el ánimo de ir dibujando el concepto de migración internacional. Esto es fundamental, porque para dar el salto entre el trío de elementos básicos y un conjunto más complejo de elementos contingentes que enriquezcan al concepto primario de migración humana, dándole matices, y con los cuales podamos comprender en qué consiste al fin la de tipo internacional, necesitamos partir de otros contenidos ligados a los primeros elementos.

Con respecto al elemento "ser humano" desarrollaremos "ciudadanía", con respecto al elemento "movimiento" "voluntariedad", y por cuanto hace al elemento "espacio" haremos lo conducente con "frontera".[2] Ahora bien, debemos tomar en cuenta que para darle cohesión verdadera a este ejercicio tenemos que sumar un último elemento: "Estado", pues los tres primeros así como los tres contingentes se encuentran íntimamente relacionados con aquel al momento de formar los contenidos del concepto de la migración internacional desde una visión jurídica.

Abordemos el primer elemento ligado con su contingente, "ser humano-ciudadanía". Giovanna Zincone comenta que la ciudadanía como término tiene diversos significados, se hace hincapié en el más pertinente para nuestro apartado: "En esta acepción «ciudadano» es lo contrario de extranjero; y para el caso concreto de estudio, *por ciudadanía se entiende pertenencia a un Estado*",[3] "como una membresía exclusiva, cuestionada por la reciente ola de migraciones",[4] sobre todo porque como bien apunta Miguel Carbonell: "Los fundamentos que se tenían en el pasado para distinguir entre ciudadanos y extranjeros ya no existen en la actualidad".[5]

Dicha pertenencia tiene una dimensión cultural importante —nos comenta Zincone— regida por dos aspectos: la *autopercepción y la heteropercepción*; así, puede el sujeto percibirse como parte del grupo aunque éste no lo acepte bajo esa condición. Esta situación con importantes implicaciones politológicas y jurídicas, así como ya apuntábamos, culturales, fomenta la

[2] Cabe aclarar desde este momento que los nuevos tres elementos contingentes son de origen jurídico y politológico.

[3] Zincone, Giovanna, "Los cuatro significados de la ciudadanía y las migraciones: Una aplicación al caso italiano", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003, p. 202.

[4] Escobar, Cristina, "Migración y derechos ciudadanos: el caso mexicano", *El país transnacional; migración mexicana y cambio social a través de la frontera,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales-Instituto Nacional de Migración, 2010, p. 231.

[5] Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 25.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

diferenciación entre quien es ciudadano y el "otro", extranjero. Por ejemplo, desde la dimensión jurídica —atinente a este trabajo de investigación— la ciudadanía se erige como un medio a través del cual, quien la posee, adquiere derechos consignados en la Constitución y leyes de su Estado; sin embargo, cuando sale de su jurisdicción e ingresa a una distinta, su ejercicio permanece latente —con ciertas excepciones— en tanto retorna.[6]

La ciudadanía entonces "lejos de presentarse como un principio universalista, usualmente funciona como cláusula de cierra [sic]? de la comunidad política",[7] erigiéndose, con referencia a la migración internacional, en una condición que promueve un criterio diferenciador entre seres humanos, no justificada en realidad, pero que en los discursos normativo y político aún goza de una relevancia importante, la cual debe ser observada para poder ver el fondo de la norma jurídica. No se comparte el criterio, sin embargo, desde nuestra línea de estudio resulta fundamental tomarlo en cuenta.

En este orden de ideas los *sujetos* de la migración internacional son seres humanos, que gozan o gozaron del estatus de "ciudadanos" pero que al moverse del Estado A al Estado B y mantenerse fuera del espacio geográfico donde el sistema jurídico-político del Estado A tiene validez, le ven suspendido, pues la ciudadanía es un criterio territorializado ligado a la pertenencia, no tan solo como ideal de grupo relacionado con las "identidades" sino al espacio geográfico, en pocas palabras, no se liga tan solo con el sujeto sino también con el objeto, el Estado.[8] Así pues, los sujetos de la migración internacional son extranjeros o desde un tratamiento más específico no-ciudadanos (se abordará este último término en apartados subsecuentes) quienes realizan movimientos de un Estado A a un Estado B.

Ahora bien, recapitulando, tenemos que el elemento humano y la ciudadanía, para efectos de la migración internacional, resultan en el concepto de "extranjero"; sujeto que de acuerdo a los parámetros del Estado "B" es un no-ciudadano y cuyo movimiento a través suyo se encuentra subordinado a fórmulas y protocolos específicos. Pasemos ahora al elemento "movimiento" con su contingente "voluntariedad" para observar cómo se unen entre sí acercándonos capitalmente al concepto deseado.

6 Escobar, Cristina, "Migración y derechos ciudadanos...", *cit.*, pp. 246 y 247.

7 Velasco, Juan Carlos, "Dejando atrás las fronteras. Las políticas migratorias ante las exigencias de la justicia global", *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura,* julio-agosto de 2010, p. 595.

8 Castillo, Manuel Ángel, "Migración, derechos humanos y ciudadanía", *El país transnacional; migración mexicana y cambio social a través de la frontera*, México, Instituto Nacional de Migración-UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2010, p. 277.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

El movimiento y la voluntad entendida como características fundamentales en el desarrollo del hombre[9] se unen para dar forma a la migración humana como acto, mismo que, previa fase de determinación interna por parte del sujeto que le realizará, surge al fin convirtiéndose en el ánimo de salir de un lugar para llegar a otro, siendo los fines y causas del acto variadísimos. Justamente en este sentido cabe abordar los diversos grados de "voluntariedad" que el sujeto migrante contempla a lo largo de la fase de determinación anotada y la cual incide directamente en la selección de los fines mencionados. Esto es en razón de que para cierto sector de la doctrina conviven dos tipos de migración: la "voluntaria" y la "forzada". Así, resulta necesario ver ambos términos como contradictorios, o desde una descripción más gráfica, como los extremos de una relación en la que la migración voluntaria se inscribe dentro de un marco de actuación donde reina la capacidad plena para decidir sobre el propio movimiento, capacidad que, conforme nos acercamos al otro extremo, se va difuminando hasta llegar a un grado en el que se ve tan reducida que no incide en la decisión, pues son otros factores los que empujan al sujeto a moverse.

No es propicio ahondar demasiado en lo anterior ya que todavía no es el momento idóneo. Sin embargo, conviene decir que dichos factores se encuentran causalmente relacionados con las condiciones de vida que se experimenten, por ejemplo la guerra, la oferta de un mejor empleo, los desastres naturales, un mejoramiento en la calidad de vida, los cambios identitarios y por supuesto la pobreza. Por tal motivo, los *fines* de la migración humana: pueden ir desde salvar la vida y la familia hasta conocer un determinado lugar del globo para efectos recreativos.

Resulta medular entonces, no perder de vista que 1) el "movimiento" como elemento unido a su contingente, nos muestra un amplio abanico de causas, por las cuales puede surgir la migración, y 2) que dicha capacidad volitiva en realidad jamás desaparece del ser humano a lo largo de este proceso aunque sí, debido a los factores mencionados, puede ir variando gradualmente hasta anular sus efectos —si bien no su existencia— o, contrario al extremo recién mencionado, encontrarse plena en su ejercicio.

[9] El hombre como ser histórico, necesita de la trascendencia, para poder ir más allá de su finitez y del contexto que le constriñe, por tanto el cógito (pensar) el volio (querer) y el agro (caminar, seguir, ir adelante) se convierten en características necesariamente humanas. Que le ayudan a emprender la gran empresa de continuar hacia el cambio. Véase Zamora Salicrup, José Luis, "El cambio una necesidad del ser", *Memoria del X Congreso Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, vol. IV, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 210 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Deseo anotar antes de pasar a otro aspecto importante, que la doctrina hace un esfuerzo —un tanto desafortunado desde la perspectiva del autor, pero aún dominante— por relacionar la voluntad plena y la falta de voluntad en las migraciones, con factores económicos y políticos respectivamente. Así, las migraciones económicas son voluntarias y las migraciones políticas forzadas. Al momento de llevar a cabo la clasificación programada en el siguiente acápite veremos esta división con mayor detenimiento.

En tal orden de ideas, aun cuando económicas o políticas, voluntarias o forzosas, al movimiento le afectan los factores mencionados en las primeras líneas de este apartado, "tiempo" y "modo". Las migraciones voluntarias y las migraciones forzosas podrán ser, indistintamente, temporales o permanentes, dependiendo del caso concreto; asimismo podrán darse bajo el permiso estatal o sin él. Con respecto al "tiempo" las migraciones temporales son más aceptadas e incluso legítimas, pudiendo desembocar en las permanentes, en tanto que las permanentes tienen que enmarcarse dentro de una estructura determinada, tanto ontológica como social, para gozar de legitimidad. Por cuanto hace al "modo" y al criterio de: "con permiso estatal" y "sin permiso estatal", sencillamente estamos frente a la polémica y anatemizada distinción entre migraciones regulares —o "con permiso"— y migraciones irregulares —o "sin permiso"— sobre las irregulares nos centraremos en este trabajo; sin embargo, conviene seguir construyendo el concepto de migración internacional para llegar en su momento a ellas.

Pasemos al tercer par de elementos, "espacio-frontera". Hagamos una analogía práctica, todo cuerpo se encuentra delimitado en su estructura por un perímetro, en el caso de los espacios geográficos y más aún de los estados; dicha función es desempeñada por las fronteras. Son invisibles a excepción de aquellas que como construcción simbólica son representadas por medio de elementos naturales (cascadas, cadenas montañosas, etcétera), sin embargo, gozan de una preeminencia especial cuando hablamos de migración humana, siendo mayor cuando pasamos al terreno de la de tipo internacional.

La función de las fronteras es proteger los territorios —apunta Carbonell—,[10] marcar su diferenciación con el vecino, en un sentido territorial. Sencillamente hacen una separación entre lo propio y lo ajeno. El mismo investigador, citando a Kymlicka, comenta que además son "un ámbito de

[10] Carbonell, Miguel, "Libertad de tránsito y fronteras: la gran cuestión del siglo XXI", Valadés, Diego *et al.* (coords.), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 107.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

delimitación de los sujetos incluidos en una comunidad nacional y su trazado actual y futuro".[11]

Así pues, las fronteras se erigen bajo dos caras de una misma moneda, como puertas abiertas o como muros inexpugnables a través de los cuales seres humanos en movimiento transitan con fines diversos (algunos mencionados antes). Sin embargo, lo destacable del "espacio" y la "frontera" con respecto a la migración internacional son dos aspectos, el primero, que cuando hablamos de este tipo de migración humana los espacios, reitero, son Estados o lo que en algún momento gozará de ese estatus; quienes de acuerdo a sus propias normas y consensos políticos permitirán el movimiento a través suyo para que éste desemboque en una migración temporal o bien permanente. En este sentido, el factor "modo" también goza de un peso sustancial para comprender la interacción entre espacio-frontera y migración internacional; pues el cruce de los límites sin ir de acuerdo al decir estatal; da pie a la mencionada migración irregular. Como controlarla, paliarla o sobrellevarla es tarea de las políticas públicas llevadas a cabo por el Estado en cumplimiento de una de sus funciones sustanciales.

El segundo aspecto a remarcar es una dicotomía clásica: lo interno no es igual a lo externo; así pues las fronteras marcan la diferenciación, desde una perspectiva geográfica, política, jurídica y sociológica entre el espacio del Estado A y del Estado B. Sin embargo, dentro de sus espacios propios también pervive el fenómeno de la migración humana que, retomando la dicotomía y partiendo de un eje central simbolizado aquí por la frontera, se contrapondría a la de tipo internacional en el sentido de que para la primera el movimiento se observa a través de espacios diversos limitados por fronteras y para la segunda —es decir la migración interna— el movimiento nace y concluye dentro del espacio limitado de un estado.

En los planos teórico y práctico de estudio de las migraciones no existe una contraposición entre los fenómenos citados; pues es, la de tipo interno, un estadio previo a la internacional en la mayoría de los supuestos —sobre todo cuando se habla de migración por motivos económicos—; sin embargo, desde la perspectiva que nos brindan los tres conceptos básicos con sus contingentes en relación con el elemento "Estado", la migración interna reporta otras implicaciones. Para el *policy maker*, ésta resulta una cuestión doméstica, en tanto que la de tipo internacional sale de este parámetro pues implica, incluso, una imbricación de políticas públicas de diversos Estados entre sí.[12] Desde un ámbito jurídico-político la migración interna se regu-

[11] *Ibidem*, p. 108.

[12] Escobar, Cristina, *Migración y derechos ciudadanos..., cit.*, pp. 240 y 241.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la por un marco normativo único, y se legitima o deslegitima, controla y subyace en la estructura de un poder político con un discurso específico, en tanto que la internacional reporta una zona de influencia y de decisión forzosamente colectiva, ya no en el ámbito interno sino en el de las relaciones internacionales[13] y el derecho internacional, en sus distintas vertientes.

Agotados los tres elementos contingentes y estableciendo una relación sistemática entre ellos, podemos decir que la migración internacional resultaría del movimiento de seres humanos (individual o en grupo) quienes gozan o gozaron del estatus de ciudadanía en su Estado pero que, al momento de iniciar el movimiento, ya voluntario o forzoso, en primera instancia a través de las fronteras de su propio Estado para luego cruzar las de otro distinto al suyo, buscan la realización de diversos fines ya económicos, de supervivencia, de recreación, de trabajo, ideológicos, culturales, etcétera; pudiendo hacerlo de forma temporal o permanente, regular o irregular, una o varias veces.

Ahora bien este concepto construido a partir de las ideas anteriores tiene que ser complementado con otros más aportados por diversos autores. Javier Saravia y la Organización de las Naciones Unidas en un documento de trabajo dicen que la migración internacional es:

> La acción de salir de un lugar para establecerse en otro, dentro o fuera de la misma región... proceso [que] incluye al emigrante, aquél que sale de su tierra; al migrante, que se traslada de un lugar a otro; y al inmigrante, quien entra a otra localidad...[14] así como aquel ser humano que regresa al Estado de origen o al Estado de Residencia habitual.[15]

Bajo esta perspectiva que engloba los distintos momentos a través de los cuales pasa el sujeto migrante se puede observar que las dos fuentes aportan nuevos contenidos al concepto hasta ahora esbozado de la migración inter-

[13] A este respecto comenta Najib Abu Warda que "la migración internacional se transforma en un vínculo básico del sistema internacional... como un elemento en la configuración de las relaciones internacionales, formando parte de una estructura compleja de interacciones internacionales". Abu Warda, Nahib, "Las migraciones internacionales", *Revista de Ciencias de las Religiones,* Universidad Complutense de Madrid, anexo XXI, 2007, p. 41.

[14] Saravia, J., *La solidaridad con los migrantes en la vida y en la biblia,* México, Obra Nacional de la Buena Prensa, 2007, p. 12.

[15] Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias, documento de trabajo CMW/C/2/L.1, segundo periodo de sesiones, 22 de marzo de 2005, Suiza, p. 2.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nacional. Estos son el sujeto "transmigrante" y el "migrante en retorno"; con ellos, ya no sólo el sujeto sale de un Espacio A para trasladarse a otro Espacio B, sino que puede ir a través de este último a un Espacio C o bien regresar del Espacio B al A. El primero cruza fronteras, sin embargo, su movimiento obedece a un paso continuo, por el deseo de arribar a un tercer Estado, lo que perpetúa su movimiento hasta el instante en el cual alcanza las fronteras del Estado deseado, en tanto que el migrante en retorno simboliza el fin de la cadena iniciada con el movimiento hacia un Estado ajeno, es la culminación de un ciclo. El transmigrante tiene una relevancia muy particular en el desarrollo de este trabajo.

Asimismo, Robert Sutcliffe comenta que la migración internacional es "el abandono por determinadas personas de su lugar de residencia y la adopción de uno nuevo durante un periodo relativamente largo, aunque no sea necesariamente permanente".[16] A este aporte un tanto vago, considero prudente adjuntar lo que en 1927 dijera L. Varlez, citado por Abu Warda, sobre la migración internacional, al decir que el movimiento es "con objeto de satisfacer las necesidades que juzga esenciales".[17]

Analicemos los aportes recién plasmados. Lo relevante aquí es, en primer lugar, el hecho de que Sutcliffe no encasilla al elemento humano con el que construye su concepto dentro de los muros de la ciudadanía y por lo tanto no limita la visión de la migración a un evento que provoca la salida del elemento humano de su lugar de nacimiento; justamente su idea permite observar que la migración internacional puede darse en distintas ocasiones a lo largo de la vida de un sujeto, y bajo diversas circunstancias o dentro de diversos espacios en los cuales no necesariamente se tiene que gozar del estatus de ciudadanía. A este respecto, opina Sarrible que en circunstancias tales se "es migrante [sencillamente] porque el lugar de nacimiento y de residencia son diferentes".[18] Por tal motivo conviene dejar muy claro que actualmente la ciudadanía guarda con la migración internacional, más que una relación causal, una de tipo factorial donde se convierte en un elemento relevante pero ya no sustancial, que incide para que el elemento humano en movimiento goce de los derechos y los mecanismos para ejercerlos en los Estados donde se encuentren aun cuando no gocen del estatus de ciudadanos.

16 Sutcliffe, Bob, *Nacido en otra parte. Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad,* España, Facultad de Ciencias Económicas de Bilbao, en *www.hegoa.ehu.es/dossierra/migracion/Nacido_en_otra_parte.pdf*, 2010, consultado el 7 de febrero de 2011 p. 19.

17 Abu Warda, Nahib, *Las Migraciones Internacionales, cit.,* p. 35.

18 Sarrible, Graciela, "Propuesta de Cambios en el concepto de Migración Internacional", *Revista Scripta Nova,* núm. 94, agosto de 2001, p. 1.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Por esta razón la ciudadanía ligada a un criterio de nacimiento, aún subsistente en los discursos que permean los marcos normativos de algunos Estados, influyendo en sus políticas públicas, no goza de legitimidad, sobre todo porque la condición de nacimiento no resulta argumento suficiente para negar la garantía efectiva de derechos reconocidos a todos los seres humanos.[19] Justo en este mismo sentido se inscribe el aporte que hace L. Varlez ya que las necesidades de las cuales habla, no solo se limitan a fines utilitaristas, sino de supervivencia, dado que la migración internacional florecida entre países desarrollados y subdesarrollados no obedece a una paridad o reciprocidad entre éstos, sino a desigualdades estructurales importantes, por lo que sus fines son sencillamente el anhelo de alcanzar un mejor nivel de vida para sí y para la familia, no puede haber nada más legítimo que esto.

Ante tal panorama —complejo ciertamente, por la diversidad de elementos incluidos en el discurso— conviene construir un concepto simple de migración internacional, mismo que se ofrece en las siguientes líneas en el ánimo de continuar la configuración de nuestro marco teórico-conceptual. Así pues, para fines de esta investigación se entenderá como *el movimiento voluntario o forzoso, de seres humanos (quienes pueden o no gozar del estatus de ciudadanía) que se da al cruzar las fronteras de dos o más Estados, con él se busca la realización de diversos fines.*

2. *Clasificación de la migración internacional*

Así pues, observados los aportes de los autores citados, considero que es el momento idóneo para pasar (finalmente) a la clasificación de la migración internacional. Resulta necesario hacer una advertencia terminológica: si antes hablábamos de una migración internacional y con esfuerzo dibujamos un concepto, en este momento abordaremos algunas clases de migraciones internacionales existentes, pues recordando el concepto primario y siguiendo criterios clasificatorios se le dará tintes al primero, especificando y diversificándolo en algunos otros atinentes a nuestra investigación.

Para tal fin describiré lo que Najib Abu Warda considera a este respecto, glosando lo que a mi consideración resulta importante sobre esta temática. Para Abu Warda, la migración internacional puede clasificarse siguiendo los siguientes criterios:

— Criterio geográfico o espacial, que distingue entre migraciones intercontinentales e intracontinentales. Las primeras se refieren a movi-

[19] De Lucas, Javier, *cit.*, por Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio…, cit.*, p. 24.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

miento de seres humanos de un continente a otro, en tanto que las segundas se refieren a movimientos regionales suscitados en la geografía de un mismo continente. Entre ambas clasificaciones se encuentran las de tipo mixto: "Son aquellas que realizándose de un continente a otro, no suponen el traspaso estricto de fronteras de un país, pues se dirigen a las colonias del mismo... el cambio geográfico es suficiente para que se le considere migración internacional".[20]

— Criterio de tiempo. Sería un tanto redundar en lo mencionado sobre las migraciones permanentes y temporales, Abu Warda denomina a las primeras definitivas. Lo interesante sería el elemento de intencionalidad con el cual complementa este criterio clasificatorio pues menciona que "en las primeras existe la intención de no regresar al país de origen. Las migraciones temporales suponen el abandono del país de origen durante un periodo definido pues existe la firme voluntad de regresar".[21]

En este sentido conviene decir que nuestro autor olvida el elemento que hace algunas líneas se destacó siguiendo a Sutcliffe sobre que la migración no tiene que darse de manera forzosa, desde el lugar de origen hacia otro distinto, pues como acto humano puede repetirse en innumerables ocasiones de un espacio a otro sin necesidad de partir desde la patria para recomenzar el ciclo.

— Criterio de iniciativa del desplazamiento, "que distingue entre migraciones autónomas y migraciones políticas. Las primeras tienen su origen en la voluntad espontanea de trasladarse a otras tierras. Las migraciones por iniciativa política son el resultado de graves situaciones políticas, sociales o ideológicas".

Abu Warda concibe una diferenciación mayúscula entre las migraciones internacionales causadas por voluntad propia y las políticas. Esta clasificación se acerca mucho a lo dicho por Sutcliffe aunque él denomina a las autónomas como económicas, de hecho esto tiene lógica si se observa que en la construcción del lenguaje usada por Abu Warda no incluye en la nómina de causas por las cuales surgen las políticas a los factores económicos, aunque sí a los "sociales" francamente ligados a los anteriores.

Considero, como se dijo antes, que esta clasificación no es del todo afortunada por dos razones. En primera instancia porque ligar el aumento o disminución de la capacidad de decisión para migrar con la incidencia de

[20] Abu Warda, Nahib, *Las migraciones internacionales, cit.*, p. 37.

[21] *Ibidem*, p. 38.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

factores económicos o políticos, no puede verse como una relación universal, pues sea cual sea la situación en la que se encuentre el ser humano, la capacidad volitiva existe, por lo que, ya en migraciones autónomas o bien en aquellas de tipo político, el sujeto decide el movimiento de una u otra forma, para las primeras con un mayor margen de libertad en tanto que para las segundas su voluntad se encuentra subordinada a condiciones o circunstancias que guían la decisión desembocando en el movimiento.

Y porque además las migraciones internacionales no pueden observarse como una generalidad, reitero, que permita la división entre autónomas y no autónomas. Si seguimos a Sutcliffe en el sentido de que cuando la migración internacional se ve motivada por un móvil económico, es el ánimo material el que impulsa al sujeto a salir de su entorno, podría pensarse que tanto el sujeto cuyos ingresos anuales superan la barrera de los cincuenta mil dólares como aquel que no percibe más que dos dólares diarios, deciden libremente sobre su movimiento a otro Estado en búsqueda de una mejoría económica. Sin embargo, puede acontecer, como de hecho pasa, que el segundo no decida de forma libre, pues de ser así poseería distintas opciones para que, al decantarse por alguna, la autonomía esgrimida viera plena su existencia. En este sentido, como lo reconoce el propio Sutcliffe la migración del segundo sujeto será forzosa pues se encuentra inmerso en un ciclo de pobreza donde la migración se erige como una última posibilidad para mejorar su calidad de vida. Tendrá entonces que decidir entre salir o quedarse, aunque las condiciones y el fin planteado, como afirmara antes, le empujarán a tomar la decisión de iniciar el movimiento.

Sutcliffe comenta a este respecto que todas las migraciones causadas por la pobreza como patología social son forzadas aunque en diferentes grados dependiendo de la voluntad que impulse el inicio de este proceso vital. Así pues, la migración internacional planteada en el segundo caso tendría por fin el de satisfacer las necesidades más ingentes para la supervivencia humana, siendo entonces de cierto modo forzosa en virtud de que el desempleo y la pobreza así como la psicología social de la comunidad en que se desenvuelve el migrante, hacen que se constituya en el medio para subsistir de mejor forma que aquella en la que se vive dentro del país de origen. Nuestro autor comenta tajante que, en estos casos "la migración es la escapatoria de una suerte que parece todavía peor... en un extremo el migrante... No tiene ninguna elección real y la única alternativa puede ser la muerte".[22]

Sin embargo, la división comentada por Sutcliffe, ya desde un plano teórico, sí tiene una relevancia específica, sobre todo porque la migración inter-

[22] Sutcliffe, Robert, *Nacido en otra parte*…, *cit.*, pp. 16 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nacional y sus estudios contemporáneos, hacen la división entre migrantes económicos y políticos. En los razonamientos anteriores se sostiene aquí, en efecto, que la voluntariedad nunca desaparece del ser humano, que se mueve aunque tampoco se encuentra plena en todos los casos, con lo cual por un lado se niega que las migraciones económicas sean totalmente voluntarias y por otro lado se afirma que según los casos concretos en que ésta se dé la voluntad se mantendrá, crecerá, decrecerá, o —como en el caso planteado, relacionado causalmente con el desempleo y la pobreza— se encontrará subordinada a las condiciones de vida del migrante. Sin embargo, dejando atrás el elemento de "voluntariedad", cuyo desarrollo y relación con lo antes planteado provocará la discrepancia del suscrito con Abu Warda; en un plano legal y político, así como teórico (esto se verá en el siguiente apartado), la división obedece al tratamiento con el cual se distingue al migrante político del económico.

Así pues, el primero será visto en la figura del refugiado, del desplazado o del apátrida por ejemplo. En tanto que el segundo será migrante y punto. Esto en un plano práctico implica diversos efectos porque las migraciones políticas gozan de una legitimación mayor a diferencia de las económicas y porque además sus estatutos, la protección que se les brinda, así como la permisividad en el movimiento es mayor para éstos. Con esto no se quiere decir que los refugiados vivan en un mundo de "color rosa", dado que sus condiciones de vida son muy duras y aun cuando en el discurso normativo se les protege de forma especial, no siempre son respetados ni garantizados sus derechos; sin embargo, lo que se pretende resaltar es que la postura que divide a la migración internacional en dos corrientes (económica-política), reviste una importancia capital en este trabajo porque el tipo de migración que se analizará será la de tipo económico, orientándola a los sujetos que por fines económicos salen de sus países. De ahí que el análisis teórico siguiente se refiera a esta clase de migración internacional.

— Criterio que toma como referencia la finalidad de la migración. "Aquí se pueden distinguir entre migraciones con finalidades económicas, políticas sociales, ideológicas, culturales, etc.".[23]

Aunado a lo anterior nuestro autor hace notorio que, con base en los anteriores criterios, las migraciones internacionales pueden observarse actualmente, en cuatro categorías: clásicas, temporales de trabajadores, forzadas y clandestinas. De las anteriores interesa aquí conocer las temporales de tra-

[23] Abu Warda, Nahib, *op. cit.*, p. 37.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

bajadores y las clandestinas, pues su análisis reviste una importancia capital para el desarrollo de este trabajo. Sobre las primeras, Abu Warda hace un trabajo de subcategorización en el cual según el grado de profesionalización del trabajador pueden observarse diferencias entre unas u otras; para él existen migraciones de trabajadores poco o nada cualificados, migraciones de trabajadores de grado medio y migraciones de trabajadores altamente calificados.

Aquí interesan las migraciones de trabajadores poco o nada cualificados, quienes emigran en busca de oportunidades de empleo fuera de sus países de origen. Son —dice Abu Warda— "migraciones... motivadas por razones económicas y en menor medida por situaciones políticas de su país de origen. Las migraciones de países menos desarrollados y de regímenes políticos dictatoriales son claros ejemplos de esta categoría".[24] Siguiendo los argumentos vertidos antes sobre la discrepancia respecto a la autonomía con la cual Abu Warda identifica a las migraciones económicas y lo dicho por Sutcliffe en este sentido; es evidente que dichos movimientos son en cierto modo forzados, dado que, por la poca cualificación que goza, el trabajador no logra colocarse en los mercados laborales de su país, migrando como salida a la problemática del desempleo y la pobreza acarreada por él.

En este sentido comenta Lin Leam Lim, que, curiosamente, los migrantes menos calificados son aquellos que encuentran pronto un trabajo en las naciones receptoras dado que:

> Existe una demanda de mano de obra barata y con bajas calificaciones en los países industrializados... un número considerable de países, han ampliado el número de puestos de trabajo en la base de la escala ocupacional... Este tipo de empleos, son satisfechos en escasa medida por trabajadores nativos, aún los desempleados... [Entonces] la demanda resultante de trabajadores migrantes le otorga una significativa intensidad a los flujos de mano de obra y facilita la incorporación de migrantes al mercado de trabajo... los trabajadores extranjeros —incluidos los no autorizados— encuentran puestos de trabajo con facilidad.[25]

Esto hace visible que la migración internacional de raigambre económica, no tan solo obedece al ánimo subjetivo de superación planteado por la clasificación de Abu Warda, sino a la estructura prevalente en las naciones

[24] *Idem.*

[25] Lean Lim, Lin, "Growing Economic Interdependence and its Implications for International Migration", *United Nations, Population Distribution and Migration,* Estados Unidos, 1998, p. 230.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

industrializadas capitalistas, donde la mano de obra sin cualificación es demandada; aun cuando resulte paradójico, no es obstáculo para que se creen políticas migratorias restrictivas, el caso actual más claro es Estados Unidos de América.

Continuando con Abu Warda, él aborda la temática de las migraciones clandestinas de la siguiente manera:

> Son personas que se encuentran en una situación ilegal en el país de residencia, bien porque han entrado clandestinamente, o que habiendo llegado legalmente, han decidido continuar en situaciones de ilegalidad tras concluir los plazos de residencia. La inmigración clandestina se ha visto ampliamente incrementada en las últimas décadas como resultado de las restricciones a la entrada en los países de destino... y la agravación de la situaciones económica y política de muchos países de procedencia.[26]

Abu Warda no pierde de vista los motivos de la migración clandestina, por situaciones económicas ligadas de forma importante con las migraciones laborales mencionadas *supra*. Justo la demanda de mano de obra en naciones receptoras junto con factores económicos y de falta de seguridad social en las naciones de procedencia hacen que el fenómeno crezca en número, a un grado tal que sus efectos primarios se han diversificado dado que los flujos de migrantes ya no responden tan solo al trabajo y por tanto a una superación económica legítima, sino a factores relacionados con la criminalidad y el sicariato. Al día de hoy las migraciones clandestinas, adjetivo calificativo en la perspectiva de Abu Warda, son un tema pendiente de resolución en las agendas nacionales y que goza de una imbricación singular con el ejercicio de derechos humanos.

Se decidió destacar ambas clasificaciones porque justo sobre ellas se desarrollará el análisis posterior de este trabajo, dado que ambos tipos de migraciones internacionales, observadas desde distintas perspectivas —la primera con una visión netamente económica en tanto la segunda analizada desde la perspectiva politológica y jurídica, respectivamente— se unen entre sí dado que sus causas y fines, en realidad suelen ser los mismos: el ingreso a un espacio B para trabajar y mejorar la condición económica, individual, familiar o comunitaria inclusive.

Aunado a este fenómeno, con una vigencia internacional relevante, se hará el análisis desde la perspectiva de la figura del transmigrante descrita someramente hace algunos parágrafos, ya que para México y su sistema jurídico-político, el tránsito de trabajadores migratorios económicos, y ade-

[26] Abu Warda, Nahib, *op. cit.*, p. 38.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

más irregulares —o desde la perspectiva de Abu Warda clandestinos— es una problemática aún inconclusa. En tal orden de ideas, de acuerdo a la clasificación hasta aquí aportada podemos concluir lo siguiente:

1) Hay diversas clases de migración internacional.
2) Según estos criterios, pueden estudiarse: de acuerdo al espacio, el tiempo, la voluntad y los fines del movimiento.
3) Asimismo pueden categorizarse, interesando a nuestro estudio: la migración de trabajadores sin calificación y la migración clandestina.
4) Ambos fenómenos se ven imbricados para el caso concreto de estudio en el sistema jurídico-político mexicano.

Ahora bien, dicho lo anterior, les pido que retornemos a aquella clasificación abordada hace algunas páginas sobre la diferenciación teórica que se hace entre las migraciones económicas y las políticas. Si pido esto es porque a continuación describiré algunas de las muchas teorías contemporáneas existentes sobre la migración internacional de tipo económico, repito, de acuerdo a la primera clasificación. No se piense que el abordar enfoques teóricos hará farragosa la lectura e infructuoso cualquier posicionamiento.

Lo interesante y lo relacionado de ese análisis con nuestro estudio jurídico de la migración internacional económica, irregular (vaya nombre), es que los enfoques teóricos influyen con sus comentarios y argumentos sobre los creadores y aplicadores de normas. Así las cosas, estas teorías fomentan la formación de políticas públicas en la materia así como, por supuesto, normas jurídicas; que al momento de ver la luz siguen el discurso político dominante con lo cual, en la mayoría de los casos, afectan a los migrantes internacionales dentro de su esfera de derechos. Sin duda, el enfoque teórico goza de relevancia para el desarrollo de nuestro trabajo.

Dicho lo anterior, conviene decir que para efectos de la presente investigación se comprenderá que *la migración internacional económica, es aquella que se distingue de la de tipo político por un componente de intencionalidad en el movimiento entre fronteras; sin embargo, la que es causada por la pobreza resulta forzosa. Se da por un fin enfocado al mejoramiento en la calidad de vida del migrante y su familia mediante el trabajo y puede ser regular (cuando el Estado receptor permite el ingreso) o irregular (cuando el migrante ingresa sin permiso alguno del Estado).*

3. *Enfoques teóricos de la migración internacional*

Antes de iniciar la exposición teórica planteada conviene dar a conocer la limitación de las teorías actuales para abarcar y explicar la migración in-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ternacional económica. Lo anterior no es obstáculo para afirmar, sin embargo, que en un plano práctico y desde luego en casos concretos, cada teoría encuentra convergencia con realidades nacionales o regionales donde su estructura discursiva política e incluso jurídica se ve reflejada en los postulados de las teorías. Esto, como dijera antes, convierte al manejo básico de las teorías contemporáneas en una necesidad para observar más objetivamente las políticas migratorias de naciones expulsoras o receptoras, y para poder hacer una crítica válida a los cuerpos normativos que regulan dichos procesos.

Ahora bien, respecto a la limitación antes enunciada, diversos autores comentan que debido a la incidencia mayor del fenómeno en estudio, resulta más difícil explicarlo bajo un solo esquema de pensamiento o bajo un solo planteamiento teórico, pues las variables y los universos sobre los que pueden construirse han variado y se dinamizan constantemente. Así, "el surgimiento de la migración internacional como un rasgo estructural básico de casi todos los estados industrializados da testimonio de la solidez y coherencia de las fuerzas subyacentes… Aún la base teórica para entender estas fuerzas es bastante débil".[27] Aunado a lo anterior comentan que al día de hoy no hay teoría única de migración internacional económica, "sino sólo un conjunto de teorías fragmentadas que han sido desarrolladas de forma aislada entre sí y a veces, pero no siempre, segmentadas por los límites propios de cada disciplina". Lo anterior no es para extrañarse ya que como podrá observarse durante las líneas siguientes, las teorías son más cercanas al estudio de la economía, la demografía y la sociología; sin embargo, su imbricación con la política y —de forma particular— con el derecho resulta innegable ya que "las consideraciones políticas y los Estados intervienen de manera tan destacada en las migraciones laborales… que los mayores flujos resultan del reconocimiento de títulos habilitantes".[28]

A este respecto, es destacable comentar que al día de hoy, en materia jurídica, no existe una teoría que estudie el fenómeno migratorio como sí sucede con otras disciplinas. Podría resaltarse, por ejemplo el hecho de que la filosofía del derecho cercana a algunas escuelas de pensamiento jurídico la observan con relación a la ley, al devenir social e incluso a la propia naturaleza humana, buscando su legitimidad en la estructura de las normas o bien

[27] Massey, Arango *et al.*, "Teorías de las migración internacional; una revisión y Aproximación", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 5, núm. 10, julio-diciembre de 2008, p. 1.

[28] Arango, Joaquín, "Explicación teórica de las migraciones", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas*, núm. 1, octubre de 2003, p. 22.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

pugnando porque se convierta en un acto legítimo jurídicamente, dada su importancia dentro de la vida del hombre. Asimismo, desde la teoría de los derechos humanos —analizada más adelante— se observa a la migración, como acto volitivo humano, en consonancia con diversas construcciones de pensamiento, donde puede verse justificado en mayor o menor medida, pero siempre —tanto en el caso de la filosofía del derecho como en el de la teoría jurídica— visto a la luz de cuerpos normativos o de valores, acciones sociales y consecuencias enmarcadas en la disciplina jurídica.

Entonces es sencillo concluir que la migración internacional económica es estudiada desde muy diversas posturas teóricas y disciplinarias. Esto es en razón quizás a que, como Castles y Miller afirman, la migración internacional es parte de una revolución transnacional que está reconformando las sociedades y la política en todo el mundo, recreándose como fenómeno social en respuesta a los cambios estructurales en las economías nacionales (e incluso regionales) así como en los discursos políticos y en los conflictos sociales.[29]

Pasemos pues a la descripción de cuatro de las teorías contemporáneas que estudian la migración económica internacional (teoría neoclásica, teoría de la nueva economía de las migraciones, teoría de los mercados de trabajo duales, teoría del sistema mundial); en ellas puede verse los diferentes tratamientos que se le otorgan, yendo desde una herramienta de equilibrio económico, pasando por una forma de marcar aún más las distancias entre países desarrollados y subdesarrollados; hasta tocar el extremo de verle como un medio de dominación utilizado por los países capitalistas para que continúe el *status quo* que les privilegia. Se escogen tan solo cuatro, porque desde la perspectiva del autor se constituyen como las más sólidas y en las que más pueden influir en la explicación de los fenómenos que durante el desarrollo de este trabajo se describirán, relacionándoles con diversos cuerpos normativos.

Se considera oportuno comentar que aunados a estos enfoques teóricos, existen otros como la teoría de la dependencia planteada en las antípodas de la teoría neoclásica, con marcada influencia marxista; la teoría de las redes y la institucional, ambas inscritas en la corriente de perpetuación de los flujos migratorios donde se analizan las razones para que éstos se hagan permanentes, así como, *v. gr.*, la teoría de la causalidad acumulada o la de los sistemas relacionadas con la migración. Todas aportan elementos importantes a los estudios de las migraciones, para el caso concreto de la migración internacional económica; sin embargo, desde el estudio plan-

[29] Castles, Stephen *et al.*, *La era de la migración: movimientos internacionales de población*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2007, p. 18.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

teado en este trabajo las más pertinentes para desarrollarlo son las cuatro mencionadas.

Comencemos por la teoría neoclásica, según Joaquín Arango es el aporte real —en el sentido de bien logrado y consistente— más antiguo, ya que "el resto de las contribuciones anteriores presentan hoy tan solo un interés histórico".[30] Es observable desde dos niveles: el modelo macro y el micro. El modelo macro surge a partir de las diferencias geográficas en la oferta y demanda de mano de obra. Los Estados con amplia demanda de trabajo ofertan salarios bajos, mientras que los Estados con una dotación laboral limitada respecto al capital se caracterizan por salarios de mercado altos, las diferencias provocan el desplazamiento de los trabajadores. En este sentido, y siguiendo la presente teoría, es observable que "la razón de las migraciones ha de buscarse en las disparidades entre los niveles salariales de los distintos países... las migraciones traerán consigo la eliminación de las diferencias salariales y ello, a su vez, implicará el fin de aquellas".[31]

Dicho lo anterior sobre el nivel macro de la teoría, conviene abocarnos al nivel micro. En él se privilegia el ámbito individual —orientado a esta idea heredada del liberalismo donde el sujeto es dueño de sus acciones y de su voluntad— sobre el ámbito estructural económico observado por el nivel macro a través de los mercados laborales en distintos países. En él la racionalidad humana es una condición *sine qua non* para que surja el movimiento, donde el sujeto mediante un cálculo del coste-beneficio que lo conduce a expectativas de un beneficio monetario, se define por comenzar el periplo o por continuar en su tierra. Ante todo el móvil para esta propuesta teórica es la obtención de ganancias en los países receptores, que en el país de origen se asimilaban imposibles o difíciles.[32]

Si recordamos ahora lo dicho apenas sobre la importancia que las teorías tienen en la creación de políticas públicas, resulta pues que "la sencilla explicación ofrecida por la teoría neoclásica en su modelo macroeconómico ha marcado profundamente el pensamiento público y ha proporcionado las bases intelectuales para muchas de las políticas de inmigración",[33] afirmando que: 1) la migración internacional de trabajadores es causada por diferencias salariales entre países; 2) la eliminación de tales diferencias salariales terminará con la migración; 3) los mercados de trabajo tienen una marcada

30 Arango, Joaquín, *Explicación teórica de las migraciones, cit.*, p. 24.

31 *Ibidem*, pp. 3 y 4.

32 Massey, Arango *et al.*, *Teorías de la migración internacional; una revisión y aproximación, cit.*, pp. 4 y 5.

33 *Ibidem*, p. 6.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

influencia sobre la migración internacional; 4) la forma de regular los flujos es mediante la regulación en los mercados de trabajo de los países emisores o receptores. El nivel micro quizá no ha gozado del mismo impacto *per se* porque en líneas generales se explica bajo los mismos parámetros que el modelo macro, sólo que privilegiando —en la explicación— el ámbito subjetivo y no tanto el estructural.

En este sentido es observable que tanto en Estados Unidos, con los migrantes económicos, en su mayoría clandestinos —bajo la clasificación de Abu Warda y, desde este momento, denominados irregulares— venidos desde Centroamérica y México, o en Francia con las poblaciones gitanas venidas de Europa del Este y los flujos provenientes de África del Norte; se observa al migrante como un elemento que viene al país a desarrollar actividades que nativos podrían llevar a cabo, con lo cual provocan un mayor índice de desempleo viéndose reflejado el anterior en el incremento de la inseguridad pública y la pobreza. Si se hace una observación cuidadosa, el discurso de la teoría neoclásica, en cualquiera de sus niveles, es leído por estos países tan solo en la etapa de salida por causas económicas para promover, mediante una diferencia positiva en el salario, mejorías en su nivel de vida, sin embargo, no hacen propia la parte referente a que la migración debiera promover un equilibrio entre los países receptores y expulsores, por tanto se promueven políticas restrictivas e irrespetando derechos humanos de los migrantes económicos irregulares.

Aunado a lo anterior, se considera importante comentar que el gobierno mexicano también actuó bajo una interpretación parcial de los postulados neoclásicos, cuando en un determinado momento del devenir político durante el siglo XX, fomentó la salida de flujos migratorios, entendiendo que la migración constituía "una válvula de escape" necesaria para liberar la presión que el pueblo de México vivía en determinadas áreas a causa de la pobreza. Jorge Bustamante comenta a este respecto:

> Durante varias décadas a partir de la presidencia de Miguel Alemán… el gobierno de México se caracterizó por encubrir las desdichas de los trabajadores migratorios en Estados Unidos a partir de la noción de que emigración era algo bueno para el país. Algo que había que alentar o preservar *porque aliviaba las presiones* sobre el gobierno y la sociedad que producían la pobreza, el desempleo y la *injusta distribución de la riqueza, sobre los sectores de la población y sobre las regiones del país de donde provenían los migrantes que se iban a buscar trabajo a Estados Unidos*[34] (énfasis añadido).

[34] Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 39.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

De lo anterior es sencillo concluir, que bajo la visión de la política de "válvula de escape" el gobierno mexicano tuvo un comportamiento permisivo hacia la emigración de población en condiciones de pobreza con el fin de paliar la diferencia salarial —en palabras de Bustamante "la injusta distribución de la riqueza"— con lo que no se pensó más que en aliviar una presión sobre los gobiernos actuantes antes que contribuir al desarrollo económico regional y a la incentivación del agro, pues por aquellos años se privilegió la implementación del modelo económico de sustitución de importaciones, que incentivaba la industria ligera antes que al sector primario, deviniendo como consecuencia un vertiginoso desplazamiento de migrantes campesinos.

Probablemente, como mencionan diversos teóricos, la crítica más fortalecida contra la teoría neoclásica es, justamente, que basa su intento por explicar los movimientos en una diferencia salarial. Lo anterior es criticado dado que el migrante no tan solo observa la diferencia enunciada sino el mejoramiento que ésta pueda traer aparejada a su economía. Asimismo, la crítica que aquí se considera mejor fundada es que "le resta importancia a factores distintos de los económicos, en especial a los de naturaleza cultural, necesariamente influyentes en una decisión tan existencial como es migrar"[35] pues reduce los factores determinantes de las migraciones, a únicamente procesos mecánicos y generalizados (diferencia salarial = flujo migratorio) al tratar de manera indiscriminada a todos los tipos de migrantes y a todas las sociedades implicadas en la migración como si fueran homogéneos.

Pasemos a la siguiente teoría, denominada *Theory of New Economics Migration* o teoría de las nuevas economías de la migración. Emana de la tradición neoclásica, "pudiendo verse como una crítica interna de algunos detalles de la versión micro de la teoría neoclásica o como una variante, que la perfecciona y enriquece con enmiendas y adiciones".[36] Esto es debido a que incluye a la familia como un elemento importante en su construcción; pues si bien la elección racional sigue vigente, la decisión individual se resuelve como decisión familiar, así pues el consenso desemboca en el movimiento de algunos miembros quienes migran, más que para aumentar los ingresos, para reducir riesgos como el desempleo o la pérdida de aquellos.

En este sentido. la familia absorbe los riesgos vividos en el entorno y busca erradicarlos enviando trabajadores al extranjero quienes pueden asegurar la subsistencia e incluso el mejoramiento en los niveles de vida del grupo familiar. A este respecto la teoría concibe, al situar su eje sobre el grupo familiar, que el ánimo de ésta no es tan solo la erradicación de la pobreza sino el mejoramiento grupal, de ahí que, como se esbozara en el párrafo anterior,

35 Arango, Joaquín, *La explicación teórica de la migración…, cit.,* p. 10.

36 *Ibidem*, p. 11.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la familia influya certeramente dentro de la psicología social en diversas comunidades para mantener un flujo continuo de trabajadores migratorios.

En tal orden de ideas para la teoría de las nuevas economías de la migración, un elemento fundamental es el pensamiento de la familia con respecto al movimiento. De ahí que las diferencias salariales —claves en la teoría neoclásica— no gocen del mismo carácter necesario en la teoría de las nuevas economías de la migración pues bajo su razonamiento las familias pueden tener otros motivos para migrar.[37] Esto es notorio cuando se observa que la migración, tanto de tipo interno como internacional, se convierte en una herramienta de supervivencia para comunidades con una amplia tradición migratoria y donde en algún momento todos los miembros de la familia con una capacidad y edad determinada deben iniciar el periplo. Podríamos decir que se sacraliza el proceso al grado de convertirse en un parámetro común y aceptado de conducta.

En este sentido la familia se liga al migrante en la distancia mediante diversos medios. Son dos principalmente: de forma económica y de forma cultural. La primera se da por vía de las remesas, con las cuales se reduce la vulnerabilidad del grupo. Al respecto, comenta María Félix Quezada que:

> Los hogares se encuentran en una posición en la que pueden controlar los riesgos para su bienestar económico al diversificar la ubicación de sus recursos... Esto puede observarse en el caso de que las condiciones económicas locales se deterioren y las actividades fallen para obtener suficientes ingresos, entonces los hogares pueden depender de las remesas de los migrantes.[38]

Y de forma cultural, mediante redes familiares o amistades situadas en el otro extremo del viaje quienes reavivan la esperanza del retorno al núcleo y reafirman la identidad cultural del migrante con lo que en primera instancia —es decir en un momento inmediato a la llegada— disminuye la vulnerabilidad sufrida por el migrante para luego fortalecer un vínculo que provoca la priorización en la satisfacción de las necesidades familiares allende fronteras sobre la del propio migrante, pero sobre todo es una especie de garantía en la continuidad del ciclo, pues quien migró en algún momento arropará a otros más, o bien será arropado por otros a su regreso.[39]

[37] Massey *et al.*, *Teorías de las migración internacional; una revisión y aproximación*, *cit.*, pp. 6-11.

[38] Quezada, María Félix, *La migración Hñähñu del valle del Mezquital, estado de Hidalgo,* México, CDI, 2008, p. 32.

[39] Vásquez, José Dionicio, *La migración internacional como estrategia de reproducción familiar en la región oriente de Tlaxcala*, Tesis de Doctorado en Desarrollo Regional, Colegio de Tlaxcala, 2007, pp. 87 y ss., 147 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Si se observa con cuidado, será sencillo concluir que efectivamente la migración internacional económica, bajo el enfoque de la teoría descrita, responde a las decisiones familiares, situación que de hecho se da con notoriedad en diversas comunidades indígenas de México, al respecto existen estudios serios que avalan la relación existente entre la supervivencia familiar y el trabajo de migrantes internacionales, con lo cual se pone de manifiesto el peso que tiene la decisión familiar sobre el movimiento.

A pesar de lo anterior, Arango no la califica como teoría, "sino como una variante crítica y refinada de la teoría neoclásica".[40] Además de lo anterior, el mismo autor considera que tiene fallas importantes pues los escenarios y contextos que describe se circunscriben a una región específica con alta tradición migratoria, por lo que no aborda otras hipótesis que pueden disparar la migración además del consenso familiar como la demanda de mano de obra, la aceptación del flujo en las naciones receptoras o la facilidad del movimiento por mencionar algunos, y además, no ve en su integridad el fenómeno migratorio pues tan solo se centra en el estado que la familia experimenta como causa de la migración, en tanto que pareciera olvidar causas estructurales fundamentales en el surgimiento del movimiento; pues si bien la familia goza de protagonismo en la migración internacional económica, sin duda no es el único móvil.

Pasemos a un tercer enfoque teórico, la teoría de los mercados de trabajo duales. En ella la migración internacional económica —divergiendo de la teoría neoclásica— "aparta la atención de las decisiones tomadas por los individuos [como motor de la migración]… y argumenta que la migración internacional económica radica en la demanda de trabajo intrínseca a las sociedades industrializadas modernas", la demanda "obedece... a ciertas características intrínsecas de éstas (estructura financiera, estabilidad monetaria, fomento industrial, profesionalización limitada de capital humano, etcétera) y que a su vez, produce una segmentación en sus mercados de trabajo".[41]

Dicha segmentación trae como consecuencia que no todos los trabajos gocen de las mismas calidades, explica que aún en las economías avanzadas hay trabajos inestables y de baja productividad rechazados por los trabajadores autóctonos, cuya reticencia a ocupar puestos de trabajo poco atractivos, no puede solucionarse tan solo con el aumento salarial, pues trasciende el ideario social al identificar, con el índice de poco valor adjudicado al tra-

[40] Arango, Joaquín, *La explicación teórica de las migraciones...*, *cit.*, p. 16.
[41] *Ibidem*, p. 14.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

bajo, al actor que lo realiza, convirtiéndose en una especie de discriminado por realizar una actividad poco reconocida en su entorno social.[42]

En este sentido, la teoría del mercado dual no se construye sobre la fase expulsora, como lo hace —desde el enfoque familiar— la teoría de las nuevas economías de la migración, sino que se centra en la importancia que la fase receptora posee en el proceso, situando toda la carga del movimiento migratorio sobre la demanda de trabajadores inmigrantes para llenar los vacíos en los mercados laborales de empleos con poca estabilidad, avalorados socialmente, pues aunque es necesaria su realización, el nativo no desea llevarlos a cabo.

Así pues, en tanto que para el nativo la realización del trabajo avalorado no atrae mejoría a su economía o a su estatus social —elemento importante para la teoría en análisis—, el migrante observa que mediante el movimiento y posterior realización de esa serie de trabajos poco productivos goza primero, de un aumento salarial —siguiendo aquí a la teoría neoclásica— y además de beneficios en su nivel de vida.[43]

En tal orden de ideas, desde la perspectiva de esta tercera teoría, para las naciones subdesarrolladas con excesiva oferta de mano de obra resultan tentadores los empleos mencionados, dado que además promueven un mayor estatus social, no en el país receptor, sino en su propio país en razón de que su realización incentiva la migración desde la perspectiva de la teoría dual. Respecto a esto se observa un dualismo económico, referente a la nación receptora, donde existe una serie de actividades cuya realización reporta estatus social, buen salario y además estabilidad y otras con características contrarias. Así pues desde la visión del migrante venido de fuera, el segundo tipo de actividades, si bien dentro de la sociedad donde se inserta no reporta los beneficios mencionados; respecto a su nación, provoca una diferencia positiva en relación con las actividades que hubiera podido realizar en ella.

Ahora bien, si buscamos relacionar lo dicho antes con las políticas públicas sería prudente comentar el caso de "los convenios de braceros" establecidos entre México y Estados Unidos desde 1942 hasta el de 1964, quizá se piense que por el tiempo pasado no sea un ejemplo pertinente para este trabajo, sin embargo, "hacer un análisis histórico de [su época] no es sólo para entender el pasado sino para entender mejor el presente".[44]

[42] *Ibidem*, p. 16.

[43] Massey *et al.*, *Teorías de las migración internacional; una revisión y aproximación, cit.*, pp. 12-16.

[44] Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos, cit.*, p. 35.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Sobre todo porque a pesar de lo anatemizados que se encuentran los flujos migratorios irregulares de México hacia Estados Unidos, subsiste aún la idea de promover migraciones laborales, temporales, controladas y programadas;[45] de ahí que el caso de los braceros sea un ejemplo de política pública que buscaba el mismo fin, pero que debido a un mal control sobre las variables, a la pasividad de los gobiernos y una colusión indebida entre el capital y diversos actores políticos culminó como origen de flujos irregulares en la actualidad. Todo comenzó con un efecto de la Segunda Guerra Mundial en la demografía de los Estados Unidos que afectó su oferta de mano de obra, y además como un efecto en las relaciones bilaterales entre México y el vecino país del norte donde México no se encontraba en condiciones diplomáticas precisas para entrar en desacuerdos con él, dado que la afectación provocada a los intereses estadounidenses luego de la expropiación petrolera, era una herida aún sin cicatrizar para la opinión americana, situación que México necesitaba apaciguar. Así pues:

> El 15 de junio de ese año el embajador George Messermith, se reunió con el Canciller Ezequiel Padilla para pedirle en nombre del esfuerzo contra las potencias fascistas, se uniera el gobierno de México a los "aliados" aprobando la propuesta de enviar braceros.

Aun cuando el gobierno mexicano formó conclusiones sobre ella —siendo la más importante la consistente en la ausencia de garantías para que los mexicanos contratados no fueran discriminados— acusando las debilidades del proyecto, resultó irónico que a éstas "... no se les prestó ninguna atención seria que impidiera que el primer convenio ... se firmara mediante intercambio de notas diplomáticas".[46]

Lo anterior, concebido por el gobierno de Estados Unidos como una medida de emergencia de guerra, fue en realidad la forma en que éste respondió a su necesidad de mano de obra y a la interacción de esa demanda con las condiciones que creaban en ese tiempo la oferta laboral de México ("válvula de escape"), que lejos de traer una solución racional para los intereses de los trabajadores migratorios, los convirtió "en un aprovisionamiento de fuerza de trabajo de bajo costo y como un mecanismo institucionalizado al servicio de los intereses de los empresarios agrícolas de Estados Unidos".[47]

[45] Roldán Dávila, Genoveva, "Política migratoria y derechos humanos", *Diversa. Revista de Cultura Democrática*, núms. 2 y 3, agosto de 2001, p. 72.

[46] Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos, cit.,* p. 43.

[47] *Ibidem*, pp. 47 y 48.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Súmese a lo anterior, lo mencionado sobre el estatus, ya que el "bracero" observaba en el trabajo realizado allende su hogar, la posibilidad de crecer económicamente, el primer "sueño dorado", que si bien distaba de la realidad,[48] por lo menos para su entorno doméstico se convertía en un ser valioso que realizaba —por el lado estadounidense— un trabajo denostado y sin productividad, que ni los propios nativos realizan, baste para comprender y concluir este ejemplo, una nota citada del *New York Times* (5 de abril de 1959) por R. B. Craig, citado a su vez por Patricia Morales, que mediante una parodia nos muestra esa realidad, la transcribo para su disfrute lector:

> ¿Qué están haciendo estas personas?», preguntó Alicia al contemplar un vasto y fértil valle al suroeste/ «Están cultivando más algodón y lechuga de los que necesitamos», contestó la Reina Roja/ «¿Quiénes son ellos?» preguntó Alicia, ignorando con tacto la cuestión de fondo sobre por qué alguien debe producir más algodón y lechuga de los necesarios./ «Son mexicanos importados a causa de la escasez de mano de obra», explicó la Reina Roja./ «¿Escasez de mano de obra?», preguntó Alicia, «yo pensé que teníamos 5,000,000 de desempleados y alrededor de un millón de trabajadores agrícolas que necesitan empleo»./ «Obviamente», replicó irritada la Reina Roja, «tú no entiendes el sistema agrícola americano.[49]

Pasemos a un último y cuarto enfoque teórico, la teoría de los sistemas mundiales. Conviene comentar —para conectar esto con lo dicho *supra*— que comparte ideas de la teoría de la nueva economía de la migración, en el sentido de afirmar que los países receptores necesitan de mano de obra barata para satisfacer nichos laborales mal pagados desde su nivel salarial, aunque "su explicación de las migraciones internacionales no reside tanto en esta demanda de mano de obra, sino más bien en los desequilibrios generados por la penetración del capitalismo en países menos desarrollados".[50]

Así pues la teoría afirma —en palabras de Adela Pelegrino— "la visión de un mundo crecientemente interdependiente [de ahí su nombre] donde la penetración de la economía global en los mercados periféricos genera poten-

[48] A este respecto comentan, tanto Morales como Bustamente, que el "bracero": 1) no ganaba el salario prometido, 2) se encontraba en condiciones de vulnerabilidad importantes 3) no gozaban del auxilio de autoridades mexicanas 4) si no terminaban el tiempo del contrato no se les pagaba ni un centavo. *Cfr.* Morales, Patricia, *Indocumentados mexicanos*, México, Grijalbo, 1981, pp. 114-130, y Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, *cit.*, pp. 42-50.

[49] Morales, Patricia, *Indocumentados mexicanos, cit.*, p. 141; "Parodia de Alicia en el país de las maravillas", *New York Times*, 5 de abril de 1959.

[50] Arango, Joaquín, *La explicación teórica de las migraciones*, *cit.*, p. 16.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cial emigratorio, que se traslada en el sentido inverso a los flujos de bienes y capitales".[51] La asimilación de dicho modelo económico "penetrante" desde la década de los ochenta, dio pie al surgimiento de factores que aún actualmente fomentan una diferenciación entre naciones con una mayor capacidad para competir en los distintos mercados internacionales y aquellas que sin gozar de fortaleza en sus mercados no tienen la suficiencia económica de las primeras; dicho de un modo más coloquial —parafraseando a Robert Reich— hay diferencias (estructurales) entre quienes circulan por la autopista del crecimiento económico y quienes no. Con ello se dio pie a la formación de un cinturón de países periféricos o satelitales en torno a los más fortalecidos, abriéndose entonces (cada vez más) la brecha entre sus economías y posibilidades de crecimiento económico, lo que trajo como consecuencia la polarización de los niveles salariales, incremento en los niveles de desempleo, pobreza, la incidencia de una población flotante sin oportunidades de empleo y por supuesto migración internacional económica en condiciones irregulares.

Bajo la concepción principal de esta teoría, "los orígenes de la migración internacional… [se deben] no a la bifurcación del mercado de trabajo en las economías nacionales [o regionales] sino a la estructura del mercado mundial desarrollado".[52] Así, la penetración de las relaciones económicas capitalistas en las periféricas sociedades —no necesariamente capitalistas— crea una población ambulante propensa a migrar al extranjero, como afirma Pelegrino. En este sentido se encuentra la crítica generalizada a la importación de modelos económicos exogenistas y subordinantes de las necesidades propias de un país periférico, dado que los esquemas del modelo capitalista no embonan con la realidad observada en este último, lo que fomenta "dislocaciones en los medios de producción y en la economía en general".[53]

Cabe decir a este respecto, sin embargo, que si bien el interés de su importación le pertenece en primera medida a los países del centro quienes necesitados de mano de obra barata y materias primas influyen en los de la periferia imponiéndose en este tipo de decisiones, son también los países de la periferia quienes un tanto forzados, otro tanto sumisos, aceptan la implantación del modelo, bajo condiciones donde no priva la reciprocidad entre Estados y donde no se tiene la infraestructura necesaria para encarar

[51] Pellegrino, Adela, "Las tendencias de la migración internacional en América Latina y el caribe", *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 165, 2000, p. 178.

[52] Massey *et al.*, *Teorías de las migración internacional; una revisión y aproximación, cit.*, p. 17.

[53] *Ibidem*, p. 18

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cambios de semejante calado. Esto fomenta a su vez una mayor desigualdad acentuando las diferencias entre los países del centro y la periferia surgiendo la denominada "asimetría del poder".[54] "Las migraciones funcionan pues, como un sistema de mano de obra a nivel mundial".[55]

En este sentido —así como sucedió con las anteriores teorías— se le observan debilidades relacionadas a lo dicho antes sobre los elementos estructurales en los países de recepción pues no contempla elementos micro sino tan solo elementos macro, y ve al migrante —según Arango— "como peones pasivos en el juego de las grandes potencias y de los procesos mundiales regidos por la lógica de la acumulación del capital".[56]

Por cuanto hace a las políticas públicas y su imbricación con la teoría en análisis, desde la perspectiva del sistema mundial, resulta fundamental entender que la globalización ha tenido un papel trascendente en su implementación a nivel de política migratoria y que bajo su visión existe una diferencia sustancial entre los tratamientos otorgados para el migrante calificado —o al estacional incluso— en comparación del recibido por los migrantes económicos sin calificación, que se mueven a través de las fronteras ya por vía regular, aunque mayormente, de modo irregular. Aguirre Moreno comenta lo siguiente sobre el papel de la globalización con respecto a la migración internacional económica:

> En efecto si reconocemos que las grandes desigualdades en los niveles de desarrollo socio-económico son la causa fundamental de las migraciones, entonces la globalización real, la que hasta ahora existe, contribuye notablemente a aumentarlas, provocando un crecimiento en las desigualdades entre países ricos y países pobres.[57]

Así pues, la extensión de redes de comunicación, flujos de bienes y servicios, exacerbó —y sigue haciéndolo— la demanda de mano de obra y materias primas, ya no tan fácilmente ostensibles en todas las regiones del mundo. Así pues, los países subdesarrollados se trocaron en minas de capital humano para el trabajo y para la extracción de recursos básicos. Por cuanto hace al primer elemento, el migrante cruza las fronteras en búsqueda de desarrollo aunque el país receptor haga clasificaciones respecto a la calidad y cantidad de los aportes y beneficios que pueda obtener con su entrada. De

54 Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos, cit.,* pp. 136 y ss.

55 Arango, Joaquín, *La explicación teórica de la migración, cit.,* p. 16.

56 *Idem.*

57 Aguirre Moreno, Judith, "La migración como exclusión de la globalización", *Letras Jurídicas,* año 4, núm. 8, julio-diciembre de 2003, p. 113.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ahí que actualmente las políticas migratorias en países de la región, incluido México, privilegien la entrada de capital humano calificado en tanto que, se permite mediante omisiones la entrada de migrantes irregulares sin calificación quienes, paradójicamente, sí son utilizados para fomentar los ciclos productivos en el campo o en las ciudades, en tanto que el discurso se fortalece en torno al respeto irrestricto a sus derechos humanos, buscando que la libertad de movimiento se convierta en una realidad, no tan solo discutida en foros o impresa en documentos.

A pesar del discurso, las tasas de crecimiento del comercio o de movimientos de capital a nivel mundial en los años recientes son superiores a las de movimientos de personas. Lo anterior se explica en gran medida porque las políticas migratorias, sobre todo en países desarrollados tienden a ser más restrictivas, en comparación con una mayor apertura al comercio y las inversiones. "Es suficiente observar las recientes reformas legislativas en algunos países europeos o en los Estados Unidos… las cuales endurecen cada día más las medidas contra los inmigrantes ilegales",[58] para darnos cuenta en primera instancia del trato diferenciado a los migrantes y, en seguida, de la incongruencia gubernamental con respecto al respeto de sus derechos humanos.

Entiéndase pues, que el migrante regular calificado se convierte en un paradigma de ciudadano del mundo quien empoderado y desarrollado en un sistema económico donde goza de un lugar privilegiado tiene la capacidad para poder entablar los movimientos que desee dado que para él, efectivamente, las fronteras no significan más que un trámite de mérito al momento de moverse. Esto por ejemplo, es causado en una parte por el crecimiento de empresas transnacionales, la descentralización de sus servicios y la necesidad que la inclusión de dicho capital humano reporta para las primeras.[59] Sin embargo, la demanda de mano de obra barata que lleve a cabo funciones en la base de la pirámide ocupacional, —bajo el esquema postulado por la teoría del sistema mundial— resulta asimismo fundamental para el sostenimiento de la vida económica en las sociedades industrializadas.[60]

En vista de lo dicho antes, es posible percatarse de que aquí aparece "una de las características más marcadas de las políticas migratorias que

[58] *Ibidem*, p. 114.

[59] Skoczek, María, "Globalización y Migraciones a caballo de los siglos XX y XXI", *Actas Latinoamericanas de Varsovia*, t. 27, integración versus globalización, efectos sociales, económicos y especiales, Universidad de Warsawa, Instituto de Países en Desarrollo 2004, pp. 45-53, *http://www.wgsr.uw.edu.pl/pub/uploads/actas04/04-skoczek.pdf,* p. 50.

[60] *Ibidem,* pp. 83 y 84.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

pretenden establecer los estados en cualquier parte del mundo: no siempre lo que consideran como «los flujos migratorios que convienen al desarrollo del país» coincide con lo que los propios actores sociales, individuales o colectivos, deciden hacer en la práctica".[61] Para América Latina, las cosas no son muy diferentes, aunque sí se han intentado otras estrategias enfocadas a la solución de las diásporas indocumentadas, más específicamente:

> En el caso del Cono Sur, predominan factores de expulsión de los países de emigración, en donde existe un exceso de oferta de fuerza de trabajo que no puede ser absorbida por los mercados de trabajo nacionales, particularmente en los casos de Bolivia y Paraguay… lo anterior coexiste con mayores posibilidades de empleo y mejores salarios, históricamente a favor de Argentina.[62]

A pesar de lo anterior se ha propendido en Argentina a la creación de una política migratoria integral donde si bien se privilegia el retorno de argentinos, también se promueve el retorno en condiciones dignas de inmigrantes paraguayos o bolivianos, sobre todo porque son nacionales de países limítrofes, lo que hace menos grave la diferencia cultural y la distancia con el hogar.[63]

4. *El Estado del arte de la migración en México*

Luego de describir las cuatro teorías planteadas y de ver sus postulados a la luz de ejemplos que consideré didácticos para ver su relación con las políticas públicas de países expulsores y receptores de flujos migratorios, es momento de hablar sobre el caso mexicano, parecido a un mosaico donde confluyen diversas realidades: la de un Estado receptor, la de un Estado de tránsito y la de un Estado emisor. En este apartado tan solo buscaré delimitar aún más nuestro objeto de estudio y de esbozar el estado en que se encuentra la política migratoria en México. Para tal efecto hablaremos en primer lugar de la *vis* que México goza como Estado receptor, pasando

[61] Carrillo Castro, Alejandro, "La migración en América Latina", De Olloquí, Jose Juan (comp.), *Estudios en torno a la migración*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 115.

[62] Maguid, Alicia, "Migración internacional, factores socioeconómicos y políticas migratorias en el Cono Sur de América Latina", en González Gutiérrez, Carlos (coord.), *Relaciones Estado-diáspora: la perspectiva de América Latina y el Caribe*, México, SRE-UAZ-IME-ANUIES, t. II, p. 239.

[63] Buira, Rubén, "Políticas de Estado-diáspora en Argentina", en González Gutiérrez, Carlos (coord.), *Relaciones Estado-diáspora...*, *cit.*, pp. 315-319.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

luego a la *vis* de tránsito, dado que la de Estado emisor, si bien se relaciona y en algunos momentos se mencionará, no es objeto del presente estudio.

Si buscamos observar a México como un país receptor, sería infructuoso plantearnos en los antecedentes más remotos de flujos migratorios, ni siquiera convendría profundizar en los cambios demográficos decimonónicos cuando México tenía una política migratoria abierta que en realidad no era eficaz dadas las condiciones políticas internas durante la segunda mitad del siglo XIX.[64] Sin embargo, debemos comentar que en un plano de relaciones internacionales México expande sus redes y comienza a promover flujos tanto de entrada como de salida durante el gobierno de Porfirio Díaz, ejemplos de esa política son las comunidades chinas de Mexicali radicadas en el estado de Baja California desde inicios del siglo XX, la comunidad de Chipilo formada por emigrantes italianos y el poblado de Manuel González configurado por españoles. Aunado a lo anterior se promovió la inversión extranjera sobre todo inglesa, holandesa y estadounidense con lo cual un gran número de extranjeros con capital y rentistas arribaron a México. Con la llegada de la Revolución mexicana y las hostilidades surgidas con diversos miembros de la comunidad internacional, la migración continuó aunque no en el mismo grado, destacaron por ejemplo la llegada de barcos japoneses en los albores del gobierno constituyente, así como de embarcaciones chinas quienes arribaron pidiendo asilo o sencillamente buscando apertura de horizontes económicos.

En tal orden de ideas México se caracterizó por ser un país anfitrión ameno para el extranjero. Ya entrado el siglo XX, tanto la Guerra Civil española en los treinta como la dictadura de Pinochet en Chile durante los setenta, así como el surgimiento de otros regímenes dictatoriales en países centroamericanos, caribeños y sudamericanos alrededor del *intermezzo* que va desde la década de los cuarenta hasta la de los ochenta fomentaron flujos migratorios, bajo diversas hipótesis, ya que entraron al país tanto asilados, como desplazados, refugiados y por supuesto un sinnúmero de migrantes económicos.

Así, México hastael día de hoy, se imprime en la mentalidad de aquel capital humano que llegara a su territorio como un país afable y de brazos abiertos. Del otro lado de la moneda, como país receptor de flujos, México —pareciendo un reflejo de su vecino norteño— utilizó la mano de obra venida de países centroamericanos, de forma subrepticia sobre todo porque casi a mediados del siglo XX, los patrones tenían la obligación de seguir parámetros de seguridad social para sus trabajadores, por lo que mediante

64 Carrillo Castro, Alejandro, *op. cit.*, p. 121.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

el uso del capital humano centroamericano evitaban ese obstáculo pagando además bajos salarios. El flujo migratorio centroamericano hacia México "se trató de un fenómeno básicamente interregional, temporal y permanente, entre poblaciones fronterizas guatemaltecas y chiapanecas, ligado a ofertas laborales estacionales".[65]

Sin embargo, ya desde la década de los ochenta con la importación de modelos económicos, la fractura de economías nacionales en la región y la inestabilidad política, el fenómeno migratorio en la frontera sur del país, se transforma en cierta medida, ya que desde entonces el fin no era ingresar estacionalmente a México para trabajar, ganar un mejor salario y regresar al hogar, sino transitar a través suyo para arribar a los Estados Unidos.[66] Es esta situación la que se analizará en el desarrollo de la tesis, antes de comentar sobre ella transcribo lo que Arámbula opina del fenómeno:

> Empezó como migración estacional de trabajadores guatemaltecos en el corte de café del Soconusco, presente desde el siglo XIX, a fines de los años setenta empezó a perder esas características y se amplió a migrantes desde Nicaragua a Guatemala… En los años noventa [sic]? el patrón evolucionó de nuevo. La reactivación económica esperada como fruto de paz, no sobrevino. Las dificultades y fracasos de la integración económica centroamericana y la imposibilidad de una inserción en la economía globalizada, las tradicionales dificultades estructurales, las reducidas posibilidades de demanda, de mano de obra en las plantaciones tradicionales y la industria maquiladora, el exceso de oferta laboral asalariada, la abrumadora miseria, y la falta de opciones empujaron a grandes volúmenes de individuos y familias nicaragüenses, hondureños, salvadoreños y guatemaltecos a abandonar sus países de origen con destino final en conglomerados poblacionales latinos en Estados Unidos.[67]

Comentaba que dicho fenómeno es fundamental en el desarrollo de esta tesis dado que México a pesar de erigirse como economía emergente, tanto por su modelo económico como por las influencias exógenas en su política financiera se ha convertido en un exponente de la teoría de los sistemas duales con respecto a Centroamérica, y peor aún se ha erigido en un actor cuya función sustancial es paliar los flujos de migrantes centroamericanos hacia

[65] Arámbula Reyes, Alma *et al.,* "El flujo migratorio centroamericano hacia México", en Gónzalez, Carlos (coord.), *op. cit.,* 103.

[66] Castillo, Dídimo, "Las políticas hacia la migración centroamericana en países de orígen, de destino y de tránsito", *Papeles de Población,* núm. 024, pp. 140 y 141.

[67] Arámbula Reyes, Alma *et al.,* "El flujo migratorio centroamericano hacia México", *cit.,* p. 103.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

los Estados Unidos,[68] no es agradable decirlo pero desde ese planteamiento cumple con funciones de esbirro. Lo anterior reporta graves consecuencias para los migrantes centroamericanos pues intensificada la migración en tránsito —como se mencionó antes—, la vulnerabilidad sufrida es más intensa, pues su finalidad principal es pasar inadvertidos hasta llegar a la frontera norte de México y cruzar. Alejandro Portes[69] menciona que incluso pueden utilizar dos o tres mudas de ropa sobre el cuerpo con el afán de no llevar aditamentos tales como maletas o mochilas que pongan en evidencia su carácter de migrantes, desean pasar desapercibidos en el país de tránsito.

México se erige entonces como un puente, aunque en realidad es un vacío, donde no se ven, ni se oyen los migrantes económicos irregulares en tránsito. Amnistía Internacional comenta, en un informe con un título muy sugerente "Víctimas invisibles: migrantes en movimiento", que México —a pesar de las exigencias en el plano diplomático y en el político de respeto hacia sus migrantes en los Estados Unidos— desde la trinchera práctica no respeta los derechos humanos de sus propios migrantes económicos, dado que ni su política migratoria ni sus cuerpos legales son atinentes a la realidad vivida en materia migratoria, no sólo dentro de su territorio sino, en virtud del fenómeno de la mundialización, en toda la región latinoamericana.

Considero prudente citar lo dicho por Genoveva Roldán respecto de nuestra política migratoria, comenta:

> La política migratoria de México se finca en el ejercicio de la soberanía y la defensa de la seguridad nacional, con respeto a los derechos humanos, apego a la legalidad y aliento a las corrientes migratorias que contribuyen a nuestro desarrollo. La magnitud y complejidad del fenómeno ha exigido renovar el marco jurídico y las estructuras administrativas dedicadas a su regulación y atención.[70]

En realidad, y sin ánimo de herir susceptibilidades conviene desmenuzar este discurso para observar sus elementos y poder al final extraer conclusiones. En este orden de ideas al decir que la "política migratoria de México se finca en el ejercicio de la soberanía y la defensa de la seguridad nacional"

[68] "PRI busca modificar Ley de Migración", *El Universal*, 7 de marzo de 2011, disponible en *http://eleconomista.com.mx/sociedad/2011/03/07/pri-busca-modificar-ley-migracion*, consultado el 30 de marzo de 2011, y Roldán Dávila, Genoveva, "Política migratoria y derechos humanos", *Diversa. Revista de Cultura Democrática,* núms. 2 y 3, agosto de 2001.

[69] *Migración y desarrollo: perspectivas desde el sur,* México, INM, OIM, 2007, pp. 45 y ss.

[70] Roldán, Genoveva, *op. cit.*, p. 77.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

se pone de manifiesto una expresión del ánimo legitimador de las restricciones exacerbadas por parte del gobierno estadounidense como país receptor de flujos irregulares, ahora puesta en boca de mexicanos. En lo relativo al "aliento a las corrientes migratorias que contribuyen a nuestro desarrollo" es observable que México posee una política restrictiva que sólo privilegia el ingreso de extranjeros con capital o bien migrantes laborales calificados; no es prudente moralizar dicho aspecto diciendo si desde la perspectiva del autor es correcto o incorrecto, sin embargo, resulta innegable que mediante este tipo de estrategias ni disminuyen los flujos irregulares —tanto de migrantes a México como de transmigrantes hacia Estados Unidos— ni desaparecen.

Es notorio pues, que México como país receptor y de tránsito se ha transformado. La afirmación anterior resulta válida porque es comprobable observando datos duros y concepciones diversas, el modelo económico neoliberal por mencionar un factor económico, la falta de planeación sobre políticas públicas, por mencionar un factor de política doméstica, así como el debilitamiento de las funciones consulares en el exterior, la diversificación de recursos, y por supuesto la creación de normas jurídicas con base en un discurso gastado, que no redundan más que en la evidente transformación de México, que pasa de ser un país con amplísima y aneja tradición migratoria a un Estado violador de derechos humanos de sus migrantes, ya por omisiones, acciones o por factores diversos pero al fin y al cabo, partícipe de esta oleada de discursos grandilocuentes sin rumbo respecto a la protección de migrantes económicos.

Lo anterior se ve reflejado en su política migratoria, que siguiendo la cita de Roldán, se inscribe en el marco de la seguridad nacional donde se piensa que la migración internacional económica irregular se liga a factores delincuenciales, con lo que se busca su criminalización —como sucede en Estados Unidos—, aunque dentro del discurso parlamentario y ante los medios, se pretenda legitimar el carácter del Estado mexicano como protector de derechos humanos de sus migrantes. Esto puede observarse no tan solo en las acciones políticas planeadas, sino de forma más precisa en la arquitectura de normas jurídicas donde se regulan estos procesos; sobre su análisis versará el desarrollo de este trabajo.

Por tal motivo suplico al lector que guarde en la mente, al ir pasando a otros apartados de este trabajo, lo siguiente:

1) México es un país de origen, tránsito y recepción de migrantes.
2) México, desde los noventa se convirtió en un país con importantes flujos de tránsito.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

3) La política migratoria mexicana es restrictiva, de cierto modo sigue los postulados de la teoría de los mercados duales.
4) México no tutela los derechos humanos de sus migrantes económicos irregulares, que van en tránsito, ni por medio de políticas públicas ni por medio de normas jurídicas atinentes.

II. ¿A qué nos referimos con derechos humanos?

1. *Antes de empezar...*

Estimado lector, los dos principales elementos del lenguaje sobre los que se construirá este trabajo de investigación serán: migración internacional y derechos humanos. Sobre la primera ya abundamos lo suficiente como para obtener un concepto y una clasificación que nos permitió delimitar nuestro objeto de estudio a la migración internacional económica, concepto que con posterioridad, haciendo uso de teorías contemporáneas avocadas a su estudio, nos permitió decantar aún más sus elementos hasta arribar al fenómeno social que estudia esta tesis: la migración internacional económica de carácter irregular.

Conviene entonces dejar latente el desarrollo de lo relativo a este primer elemento, para acercarnos lo necesario al segundo y entonces poder, con mayores contenidos comenzar en forma este trabajo de investigación dirigido al análisis de los derechos humanos de los migrantes económicos irregulares en México, desde un plano jurídico. Así pues, el objetivo aquí planteado será el de tomar una postura teórica de fundamentación de los derechos humanos que nos permita lograr lo anterior. Para tal fin haremos una descripción del contenido de una de las dos partes de la teoría dualista de los derechos humanos que Eusebio Fernández —siguiendo a Peces-Barba— manifiesta comentando que es aquella construcción de pensamiento en la cual se da "el estudio de los derechos fundamentales desde dos niveles: el nivel axiológico o filosofía de los derechos fundamentales y el nivel jurídico o derecho de los derechos fundamentales".[71] Aquí tomaremos el primer nivel, es decir el filosófico.

Cabe dejar claras dos cosas en este momento: en primer lugar es importante comentar que para los efectos de este trabajo y de lo significado en la cita anterior por Peces-Barba, existe una diferencia importante, en un pla-

[71] Fernández, Eusebio, "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1952, p. 101.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

no jurídico teórico y práctico, entre los derechos humanos como tales y los derechos fundamentales. La diferencia sustancial, para la escuela española, radica en que los derechos humanos si bien tienen contenidos éticos, socialmente legítimos, al no estar insertos en la estructura de una norma, y por tanto no formar parte del sistema jurídico, no gozan de la misma validez que la de aquellos, que sí poseen las características anteriores, sobre todo al momento de que a favor de quien su contenido existe, no tiene los medios reales para ejercerlo, de ahí la importancia de su positivación trocándose con ella en derechos fundamentales. Conforme usted vaya leyendo el texto se dará cuenta de la relevancia que dicha diferencia guarda en el desarrollo del trabajo.

Por otro lado, el uso del primer nivel de la teoría dualista, tan solo responde a un ánimo de claridad metodológica, dado que desde nuestra perspectiva fijar el contenido de lo que se va decir a lo largo de este apartado en el primer nivel permitirá delimitar de forma concreta nuestro objeto, que es observar una postura de fundamentación específica, para que luego con base en ella se observe el segundo nivel, planteado en el discurso de Peces-Barba, a lo largo del trabajo. Sin embargo, en puridad, además de este mencionado ánimo —pudiera decirse didáctico— no puede esgrimirse como justificación a su uso una supuesta separación real entre la filosofía de los derechos fundamentales y el derecho de los derechos fundamentales, dado que ambas se encuentran imbricadas, por la propia naturaleza de estos derechos.

Regresando a lo dicho por Peces-Barba, aquí abordaremos la primera etapa, es decir la fundamentación filosófica, en tanto que la segunda parte se verá a lo largo de este trabajo pero a la luz de una de las posturas filosóficas alegadas en líneas posteriores que será el positivismo jurídico. Consideré al positivismo sobre las fundamentaciones ius-naturalista, historicista, consensualista y de los derechos morales, no en virtud de una alegada superioridad inexistente, sino porque considero su uso metodológico como el más atinado en un nivel analítico para lograr el objetivo primario mencionado durante el inicio de este apartado —reitero desde un ámbito normativo— y porque además el argumento principal bajo el cual se sustenta esta tesis gira sobre la afirmación de que: una norma jurídica (en este caso en materia de derechos humanos) legítima en cuanto a su naturaleza, origen y desarrollo formal, goza invariablemente de validez jurídica debiendo ser respetada por los sujetos obligados en ella, mediante el cumplimiento de las obligaciones en ella contenidas sin que exista justificación alguna —amparada por la norma misma— para que los mencionados sujetos dejen de consumar su deber.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En este caso las normas serían tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por los miembros de la comunidad internacional, y los sujetos obligados serían los Estados —aquí analizaremos específicamente el caso de México— quienes por medio de la expresión de su voluntad la hacen nacer legítima en un sentido jurídico-positivo, obligándose con esto al logro del fin último del tratado, teniendo por tanto el deber ineludible de cumplir con las obligaciones internacionales que al respecto aceptaran cuando les suscribieron. En el caso de México —como más adelante se verá— estos tratados, de acuerdo a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, gozan de nivel constitucional, lo que sitúa a las obligaciones emanadas de ellos en un mismo nivel de exigibilidad para el Estado, que aquellas provenientes de la propia Constitución.

No conviene ahondar más, por el momento, en el anterior argumento pues para ver su validez sería necesario mostrar otros razonamientos que le fortalecieran, lo que resultaría prematuro dado que no hemos descrito la perspectiva del positivismo, ni las restantes fundamentaciones, por tal motivo considero preferible —sobre todo por un ánimo clarificador— abordar las fundamentaciones mencionadas, para que con posterioridad, en un acápite final, muestre argumentos que a mi consideración dan sustento a la elección del positivismo como corriente teórica para el desarrollo de este trabajo.

Antes de concluir, deseo comentar que el hecho de hacer uso durante esta ocasión, del positivismo en su *vis* metodológica, apegada a la teoría del derecho surgida bajo esta corriente, no significa que se esté de acuerdo con su *vis* ideológica ni con todos sus postulados, sin embargo, debido a que nuestro análisis se centrará en su momento sobre normas vigentes internacionales e internas, y en virtud del ineludible deber de respeto surgido a través de la expresión de voluntad del Estado mexicano al firmar tratados internacionales en materia de derechos humanos de los migrantes económicos irregulares, resulta atinente auxiliarnos de él.

2. *Fundamentación naturalista*

Hablar de derechos humanos desde una perspectiva de fundamentación iusnaturalista es, por tanto, tener en mente el concepto inicial de dignidad humana, entendida como parte inmanente del ser humano, atributo metafísico originario que permite el goce de estos derechos. Sin duda, la base de la cual parte esta construcción teórica radica en la existencia de un orden previo a cualquier fenómeno humano, similar o denominado como norma jurídica, que es superior a este último, independiente por completo de él y por tanto universal, inderogable y permanente. Sin embargo, abordar la temática del iusnaturalismo no es tan sencillo como afirmar que hay un

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

derecho superior, emanado de un *ethos* invisible —pero avasallante— sobrepuesto al fenómeno social dado que su comprensión es más compleja y amerita una empresa que por sus dimensiones sobrepasa este trabajo; por tal razón no se hará un análisis del iusnaturalismo a través de la historia, sino que se tomarán momentos históricos en razón de los cuales se pretende mostrar lo esencial de aquél como teoría de fundamentación de los derechos humanos. Ya que como construcción de pensamiento ha experimentado cambios de elementos dentro de su discurso, siendo aún hoy aceptada en círculos intelectuales, a pesar de que en un plano jurídico limitado —abocado a las normas positivadas— no basta para explicar la *raison d´être* de los derechos humanos.

Resulta pues que, el derecho natural como ordenamiento jurídico, nos remite al devenir histórico, en un sentido cronológico no científico (como más adelante se verá), que permite observar justamente eso, la evolución que el origen del derecho natural ha tenido, cambiando con él la propia concepción del origen de la dignidad humana. Observaremos tres momentos: la Edad Media —por marcar un punto de partida tentativo—, el Iluminismo europeo (alimentado por el Humanismo de dos siglos previos) y la etapa de la posguerra a mediados del siglo XX.

Veamos, durante el Medioevo se vive un "diario acontecer" sujeto forzosamente a la creencia de un orden inviolable e invariable con base en el cual las cosas son y las consecuencias de los actos serán, indistintamente de la voluntad humana; dicha fundamentación apegada a la escolástica y a una sociedad eminentemente teologizada, en un sentido jurídico, brindó los elementos que robustecieron al pensamiento en el cual se postulaba la universalidad de una legislación perpetua para el mundo humano, impuesta por Dios y observable en el mundo natural, con lo cual se crearon parámetros de conductas específicos y códigos de comportamiento basados en el mundo natural, donde el ser humano tendría el rol permanente de observador. Aunque ciertamente —como comenta Saldaña— para él:

> Ius-naturalismo clásico, este derecho [natural, la legislación perpetua,] corresponde a la persona humana en virtud de que la naturaleza propia de este ser le otorga ciertas atribuciones, inmanentes a su propia naturaleza. Es la estructura ontológica del ser humano esencia básica irreductible que tiene su núcleo básico en la propia dignidad humana, base y sostén de los derechos que por poseerla tienen los seres humanos.[72]

[72] Saldaña, Javier, "¿Derechos morales o derechos naturales? Un análisis conceptual desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Andado el tiempo y superados diversos dogmas teológicos, promoviendo entonces su separación del derecho,[73] con el Humanismo y posteriormente con la Ilustración, se llega a cambiar dicha concepción restrictiva de la voluntad humana, observándose un salto en el nivel discursivo del iusnaturalismo constituido por un cambio en la concepción de la propia naturaleza humana, en el cual ya no es la actuación divina la que la determina sino la potencia formada por la propia razón del hombre.

> Dicha Naturaleza humana [para esta nueva vertiente] es la misma que identifica a la persona como tal y, desde una perspectiva aristotélica se integra por dos potencias propias del ser humano: su inteligencia y su voluntad, con cuyo concurso los actos del hombre pueden ser calificados como libres.[74]

A este respecto es importante decir que uno de los fines del ser humano es, justamente, trascender. Esto es lo que, viendo la razón a la luz de la inteligencia y la voluntad, entendidas como potencias supra-sensitivas, hace al ser humano gozar de su propia naturaleza. Esta naturaleza es la que —desde la perspectiva en análisis— le atribuye una serie de cosas o bienes que le corresponden como elementos inalienables y ligados indefectiblemente a su propio ser, los derechos naturales, hoy denominados: humanos.

Así pues, autores clásicos como Vittoria, Puffendorf y Grotius, incluso Hobbes y Locke en cierto sentido, conciben que la razón humana como atributo humano, le permite al hombre trascender mediante el pensamiento, lo cual le hace pasar del estado natural (*status naturalis*) al civil (*status civilis*),[75] dado que el hombre es un animal racional, político y ético, y es justamente el sentido de esta ética en su existencia —sustentada en valores

núm. 90, 1997, en *http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/90/art/art13.pdf,* p. 1209, consultado el 5 de octubre de 2010.

73 Sobre esto, véase Alvarado Planas, Javier, "Fundamentación historicista de los derechos humanos", *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos humanos, 2004, p. 69, y en Fernández, Eusebio, "El ius-naturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII", *Historia de los derechos fundamentales, tránsito a la modernidad* (s. XVI y XVII), t. 1, 1a. reimpresión corregida y ampliada, 2003, p. 574, Fernández cuenta que "El Derecho Natural racionalista como filosofía de los Derechos Naturales del hombre [comenta] …para el humanista del siglo XVI el derecho natural es el que se deriva de la sola razón, es decir, que no difiere de la razón misma, al igual que las conclusiones, por lo mismo, no difieren de los principios de los que se deducen: así el derecho natural *es, aun cuando Dios desde ahora decidiera que dejara de ser".*

74 *Ibidem,* p. 570.

75 Véase Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura económica, 12a. reimpresión, 2006, pp. 35 y 36.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

axiológicos "universales y mínimos"—[76] lo que le permite evolucionar. Así pues, la dignidad humana unida a la "luz de la razón" como base y permanentes necesidades en el devenir humano se convierten en el principal contenido axiológico y en el principal objetivo a alcanzar en esta variante del iusnaturalismo, denominada racionalista.

En este sentido, la revalorización del hombre, como elemento valioso y protagonista de su propio destino (dejando atrás el papel de mero observador) permiten a *grosso modo* observar la evolución histórica del iusnaturalismo en relación con los derechos humanos. Dado que es entonces cuando el propio hombre se percata de que por su valor inmanente como ser humano, más allá de elementos contingentes (como el origen, *v. gr*. para el caso concreto del derecho de sangre) le corresponde un núcleo de derechos esenciales para la convivencia social, que deben ser respetados, para continuar en la evolución y trascender en la libertad, si esto le suena similar al contractualismo, no se encuentra errado amigo lector, el iusnaturalismo influye grandemente sobre dicha corriente de pensamiento político, incluso Hobbes —como teórico de la soberanía y el absolutismo recalcitrante— afirma que el hombre aun cuando tiene que entregar el ejercicio de sus facultades, sacrificando su individualidad en pos de la colectividad, debe gozar para que se legitime el sacrificio "una vida digna de ser vivida",[77] aprovecho la cita hobbesiana para poner desde ahora el acento sobre el deber estatal de garantizar una vida digna al ser humano.

Con el contractualismo propiamente, el derecho natural —con contenido axiológico y ontológico en relación con el hombre— pasa de ser "en vísperas de las revoluciones americana y francesa, [de una] teoría del derecho natural a una teoría de los derechos naturales",[78] y en un sentido jurídico

[76] A este respecto Eusebio Fernández dice: "Universal porque sus principios se van a obtener de común razón humana, y mínima, porque se pretende su validez sin negar las diferencias culturales o religiosas… Consiste en un ética racional separada de la teología y capaz por si misma de garantizar la universalidad de los principios de la conducta humana". Fernández, Eusebio, "El ius-naturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII", *cit.*, p. 580.

[77] Comenta Vitale: "En el de cive, Hobbes —tratando de enumerar los casos en los que el individuo puede legítimamente intentar abstraerse de la decisión del poder político al que él mismo le ha autorizado —arroja la expresión cargada de consecuencias "vida digna de ser vivida" para explicar precisamente que un individuo pueda preferir morir a vivir una vida considerada indigna de vivirse", Vitale, Ermanno, *Derechos y razones. Lecciones de los clásicos y perspectivas contemporáneas,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Juridicas, 2007.

[78] Fernández, Eusebio, *El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII*, *cit.*, p. 583.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

se arriba a la positivación del derecho natural con lo que, desde la técnica, dichos derechos naturales gozan de una validez jurídica antes inexistente (desde la perspectiva del positivismo, pues para el iusnaturalismo este hecho era por completo contingente) muestra de lo anterior son tanto las enmiendas de la Constitución estadounidense como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia.

Así pues, en los dos parágrafos precedentes intenté, y no dudo que sin éxito, concentrar siglos de pensamiento occidental que desembocaron en las revoluciones del siglo XVIII, parteaguas en lo que se conformaría —al pasar del tiempo, las guerras y las victorias— en el núcleo esencial de los derechos humanos. Aquí lo destacable es justamente el hecho de que el iusnaturalismo, como se ha visto, no pierde nunca el giro sobre el eje que sustenta sus argumentos: la dignidad humana, inextinguible y parte inseparable del ser humano. Pasemos a un tercer momento, el siglo XX, denominado por Erick Hobsbawm[79] como un siglo corto que corre de Sarajevo (1914) a Sarajevo (1991), destacó en el ámbito de los derechos humanos, por grandes picos de violencia y por la concentración en un documento internacional de los anhelos surgidos en el occidente luego de la terminación de la Segunda Guerra Mundial convertido en la base del actual derecho de los derechos fundamentales (abordado después).

Es en 1948 cuando la Asamblea General de Naciones Unidas crea la Declaración Universal de los Derechos Humanos; misma que resulta sustancial para la teoría iusnaturalista dado que fue usada para fundamentar las razones de este documento. J. Maritain, quien tuvo mucho que ver en la redacción de este documento, durante la Conferencia de la UNESCO de 1948,[80] declaraba la importancia de resolver las problemáticas causadas por culpa de la guerra y sus atrocidades, reconociendo el valor de la dignidad humana —de forma total— como parte esencial en el ser humano, irreductible e imperecedera.[81] Lo anterior —en palabras de Eusebio Fernández— "se ha denominado el renacimiento del derecho (sic)? natural".[82]

Ahora bien, dicho lo anterior y abordados los tres momentos prometidos pueden verse dos grandes corrientes iusnaturalistas: 1) la clásica apegada

[79] Hobsbawm, Eric, *Historia del siglo XX*, Argentina, Grijalbo Mondadori, 1998, p. 15.

[80] UNESCO, "Maritain Pide Unidad de Acción", *El Correo*, vol. 1, núm. 1, febrero de 1948. pp. 1 y 7.

[81] Brandi Aleixo, José Carlos, "Los derechos humanos en la vida y obra de Jaques Maritain", *Humanismo Integral,* año I, núm. 2, enero-abril de 2004.

[82] Fernández, Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, *cit.,* p. 82.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

al pensamiento aristotélico escolástico, donde se habla del derecho como único sistema jurídico integrado por dos tipos de factores: uno natural y otro positivo. Sin embargo, el natural inspira al derecho positivo, derivando este último del primero;[83] 2) el racionalista el cual basa la dignidad humana sobre la razón humana —*arjhé* de esta vertiente— como medio de reconocimiento de derechos naturales preexistentes, que la comunidad debe respetar ya reunida en un estado de seguridad: estado civil. La razón se erige como parte sustancial de la dignidad humana.

Además de las anteriores, Eusebio Fernández nos comenta "que el derecho natural es defendido... en la época contemporánea por la corriente neotomista"[84] cercana a una concepción del orden natural similar al tomismo clásico, donde el colectivismo y una fuerte carga axiológica se conjugan con una ética ortodoxa en cuanto a sus parámetros de acción, dando así un sentido más "puro" de la dignidad humana en un mundo globalizado.

Dicho lo anterior, a manera de resumen y antes de aportar algunas críticas contra la fundamentación iusnaturalista podemos decir que goza de tres características relevantes y específicas:

1) El origen de los derechos naturales no es el derecho positivo, sino un tipo de orden distinto al derecho positivo: el orden natural… estableciendo la existencia de derechos naturales inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos. Ninguna consideración de utilidad social puede afectar su validez.
2) Los derechos son expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para todos los hombres. Justamente la inmanencia de estos derechos con relación al ser humano, es el *arjhé* de la teoría: la dignidad humana.
3) No importa si se reconocen por el Estado (mediante el derecho positivo) pues su construcción es tan valiosa y útil para la ética humana y para alcanzar la libertad que, sin importar su positivación, valen *per se*.

Ahora bien, dicho lo anterior pasemos a las críticas esgrimidas contra la teoría iusnaturalista. En primera instancia, Eusebio Fernández en el texto citado de forma recurrente en este apartado, intenta legitimar su posición a favor de los derechos morales en demérito del iusnaturalismo y del historicismo; en él comenta que un gran problema de la teoría iusnaturalista es

[83] Saldaña, Javier, "¿Derechos morales o derechos naturales?...", *cit.*, pp. 1212 y ss.
[84] Fernández, Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, *cit.*, p. 82.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

que "funda su construcción sobre un concepto de naturaleza humana indefinido aún en la doctrina".[85] Este concepto que la teoría considera universal y que, desde cualquier perspectiva, es así en cuanto al contenido ético, entendiéndolo como ideal, puede no serlo de acuerdo a la moralidad de una sociedad específica, e incluso ir variando en relación con el grado de aceptación que (en un tiempo determinado) pueda tener el discurso que justifique el concepto de dignidad humana. La dignidad entonces va cambiando de matices. Justamente el iusnaturalismo se cierra ante los movimientos históricos, la falta de contingentes históricos en su construcción desvirtúa sus argumentos pues la historia es un flujo. "Ya que no puede haber un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos".[86]

En este mismo sentido se le critica la inmutabilidad de contenidos; basta ver superficialmente el devenir histórico para encontrarnos que a lo largo de la historia de los derechos humanos se han presentado derechos naturales con contenidos a veces opuestos. El contenido y número de los derechos humanos, como la importancia concedida a cada uno de ellos ha variado. Ahora bien, si se menciona tanto la historia, no es porque se considere que la fundamentación historicista sea la respuesta absoluta para encontrar una fundamentación a los derechos humanos, de hecho diversos autores[87] comentan que no hay actualmente una teoría que brinde un concepto unívoco de los derechos humanos, ni tampoco que brinde una fundamentación universal de los mismos; sin embargo, el iusnaturalismo en un afán por fundar su filosofía en torno al concepto de dignidad humana, sin ver los entornos en los que ésta se desenvuelve cae en los extremos, dañando su discurso al pretender brindar respuestas a toda interrogante desde una sola perspectiva.

Ahora bien, nos comenta el mismo Fernández que en cuanto a admitir, como hacen los iusnaturalistas, que "los derechos humanos existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el derecho positivo"[88] sin exigir su reconocimiento por parte de una norma de derecho positivo es una verdad a medias e insuficiente e ingenua desde el

[85] *Ibidem,* p. 90.

[86] *Idem.*

[87] Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", *DOXA*, núm. 4, 1987, en *http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/index.htm,* pp. 30-32.

Moreno Luce, Martha, "El fundamento de los derechos humanos", *Letras Jurídicas*, vol. 15, enero-junio de 2007 p. 65, y Saldaña, Javier, "¿Derechos morales o derechos naturales?...", *cit.,* pp. 1207-1210.

[88] Guastini, Riccardo, "Estudios de teoría constitucional", México, UNAM y Fontamara, 2008, p. 218.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mínimo punto de vista de la necesaria efectividad y ejercicio de los derechos fundamentales. Dado que "mientras los derechos humanos no estén reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico su existencia plena, garantizada jurídicamente aún no habrá tenido lugar".[89] Por tal motivo y por lo que respecta al término "derechos" en la expresión "derechos naturales", hay que tener en cuenta que los derechos naturales solamente pueden ser considerados auténticos derechos en el sentido técnico-jurídico del término, cuando se encuentran reconocidos en una norma jurídica de derecho positivo, mientras esto no ocurra nos encontramos ante valores, intereses, objetivos y deseos humanos necesarios, importantes o fundamentales, pero que al no gozar de los medios técnicos para hacerse valer, sólo se quedan en el ideal y en un ejercicio nobilísimo pero que —haciendo una analogía muy burda— redunda en los mismos efectos que predicar en un desierto.

3. *Fundamentación positivista*

Pasada la exposición del iusnaturalismo conviene hacer lo propio con la fundamentación elegida para el desarrollo de este trabajo: el positivismo. El primero se constituye, sin duda, como la fundamentación más añeja —no en un sentido peyorativo sino cronológico— de lo que en un principio comenzaran siendo derechos naturales consustanciales al hombre (ya por voluntad divina ya por ministerio de razón) hasta convertirse modernamente —en las concepciones del ideario occidental— en derechos humanos; por cuanto hace al positivismo y su relación con estos mismos el nexo es de cuño antiguo gozando de lo que pudieran denominarse "crestas" y "valles", según la visión que se pretenda de éstos con relación a un sistema jurídico.

Así pues, la "cresta" más contemporánea y con mayores repercusiones en la actualidad es la posterior a 1948 cuando el derecho escrito —en un plano internacional, y esto es importante– comenzó con la creación de una amplísima literatura al respecto[90] en razón de que como comenta Erick Millard:

> La filosofía de los derechos humanos... aunque empieza por afirmar la existencia de derechos naturales... no se contentaría con esta simple afirmación... apunta también, y especialmente a la consagración de esos derechos por los sistemas de derecho positivo en otras palabras a hacer de los «derechos del hombre» derechos en el sentido de los positivistas... Sin eso, carecen de efi-

[89] Fernández, Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos, cit.,* p. 89.
[90] Moreno Luce, Martha, *El fundamento de los derechos humanos, cit.,* p. 68.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> cacia no son más que palabras, aunque mantengan todo el alcance político y simbólico del discurso.[91]

Ahora bien, dejando latente lo recién plasmado, considero importante ir afianzando detalles que nos permitirán comprender al positivismo como teoría fundamentadora para este trabajo, en primera instancia el positivismo no es unívoco pues observa —como afirma Moreno Luce—[92] varias vertientes debido a que hay doctrinas positivistas heterogéneas (como el derecho anglosajón que considera al utilitarismo dentro del positivismo), otras como la teoría analítica descriptiva estrictamente avalorativa del derecho (más adelante se mencionará algo sobre esta vertiente), la teoría de la separación conceptual de la moral y el derecho o la teoría imperativa, cuyos postulados son tan variados que no permiten encontrar la esencia de lo que es el positivismo, por esa razón se habla más bien de positivismos.

Así las cosas, no se tiene el ánimo aquí de arribar a una definición de positivismo que englobe todas sus vertientes y sobre ella construir nuestros argumentos, sino afirmar *a priori* que como teoría fundamentadora de los derechos humanos el positivismo observa como *arhjé* —si es correcta la expresión— a la propia ley, entendiendo así al lenguaje normativo que mediante ciertos procesos legitimados en normas superiores permite la concreción de un sistema, por medio del cual se forma el derecho. Ahora bien, lo anterior puede admitir numerosas divergencias, sin embargo, lo esencial para el caso concreto es tener en cuenta —como antes lo afirmara— que aquí considero al positivismo como herramienta idónea pero en un sentido metodológico por lo que, teniendo en mente lo anterior, es conveniente pasar a otro momento de este apartado para mostrarle que como teoría ligada al derecho goza de diversos niveles discursivos (entre los cuales se encuentra el metodológico) y que, según Pietro Sanchís[93] siguiendo a Norberto Bobbio, podrían dividirse en tres apartados, siendo los siguientes: positivismo jurídico como 1) *metodología* o forma de aproximarse al derecho, como 2) teoría o modo de ver al derecho, y como 3) ideología que supone un cierto punto de vista acerca de la justicia del derecho y de la obligación moral de obediencia al mismo. Para esta construcción se hará uso del primer nivel intercalando éste con relación al segundo.

[91] Millard, Eric (trad.), R. Guibourg, "Positivismo y derechos humanos", Argentina, Mesa redonda en la Universidad Nacional de Mar de Plata, mayo de 2008, *In totum.*

[92] Moreno Luce, Martha, *El fundamento de los derechos humanos*, *cit.,* p. 69.

[93] Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo,* México, Fontamara, 2005, p. 11.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Ahora bien, como *metodología*, el positivismo nos ofrece una concepción de derecho, útil para este trabajo permitiéndonos encontrar una clarificación sobre el móvil de esta teoría al momento de fundamentar los derechos humanos, Prieto Sanchís comenta a este respecto que:

> La tesis central del positivismo como metodología es la que Hoerster denomina de la neutralidad. Neutralidad significa una aproximación avalorativa al concepto de Derecho… por tanto con independencia de la valoración que merezca…; pues si bien éste presenta siempre determinado contenido ético susceptible de ser enjuiciado desde el punto de vista de la moralidad *lo que lo define no es aquello que manda o prohíbe sino la forma de hacerlo* (énfasis añadido).[94]

En este sentido podemos concluir *prima facie*, que cuando hablamos de positivismo abordamos al derecho como norma y a la norma como parte de un sistema jurídico encuadrado en una realidad normativa específica, en tal orden de ideas cuando hablamos de positivismo nos acercamos capitalmente al tópico del lenguaje deóntico, en el cual mediante estructuras simbólicas y por medio de operadores deónticos es como (obligatorio, permitido o prohibido) podemos construir normas que culminan en la ostensión de derechos, prohibiciones o facultades a un sujeto determinado por la propia norma; a este respecto comenta Laporta que "la pretensión de que existan normas simplemente por «tener derecho a X»... es un notorio error conceptual [en el cual cae el ius-naturalismo, comenta el autor]. Tal error consiste en que no [puede atribuirse] un derecho sino cuando... va acompañad[o] de una presencia de normas".[95]

En este sentido, podemos observar la primera característica del positivismo metodológico, la cual, acompañada de otras dos, lo perfilan y nos permiten —al acercarnos a él— aproximarnos asimismo a la relación existente entre derechos fundamentales y positivismo jurídico y derechos humanos y positivismo jurídico. Carlos Santiago Nino[96] comenta que las tres esencialidades de esta teoría son: 1) que una norma y el sistema en su conjunto pueden ser injustos y no por ello dejar de ser jurídicos; 2) que la moralidad o justicia de un estándar de comportamiento no es razón suficiente para considerarlo como parte del derecho; 3) que por tanto, la definición del derecho no dice nada —ni a favor ni en contra— acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia.

[94] *Ibidem.* pp. 11 y ss.

[95] Laporta, Francisco, *Sobre el concepto de derechos humanos*, *cit.*, p. 24.

[96] Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho,* Argentina, Astrea, 1990, pp. 37 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

De lo anterior es posible concluir, en primera instancia, algo importante: que a diferencia del iusnaturalismo en cualquiera de sus vertientes, para el positivismo el derecho que priva no es el natural sino —válgase la tautología— el derecho positivo; lo anterior sitúa al uno en las antípodas del otro, y da pie a ver que para el segundo la ley es la propia fundamentación de cualquier derecho en un sistema jurídico; de ahí la necesidad de que el lenguaje normativo construya una estructura deóntica que incluya en su cuerpo al derecho para que pueda esgrimirse como tal, en tanto esto no suceda, el derecho —jurídicamente— es un ánimo acorde a la moralidad pero no un derecho técnicamente. A este respecto comenta Peces-Barba que:

> En el propio ius-naturalismo racionalista. En efecto, estos derechos para ser efectivos necesitan incorporarse al Derecho positivo… pues los derechos no lo son plenamente hasta incorporarse a éste [sic]?. Anteriormente son pretensiones morales y no Derecho.[97]

Lo anterior también permite ver un rasgo del positivismo pero como teoría del derecho en la cual justamente se perfila contra una de las características fundamentales del iusnaturalismo que es la universalidad de los derechos humanos. Esto en razón de que el positivismo se erige como un fruto nacido del pensamiento europeo decimonónico donde los conceptos de "Estado-nación" y "derecho subjetivo público" como prerrogativa estatal otorgada al ciudadano era un paradigma infranqueable por lo que la idea de universalidad de estos derechos nacida en 1948 y posteriormente en otra realidad política y social en 1966 promovió que el positivismo tuviera que afrontar un discurso internacional distinto donde este valor ya no sólo era para aquellos sujetos que gozaban de un derecho porque el sistema jurídico interno se los otorgaba sino sencillamente por el hecho intrínseco de su humanidad, y porque, desde un sentido positivista, se había erigido dicha voluntad —independientemente de su contenido axiológico— en un contexto jurídico-político de legalidad mediante documentos internacionales signados por los Estados voluntariamente.

Así pues, el positivismo como teoría fundamentadora de los derechos humanos, concibe al sistema jurídico positivo y a la norma vigente como los vehículos esenciales a través de los cuales los derechos humanos —y aquí traigo a colación la aclaración terminológica hecha en el principio de este apartado— se convierten en derechos fundamentales.

[97] Peces-Barba, Gregorio, "La universalidad de los derechos humanos", *DOXA*, 1994, núms. 15 y 16), en *http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_07.pdf*, pp. 621 y 622.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Sin embargo, el positivismo, según Guastini, tiene el objetivo de promover los medios jurídicos necesarios para que esos derechos puedan trocarse en la realidad, asequibles, a través de mecanismos o instrumentos útiles, buscando ante todo que no queden en la norma como letra muerta, aunque nunca saliendo del ámbito normativo. En este sentido conviene decir que el positivismo decimonónico con respecto a los actuales positivistas[98] muestra una clara evolución teórica donde ya tan sólo el derecho no es una estructura avalorativa, "un instrumento de dominación"[99] sino un medio a través del cual los derechos, en un sentido jurídico se convierten en verdaderos derechos —exigibles y tangibles— de acuerdo a la propia maquinaria estatal y al sistema jurídico.

Y es en este sentido, que viene a ver la luz la principal crítica al positivismo, resulta pues que si esta teoría confiere al derecho positivo el peso de lograr la eficacia de los derechos fundamentales, desafortunadamente se cae en un vacío no resuelto por los positivistas recalcitrantes y que justamente su coprotagonista en el escenario teórico del siglo XX —el realismo escandinavo —[100] le viene mostrando con crudeza pues "la crítica realista que pone de relieve la dimensión fáctica de efectividad y la imposibilidad de un normativismo que prescinda de los factores culturales, sociales y económicos tiene especial incidencia en el tema. "[Su ejercicio y garantía]... se verá[n] condicionad [os] por el analfabetismo, la escasez, la pobreza, el hambre y desde luego por la inexistencia real de sistemas políticos democráticos únicos que asumen e impulsan la cultura de los derechos fundamentales".[101]

De ahí que como afirma Millard, para el positivismo metodológico el problema de la eficacia tenga tres aristas, la que por antonomasia se resuelve en sede de teoría del derecho positivista, mediante la construcción de los *derechos* en *forma* de *derechos* bajo el esquema de un sistema jurídico, y las otras dos —que extraen a los positivistas de su zona de confort— donde las acciones políticas son fundamentales para que éstos se hagan efectivos. En tal orden de ideas aunque los derechos constitucionales y el derecho internacional de los derechos humanos construyan con minuciosidad de relojero los dere-

98 Prieto Sanchís comenta que actualmente existe la corriente del positivismo ético moderado que por demás —al decir de nuestro autor— es una tesis muy poco positivista, al menos si se considera que el aspecto metodológico es el central del positivismo, véase, Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo, cit.,* p. 26.

99 *Ibidem,* p. 11.

100 Pérez Luño, Antonio-Enrique, "Las generaciones de derechos humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, septiembre-diciembre de 1991, p. 204.

101 Peces-Barba, Gregorio, *La universalidad de los derechos humanos*, *cit.,* p. 624.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

chos humanos de diversos grupos vulnerables; resulta que en tanto no exista la voluntad política para resolver dicha problemática la norma se convertirá en un artículo sin utilidad. De ahí la importancia de crear normas jurídicas atinentes a las problemáticas sociales de actualidad.

El positivismo metodológico en ese sentido puede auxiliarnos, dejando atrás —claro está— el fetiche de la ley que tanto critican los realistas a los positivistas y que se encuentra en el discurso de la *vis* ideológica en el positivismo, para observar que la ley es una herramienta útil en la defensa de los derechos humanos, de ahí que el Estado deba cumplir con las obligaciones internacionales consignadas en instrumentos internacionales que en efecto tienen validez jurídica y que como se verá más adelante forman parte de su sistema jurídico.

Dicho lo anterior, a manera de resumen podemos decir que el positivismo goza de tres características relevantes y específicas:

1) La preeminencia del derecho positivo sobre el derecho natural, entendiendo el término preeminencia no como un criterio de comparación que determine la superioridad intelectiva o técnica del primero sobre el segundo sino en un sentido eminentemente metodológico, para que un *derecho* se declare como tal, tiene que encontrarse positivado, de lo contrario sólo resulta una pretensión —cuyo valor puede ser trascendental— pero que no goza de exigibilidad jurídica, de ahí que la universalidad de los derechos, en su *vis* espacial como comenta Peces Barba[102] sea un problema irresuelto para el positivismo.
2) La estructura de la norma es fundamental para que un derecho humano se convierta en tal cosa, o siguiendo un comentario anterior, realizado al inicio de nuestro apartado, para convertirse en un derecho fundamental válido dentro de un sistema de normas, así pues es necesario el uso de lenguaje deóntico en su construcción para que el derecho quede plasmado como tal en el sistema jurídico o bien en la norma internacional; en este sentido el uso de símbolos y operadores así como la estructuración que se haga de los términos traerá como consecuencia la plasmación del derecho y por tanto, junto con las acciones políticas atinentes, el logro de su eficacia o ineficacia en un plano práctico.
3) El positivismo se centra sobre el aspecto eminentemente técnico y pudiéramos decir "jurídico" de los derechos humanos, de ahí su importancia cuando buscamos la eficacia de su protección en la correcta

[102] *Ibidem,* pp. 625 y 626.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

construcción de normas jurídicas y su poca influencia al momento de salir del mundo jurídico e inmiscuirse en el real (politológico, psicológico social, sociológico).

4. *Fundamentación historicista*

Luego de los dos momentos anteriores y con un afán más moderado, conviene abordar someramente la tercera postura de fundamentación, el historicismo. Para la descripción de esta corriente el ánimo no será igual que para las anteriores en el sentido de exponer lo más posible en el menor espacio, ya que sólo se busca destacar una idea principal respecto a su visión de los derechos humanos, la evolución que los mismos han experimentado a lo largo de un tiempo histórico específico.

Así pues, mientras que para el iusnaturalismo los derechos humanos son atributos connaturales al hombre, que trascienden a su paso por el mundo (y lo digo sin rubores religiosos) siendo su origen un poder metafísico, su propia razón o su dignidad, y en tanto que para el positivismo el derecho humano, para ser declarado como tal necesita formar parte del sistema jurídico y erigirse entonces como un atributo del sujeto, que puede hacerse exigible, a través de la ley. En el caso del historicismo el derecho humano subyace en el devenir social como una construcción no tan solo filosófica, teológica ni eminentemente de técnica jurídica, sino histórica; pues el grupo social satisface —de distintas formas, a través de distintos medios y con distintos fines— las necesidades concretas que van surgiendo.

En este sentido comenta Pérez Luño que:

> La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas generaciones de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas que tan solo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII.[103]

El anterior comentario nos permite observar dos situaciones ampliamente ligadas con la postura historicista de los derechos humanos; el primero sería el uso tan amplio de la teoría generacional de Karel Vasak en la cual destaca tres valores en torno a los cuales —desde el iluminismo francés hasta la caída del bloque socialista y más allá— giran las concepciones de los derechos humanos en sus distintos momentos histórico-temporales; en

[103] Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Las generaciones de derechos humanos*, *cit.*, p. 205.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

un primer momento la libertad (primera generación), luego la igualdad (segunda generación) y por último la solidaridad (tercera generación). Incluso hoy día se habla de generaciones posteriores que reportarían derechos relacionados a un momento social donde paradigmas antes imperdibles hoy se encuentran a punto del colapso. Y además de lo anterior es destacable la "temporalidad" de los propios derechos humanos, especificados en relación al hecho histórico que los hace surgir.

Sobre la aportación de Vasak —en un sentido histórico— ahondaremos un poco, pues nos permite estructurar una línea del tiempo que con base en estos tres valores, hace visible una marcada evolución, o bien (si no se quiere ver de este modo) los cambios en el nivel del discurso de la filosofía de los derechos humanos, desde esta perspectiva. Para el contexto en el que se desenvuelve la primera generación, tomando como referencia el momento de la "libertad", se hablaba del individuo (entendido como lo privado) visto en una relación dicotómica[104] respecto del Estado (visto como lo público). Así, entre más espacio ganara la esfera del primero la correlativa se encontraría reducida y *viceversa,* siendo destacable que el sujeto como individuo racional y con voluntad propia, se encontraba en posibilidad de ir en contra de la opresión[105] y buscar la libertad como valor máximo, en virtud de que el monarca no había cumplido su misión de salvaguardar el bien común. De ahí que el Estado pasara de ser *ex parte principi* a *ex parte populi* siendo ahora el pueblo y no el rey en quien reside la *summa potestas*, es decir el poder de decisión sobre sus destinos, el tiempo de las greyes ya es cosa del pasado.

Así pues la libertad se erige como una reivindicación, y como una acción reivindicatoria de otras prerrogativas establecidas a favor del sujeto en relación al quehacer del Estado en un sentido negativo; en este sentido Locke, en su carácter de contractualista, afirma que una sociedad que se jacte de civilizada debe gozar de cuatro derechos: a la propiedad, a la vida, a la seguridad y a la resistencia (rebelión). Es entonces la idea de la libertad la que permea el espíritu de los derechos civiles y políticos a lo largo de la historia moderna, ¿por qué no antes?, Pérez Luño responde diciendo que "los derechos humanos son un concepto histórico propio del mundo moderno, impensable desde categorías pre-modernas".[106]

[104] Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad..., cit.,* pp. 11-38.

[105] Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 5a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 16-30.

[106] Pérez Luño, Antonio-Enrique, "Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 500.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La libertad encumbrada en el pensamiento político del liberalismo, y en economía con los fisiócratas y capitalistas como Adam Smith y Bentham, hacen que los derechos civiles y políticos sean una *conditio sine qua non* para que la sociedad evolucione; sin embargo, la trampa se encuentra finamente escondida en su discurso: sólo es hombre aquel que tenga propiedad, sea de "raza blanca", sea libre y siga los postulados sociales básicos (esto último es norma no escrita pero influyente en el propio derecho y en las acciones políticas). En este contexto la democracia se convierte luego del liberalismo en el régimen político por excelencia, y de ser —con anterioridad— una plaga contraria al bien del Estado,[107] se transforma en el medio idóneo para lograr la mayor equidad entre los "iguales". He ahí el centro de la discusión que daría paso al siguiente nivel discursivo, la igualdad.

Los iguales entonces (y aún ahora) eran los mencionados hombres blancos, letrados, con propiedades y en libertad (cuando la esclavitud era un mercado en pleno auge) y en este sentido la democracia sirvió para mantener cúpulas de poder sostenidas por burgueses, quienes una vez desplazados los nobles y los clérigos de la sociedad antaño estamentada, secularizaron el poder y afirmaron que mediante la paridad entre los de su clase el bien común se vería garantizado. Esto desde la perspectiva del autor sería —interpretando el discurso rousseauniano— un medio para que la aristocracia "como el gobierno de los *optimates*" fuera el gobierno de los burgueses en tanto se relegaban del ejercicio del poder a las capas sociales "bajas" en un sentido de pobreza económica.

La igualdad nace en un discurso distinto al anterior, cuando ya el individuo no tan solo reivindica su calidad frente al Estado, sino que el grupo humano busca reivindicarse entre sí teniendo el ideal de garantizar mínimos necesarios para el goce universal de una vida digna. En este sentido, la vida digna no sólo se entiende como la medida que el Estado debe dar al sujeto y que de no ser satisfecha provoca que el sujeto inicie la revolución y cambie el poder (fundamento de las revoluciones norteamericana, francesa e hispanoamericanas), sino que se convierte en la medida necesaria para que el sujeto logre una paridad real frente a otros en condiciones diversas.

A esta etapa contribuyeron eventos históricos importantes, a manera de ejemplo tómese en consideración el fin del colonialismo que promovió el respeto al derecho a la autodeterminación de los pueblos, que andado el tiempo se convierte en un derecho humano a la autodeterminación; la preservación de bienes culturales —una vez brincado el valladar del eurocentrismo— dio

[107] Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia,* trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 57 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

entrada al ejercicio de los derechos culturales y sobre todo —esta es la parte medular del salto en el nivel discursivo de la "libertad" a la "igualdad"— el Estado ya no es la fuerza cuya expansión reporta un descenso en el goce de los derechos del hombre, sino que se erige en el medio para poder garantizarlos, no mediante una plácida actitud sino como una obligación por cumplir. En ellos se pretende que la universalidad en un sentido racional, espacial y temporal (como la clasifica Peces-Barba) se vea plena, sin embargo, son "las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas del tránsito a la modernidad las que precipitarán y explicarán la idea de derechos humanos. Se ha reconstruido la propia noción de las libertades, que dejan de ser ideas abstractas que se agotan en y para sí mismas, para devenir derechos humanos que se realizan con los demás en un contexto social e histórico determinado".[108]

De ahí que hoy en día, los derechos económicos, sociales y culturales, o de "igualdad" no hayan visto pleno su ejercicio, en realidad ni siquiera los primeros (de libertad), pues para que estos puedan ser ejercitados necesitan forzosamente el respeto y garantía mínimos de los segundos. Ahora bien, el último nivel discursivo, el de la "solidaridad", busca la visión de la humanidad agrupada por el mismo afán, una vida digna, pero ahora no sólo la de un individuo que proyecta aquella a todo su grupo social, y por tanto a la humanidad *in totum*, ya que se pretende que cada mínimo eslabón en la cadena, cada ser humano, goce de diversos derechos pero proyectados en el colectivo, de ahí que los derechos de solidaridad, reitero, no vean en el ser humano sino en la humanidad su motivo de existencia.

El derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente, están basados en el consenso de la humanidad, junto —y esto es interesante— con otros basados en el disenso, ejemplos ilustrativos son los derechos humanos a la objeción de conciencia y los derechos humanos sexuales; en este sentido, son muestra de que las condiciones sociales juegan un rol determinante en el surgimiento de estos derechos (idea que nos hace reforzar el centro de este apartado). Esto es visible si se piensa que en el siglo XVIII era impensable un derecho a un medio ambiente sano dadas las condiciones económicas e industriales de los países europeos, o por ejemplo el derecho humano a la objeción de conciencia no podía ser en España para la época franquista, una posibilidad legítima de evadir el ejercicio castrense debido al desacuerdo individual o grupal contrario al régimen, cuando hoy incluso existe un tribunal especializado en esa materia que permite a la juventud expresar su desacuerdo con relación a este extendido fenómeno cultural del servicio militar, mediante labor voluntaria.

108 Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Las generaciones de derechos humanos*, *cit*., p. 211.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Regresando a los primeros parágrafos del presente apartado, en torno al rasgo de la "temporalidad" de los derechos humanos, es que se esboza la crítica sustancial contra el historicismo, en virtud de que la universalidad como valor fundamental en la teoría de los derechos humanos, y la cual determina que estos "tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia… reduciendo (sic)? el factor histórico hasta hacerlo irrelevante".[109] Nos permite observar que, como afirma tajante Javier de Lucas siguiendo a Laporta: "En punto a la argumentación dirigida a proporcionar justificación a fundamento de los derechos, la historia no puede ser razón justificativa para esto".[110]

En relación con esto conviene decir que si bien es verdad que no podemos caer en el relativismo, pensando que existe una nómina escrita con tiza cuyos elementos, bajo el nombre de derechos humanos, pueden ser borrados sin problema alguno en virtud del tiempo en que se viva. No es menos verdad —como de hecho Peces-Barba reconoce— que existen fundamentos sólidos que brindan importancia a la historicidad de los derechos humanos como productos sociales, dinámicos y "dinamizables" en un contexto global como el nuestro, resultando "un sustrato permanente, con variabilidad sólo de matices".[111]

Para el historicismo la construcción que la sociedad haga de sus propias necesidades y de los medios para resolverlas entre los que se encuentran las normas jurídicas y las instituciones, tienen que ver con este afán de satisfacción de lo que es necesario. Así pues y teniendo claro que los derechos humanos *per se* no solucionan las problemáticas —independientemente de su positivación o valor axiológico— sino que en conjunción con otros elementos en los discursos políticos, económicos e incluso culturales permiten o al menos intentan darle solución a los temas más álgidos para el momento en que se promueven, nos permiten observar que aunque sean calificados bajo el carácter de elementos contingentes e innecesarios según para las otras dos posturas, para la escuela histórica como para la realista, hacen fuerte la idea de que las condiciones sociales en efecto inciden en el ejercicio y garantía de derechos humanos.

A pesar de esto, y destaco las críticas que realiza Eusebio Fernández al historicismo como teoría fundamentadora de derechos humanos, en este

[109] Peces-Barba, Gregorio, *La universalidad de los derechos humanos*, *cit.*, pp. 615 y 622.

[110] De Lucas, Javier, "Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (a propósito de la polémica sobre los derechos morales)", *DOXA,* 1991, núm. 10, en *http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/124821964623526241988 46/cuaderno10/doxa10_13.pdf*, p. 311.

[111] Fernández, Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, *cit.*, p. 94.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tenor, la variabilidad histórica de todos los derechos no puede ser total pues no todos los derechos humanos tienen un contenido variable. Asimismo, los derechos humanos no pueden ser vistos tan solo como exigencias basadas en necesidades humanas, sino como postulados que van más allá de necesidades contingentes (económicas, políticas, sanitarias) y, por tal motivo, son necesarios, es decir, no es el devenir social quien los hace o no de tal carácter sino que ellos resultan así para un devenir social correcto y deseado. A pesar de estas objeciones, el mismo Fernández reconoce que la tesis historicista "ofrece una visión general acerca de cuáles fueron las condiciones históricas que motivaron la aparición de estos derechos y el subsecuente reconocimiento de los mismos en textos jurídicos".[112]

En tal orden de ideas y antes de concluir mencionemos dos características principales de la fundamentación histórica de los derechos humanos, éstas son obra de Moreno Luce:

1) El historicismo "sostiene que los derechos humanos están basados en las necesidades sociales y en la posibilidad de satisfacerlas".[113]
2) "Niegan absolutamente la fundamentación en la naturaleza humana, basándose en la evolución que se ha ido dando a través de la propia historia de los derechos humanos, los cuales van ampliando su catálogo y han ido variando de acuerdo a las propias necesidades del hombre". Van cambiando conforme cambian las necesidades del hombre.

5. *Otras fundamentaciones*

Tan solo para completar lo dicho en este apartado, conviene tener una idea fundamental de que, aunadas a estas teorías fundamentadoras, existen otras posturas específicas que, más allá de la aceptación y críticas esgrimidas a favor y en contra de sus postulados, son relevantes. Éstas son el consensualismo y los derechos morales.

Sobre el primero comenta Saldaña que su fundamento es el consenso al que intersubjetivamente se llegue respecto a la validez de los derechos humanos. Saldaña cita a Bobbio, quien opina en su obra *L`Età dei diritti* que, desde la óptica consensualista, los derechos humanos ya alcanzaron un consenso, de modo que buscar un fundamento absoluto carece, a su vez, de fundamen-

112 *Ibidem.*

113 Moreno Luce, Martha, *El fundamento de los derechos humanos*, *cit.*, p. 72.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

to pues con el hecho de haberse logrado la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 ya tuvo solución aquella problemática.[114]

Sin embargo, con toda proporción guardada tiene deficiencias lo dicho por Bobbio. Es evidente que el argumento consensualista jamás podrá invocar ninguna realidad objetiva para la defensa de estos derechos; más bien lo contrario, encontrará su fundamento en un dato que se hace depender del común acuerdo entre los miembros de una sociedad, relativizando los derechos y considerándolos como una simple ideología, personal o de grupo. De hecho las cuestiones relativas a la validez de un argumento, sustentada sobre el consenso universal se han enfrentado —en numerosas ocasiones y dentro de disciplinas de estudio distinto a las relaciones internacional y al derecho internacional de los derechos humanos— a su irrealizabilidad debido a que es imposible alcanzarlo.

En este sentido, la teoría consensualista se encuentra influida por Habermas respecto a su teoría de consensual de la verdad[115] en la cual centra la validez del argumento que sustentará el concepto de verdad (en este caso de verdad sobre los derechos humanos) sobre un consenso universal de todos los seres humanos en las mismas condiciones para poder argumentar y con los mismos elementos de discurso para poder afirmarlos o crearlos; lo anterior es irrealizable en virtud de su amplitud, sobre todo si se habla de derechos humanos. [116]

Ahora bien, si hablamos de la fundamentación realizada por los derechos morales, nos encontraremos con el postulado de que los derechos bajo dicha connotación no pueden verse como algo solamente jurídico, entendiendo esto como si se afirmara que nacen en la ley pues son previos a lo jurídico porque definen su existencia, aún en el caso de que no se hallen incorporados al ordenamiento jurídico, en este supuesto su existencia es parcial e incompleta pero también es cierto que si no aceptamos esa existencia moral previa, desde la perspectiva de esta teoría, no es posible, ni siquiera criticar a cualquier ordenamiento jurídico porque no los reconoce ni garantiza, ni defiende la necesidad de su incorporación al derecho positivo.

El fundamento ético, considera que los derechos humanos son de una naturaleza moral tal que su fundamentación no se encuentra inserta en la moral particular sino en la colectiva, constituida por las normas morales de

[114] Saldaña, Javier, "¿Derechos morales o derechos naturales?...", *cit.,* p. 1215.

[115] Habermas, Jürgen, "Derechos humanos y soberanía popular. Las concepciones liberal y republicana", trad. de J. González Amuchástegui, *Derecho y Libertades*, núm. 3, 1994, pp. 217-221.

[116] Moreno Luce, Martha, *El fundamento de los derechos humanos*, *cit.,* p. 69.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la sociedad de cada época; sin embargo, la objeción a este punto de vista estriba en que la moralidad en una sociedad es tan variada y conflictiva como puntos de vista y momentos históricos pueden incidir en su desarrollo pudiendo chocar de forma importante y diversa, exigiendo entonces ponderaciones que con el tiempo resulten innecesarias o excesivas. Sin embargo, esta afirmación pierde fuerza cuando se ve que no tan solo se basan en la moral sino en la ética vista desde la filosofía analítica,[117] donde la ética no es una razón dada *per se* en el hombre sino una construcción humana, beneficiosa y con la cual se construyen los derechos humanos.

En este sentido, los derechos morales conjugan en sí, quizás en razón de su actualidad como teoría fundamentadora, partes importantes del iusnaturalismo (en el contenido axiológico de los derechos humanos), del positivismo (en la parte relativa a la importancia que la positivación reporta para la eficacia de los derechos humanos) y del historicismo (en lo relativo a la temporalidad de las necesidades humanas y a su reflejo en relación con el surgimiento, de ciertos derechos).

6. *Colofón*

Visto todo lo anterior, es prudente, con el fin de concluir este apartado, dar ciertas razones sobre la elección del positivismo metodológico para el estudio jurídico en esta investigación. Ya se abordó la parte conducente a la filosofía de los derechos humanos correspondiendo este momento al estudio de la segunda parte de la teoría dualista de Peces Barba (citado con anterioridad). Ahora bien, en el apartado siguiente —final del capítulo primero— se abordará lo que Peces Barba denomina "derecho de los derechos fundamentales"; sin embargo, para poder entrar de lleno a él, deseo vivamente dejar más clara la razón por la cual he elegido el positivismo metodológico como teoría fundamentadora de los derechos humanos y como visión de la norma jurídica en este trabajo.

En el apartado de la fundamentación iuspositivista, describí lo que más pude respecto a su manera de concebir el derecho, y más específicamente los derechos humanos. Pudiera pensarse *prima facie* que el uso del positivismo bajo su vertiente metodológica, hija pródiga de la teoría de la neutralidad de Hoerster que observa al derecho como un producto avalorativo, resulta anacrónica y falta de criterio sobre todo en un tiempo donde el valor de los derechos humanos no radica en su positivación sino en su eticidad, defendida ápice por ápice cuando gran parte de la humanidad lo ha creído

[117] *Ibidem,* p. 12.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

necesario. Por tanto, en este trabajo no deseo construir derecho (ni derechos) a partir de la visión positivista sino defender los ya existentes basándome en sus postulados.

Prieto Sanchís nos cuenta que el positivismo es una concepción a propósito del derecho ¿qué tipo de concepción? una técnica-normativa, apegada a un criterio homogeneizador del derecho bajo el esquema dibujado en la siguiente ecuación: derecho=norma; teoría que por su propia generalidad abre la puerta a la creación de razonamientos y argumentos planteados sobre los postulados formulados a partir de la visión del derecho que propone, ese es el objetivo del autor. Así, los argumentos que se irán vertiendo aquí se inscriben en un momento —temporal— de la norma y del sistema jurídico-político distinto a aquel sobre el cual el positivismo construye gran parte de su núcleo duro, esto es, *el instante en el que una norma pasa del ideal, buena intención o abstracción de pensamiento a un terreno jurídico, encuadrándose a través del lenguaje en una hipótesis jurídica con consecuencias definidas*. Lo anterior sufre de anacronismo pues la escuela de exégesis y la teoría de la subsunción se baten en franca retirada —y temo decir que junto con el positivismo— a causa de teorías jurídicas más *ad hoc* a los tiempos actuales; por tal razón el momento en el cual se forma mi argumento es otro, *precisamente aquel donde una vez creada la norma, positiva y legitimada, debe acatarse por el simple hecho de haber cumplido con los requisitos formales necesarios para surgir al mundo jurídico como fruto maduro del proceso legislativo*.

Se pide que antes de aventurar conclusiones sobre lo recién esbozado, se termine de observar el planteamiento. Entiendo claramente que aun cuando planteo un momento distinto del positivismo metodológico pareciera que todavía giro sobre la afirmación esencialmente positivista de que los derechos son únicamente válidos si una norma jurídica los reconoce y se inserta en un sistema jurídico positivo, constituyendo una obligación que debe ser acatada por los sujetos que ella misma enuncia, dicha visión del derecho resulta miope, por lo que para justificarla mostraré algunos razonamientos al respecto, con los cuales —considero— se fortalece mi postura y permiten además la construcción de este trabajo.

Antes de enunciarlos deseo reiterar que aquí lo importante no es la positivación de los derechos para considerarlos como tales (primer momento del positivismo) sino el hecho de obedecer la norma que los contiene, respetando, protegiendo y garantizando aquellos derechos que ya se encuentran positivados (segundo momento); lo anterior reporta una voltereta al argumento central del positivista recalcitrante que no respeta derechos humanos, porque, desde su perspectiva, no son derechos si no se inscriben en la ley (bajo este esquema se justificó por décadas la apatía estatal en el cumpli-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

miento de obligaciones internacionales y en la garantía de los derechos humanos), sin embargo, cuando éstos se encuentran insertos en la ley, resulta —incluso para los propios positivistas— indubitable su validez y por tanto la exigibilidad de su cumplimiento, así las cosas ¿qué justificación jurídica puede haber para no obedecer la norma que contiene derechos humanos? Lo anterior permite ver la esencia de mi planteamiento (necesario para ir desarrollando el argumento central de este trabajo): *darle vuelta al positivismo para obligar al Estado a garantizar los derechos humanos de los migrantes* o como dijera antes *desde el positivismo... proteger derechos, no construirlos*. A pesar de lo anterior un positivista recalcitrante podría contraargumentar mi visión de la norma jurídica de derechos humanos.

A este respecto podría esgrimirse en mi contra que técnicamente puede darse el caso de que esa norma jurídica debido a un choque con respecto a otra dentro del sistema jurídico al cual pertenecen se invalide pudiendo, por tanto, ser desobedecida por el sujeto obligado. En esta línea argumentativa, puede suceder que dicha norma se encuentre en franca contraposición con una norma superior en el sistema jurídico —*v. gr*. la Constitución— por lo que de continuar vinculante podría causar un daño grave al mantenimiento de diversos valores y/o principios básicos para una sociedad democrática (soberanía, seguridad y certeza jurídicas, libertad, etcétera) tutelados por la propia norma fundante, siendo necesaria la invalidación de aquella para mantener coherente el sistema jurídico, esto traería como consecuencia la desobediencia legítima del sujeto obligado y la caída en picada de mi razonamiento, mencionado apenas.

Todo lo anterior resultaría contundente si aquél se basará sobre la validez sin cortapisas de normas internas, sujetas a un sistema jurídico nacional cuyos principios reguladores (jerarquía, coherencia y temporalidad) tendrían que ser respetados, para evitar antinomias entre normas, subsistiendo así el orden constitucional intocado, y por tanto el sistema jurídico coherente. Sin embargo, para el presente caso de estudio, las normas de las cuales se hablará a lo largo de éste son principalmente de derecho internacional y más aún de derecho internacional de los derechos humanos, con características específicas, que varían respecto a las normas de derecho interno en su estructura, medios de creación, ámbitos de validez, e incluso en sus fines y foros de aplicación, con lo cual las condiciones que daban vigencia al anterior contraargumento cambian, perdiendo fuerza. Aunado a ello, en México los tratados internacionales, desde junio de 2011, gozan de rango constitucional, más adelante abordaremos sucintamente este hecho.

La norma jurídica de derecho internacional de los derechos humanos, *prima facie,* no forma parte de un sistema jurídico nacional, incluso pretende

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la formación de un sistema jurídico cosmopolita, aún inexistente. Estas se erigen como normas entre Estados que a través de su propia voluntad se obligan a cumplir con lo estatuido en su arquitectura convirtiéndolas, bajo los parámetros de su Constitución, en parte de sus sistemas jurídicos, obsérvese que dicha norma no nace desde dentro del sistema sino que se inserta en él a través del consentimiento estatal plasmado en norma fundante por lo que resulta "indiscutible que desde la perspectiva del derecho internacional, el Estado que se haya obligado al cumplimiento de las obligaciones asumidas en el tratado [debe acatarlas] independientemente de la jerarquía que éstos ostenten en el derecho interno".[118] En este sentido es importante comentar, que en la actualidad las normas jurídicas internacionales en materia de derechos humanos, pueden incluso encontrarse jerárquicamente sobre la propia Constitución con lo cual, el contraargumento sería válido, pero no en contra de nuestra postura, pues si la Constitución fuese contraria a los derechos humanos consignados en norma internacional aceptada por el Estado, esta tendría —en casos específicos— que adecuarse a aquella, máxime porque el contenido de dichas normas no pone en peligro los valores y/o principios básicos tutelados por las Constituciones nacionales sino que les fortalece y permite una evolución jurídica en la protección del ser humano dentro de las fronteras espaciales de un sistema jurídico.

En este sentido, vale la pena acotar antes de proseguir la línea principal de este discurso, que en México los tratados internacionales gozan de nivel constitucional. Esto se logró con la reforma del artículo primero de su norma fundante en virtud del cual estos instrumentos —ya de por sí considerados por su artículo 133 de la norma suprema— tomaron carta de naturalización en el sistema jurídico nacional, al situarse dentro de su mismo nivel jerárquico. Con esto los derechos humanos contenidos en ellos son protegidos a través de un mecanismo técnico creado desde las entrañas del propio sistema: el bloque de constitucionalidad (o de acuerdo a la vena interamericana, bloque de convencionalidad para efecto de respeto al Pacto de San José). Así, las antinomias son superadas a través del principio pro persona, enfocado a aplicar la norma más benéfica para el ser humano, y las lagunas salvadas mediante interpretación, siempre ceñida a las cotas del camino marcado por los propios tratados. El positivista recalcitrante se quedaría sin argumentos.

118 *Cfr.* Ayala Corao, Carlos, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 40.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Asimismo, es útil observar que las normas internas surgen a partir de un procedimiento legislativo en donde los sujetos obligados, generalmente no tienen capacidad de elegir si se obligan o no a cumplir con lo estatuido en su arquitectura; en tanto que para las internacionales, son los sujetos —posteriormente obligados— quienes las construyen a través de consenso, obligándose voluntariamente y a través de un procedimiento a propósito. En este sentido el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, señala como fuente del derecho internacional público —entre cuyas ramas se encuentra la que tutela derechos humanos— a las "convenciones internacionales" creadas a partir del consenso alcanzado entre sujetos del derecho internacional público, como organizaciones internacionales o Estados.

Una vez creadas y acordados sus contenidos, los sujetos obligados —en este caso Estados soberanos— rigen su comportamiento bajo la máxima de *pacta sunt servanda,* obligándose a cumplir con lo pactado. Así, se pone de manifiesto que en materia internacional al no existir un imperativo superior (originado por una norma supranacional que obligue, aun cuando no haya voluntad de obedecer) es únicamente la voluntad de los sujetos, bajo la forma del consenso internacional, el medio a través del cual la norma jurídica se erige válida y por tanto vinculante para sus sujetos, debiendo con posterioridad armonizar su derecho interno con relación a la norma internacional. Lo recién dicho debilita el contraargumento plasmado previamente, ante todo porque el análisis hecho en líneas posteriores sobre los derechos humanos de los migrantes en México versará —como lo he dicho antes— sobre normas vigentes internacionales (denominadas "convenciones internacionales"), a través de cuya arquitectura serán analizadas normas nacionales.

Una vez obligados por su palabra, los deberes de los Estados —en el sentido enunciado por la Convención— se erigen como prioridad sobre sus atribuciones. Cabe aquí aclarar que esta característica es específica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, pues a diferencia de otros convenios internacionales (*v. gr.* sobre condiciones de comercio y tráfico internacional o de doble tributación) el cumplimiento de los deberes estatales será recíproco entre las partes, pudiendo en caso de incumplimiento seguir la máxima *rebus sic stantibus* y por tanto, no cumplir con sus obligaciones respectivas en razón de que la otra parte no haya cumplido con las propias. Lo anterior —reitero— en materia de derechos humanos, no tiene validez dado que los Estados no poseen excusa alguna para dejar de cumplir con las obligaciones contraídas por ellos mismos, en ejercicio de su soberanía, pues si bien los seres humanos, tienen límites al momento de ejercerlos, esto no significa que el Estado tenga límites legítimos para no permitir o

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

garantizar su ejercicio, si se observa ambas hipótesis se plantean en niveles distintos de la obligación jurídica.

Así pues, tras este largo discurso, podemos extraer como conclusión que el contraargumento esgrimido no resulta válido y por el contrario, que el planteamiento primario de que la norma jurídica internacional de derechos humanos, una vez positivada obliga por este simple hecho al Estado a cumplir con lo pactado, sí resulta adecuado y válido para el presente análisis. Sobre todo porque aquí lo que se pretende es hacer uso de la postura iuspositivista para proteger los derechos humanos positivados por el Estado mexicano en ejercicio de su soberanía, convirtiendo a la positivación en herramienta útil para tal fin. En lo que resta del trabajo se seguirá desarrollando este razonamiento.

III. Derecho internacional de los derechos humanos

1. *Dos caras de una misma moneda: derecho de los derechos fundamentales*

Es momento de recordar la propuesta de Gregorio Peces-Barba para el estudio de los derechos fundamentales articulada en dos niveles discursivos, el primero en sede de filosofía de los derechos fundamentales, y el segundo, técnico y normativo por antonomasia, denominado el derecho de los derechos fundamentales. Antes analizamos el primer nivel, con lo cual obtuvimos una postura de fundamentación para este trabajo, la cual acaba de ser justificada apenas. Ahora es tiempo de analizar el segundo nivel siguiendo la teoría fundamentadora escogida (positivismo) y observando los instrumentos por medio de los cuales realizaremos este trabajo: normas jurídicas vigentes.

El segundo nivel de la teoría propuesta por Peces-Barba tiene una característica muy especial: su doble vertiente; dado que actualmente puede observarse bajo un par de perspectivas que si bien —a fuerza de roce continuo y para un mejor desarrollo de sus capacidades— se complementan multidisciplinariamente[119] aún hoy en día se encuentran separadas técnica y jerárquicamente. Sus ámbitos de validez temporal y espacial difieren, pero ante todo su principal diferencia —a mi juicio— radica en sus vocaciones, una tendente a la territorialización de los derechos y otra al cosmopolitismo, todavía en construcción.

[119] Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados*..., *cit.*, p. 38.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La primera de dichas vertientes se sitúa en la base del derecho público occidental desde hace siglos y disciplinariamente se inserta en el ámbito de estudio del derecho constitucional a través de la constitucionalización de los derechos humanos (trocándolos así a derechos fundamentales) y el segundo, nacido hace menos de cien años, cuya nota preponderante es la universalidad de estos derechos, se inserta en una rama del derecho internacional, específicamente en aquella que protege a la persona humana, bajo la denominación de derecho internacional de los derechos humanos. Es preciso apuntar que el primero se reduce a un nivel nacional cuya validez no puede extenderse allende sus fronteras debido a su pertenencia a un sistema jurídico específico. El segundo, por el contrario goza de características estructurales y me atrevo a decir ontológicas distintas al anterior, no limitadas a un sistema jurídico pero sí al consenso y más aún a la legitimidad de sus postulados, hoy aceptados universalmente.

Con el ánimo de comprenderlas en lo necesario, partamos siguiendo un hilo conductor: la positivación de los derechos humanos. Para tal fin deseo marcar dos momentos históricos de positivación de derechos humanos, temporalmente separados por casi dos siglos de diferencia pero unidos entre sí, el primero como el inicio y el segundo como un momento culminante ambos con relación al desarrollo del derecho de los derechos fundamentales, me refiero a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Ambos instrumentos jurídicos nacen en momentos políticos y culturales específicos, en el primero se buscaba la reivindicación y emancipación del ciudadano poniendo un alto al poder ilimitado del monarca en tanto que para el segundo se deseaba el fin de las guerras que de forma consecutiva azotaran al mundo en general. Lo relevante en un sentido normativo en ambos casos es que la primera dio paso a la positivación de los derechos humanos pero en ámbitos jurídicos espacialmente delimitados (derecho constitucional), en tanto que la segunda abrió la puerta a la internacionalización de los derechos humanos, vistos más allá del limitado concepto de "derechos subjetivos públicos" (derecho internacional de los derechos humanos).

La Declaración de 1789 es, sin dudarlo, la obra máxima de una generación arraigada a un pensamiento político que de tiempo atrás venía gestándose en el continente europeo; tanto el racionalismo, el liberalismo y el contractualismo como doctrina de poder, enunciaban a tambor batiente el derrocamiento de paradigmas absolutistas donde el monarca gobernaba la vida y el alma de su pueblo (*rex in regno suo imperator* y *cuius regio eius religio*) dando paso a que el pueblo se convirtiera en dueño de sus decisiones. En este momento se da el choque de fuerzas entre el *ancienne regime* y el nuevo

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tiempo, de lo cual surgen tanto amalgamas como rupturas irreconciliables. Entre las rupturas se encuentra la desaparición de la sujeción del súbdito al monarca, quien ahora se convierte en ciudadano: hombre libre, pensante y capaz de actuar en conveniencia del colectivo y de sí mismo; bajo estos parámetros nacen los primeros derechos del hombre, la positivación de estas prerrogativas basadas en las cuatro libertades del discurso lockiano, se tradujeron 1) en la razón de ser de las revoluciones europeas, de entre las que destacó la francesa, y 2) en el sustrato de la nueva configuración de un Estado donde el coto ganado al monarca no podía perderse, y justamente la juridificación del discurso revolucionario a la luz de estas libertades ganadas mediante la lucha, se transformó en la esencia del Estado de derecho europeo.

En este mismo tenor, surge el movimiento jurídico cuasi sacralizado de considerar a la ley como la voluntad del pueblo, por tanto inamovible e inmodificable sin la voluntad de aquel, el pueblo entonces inserta sus anhelos en documentos cuyo simbolismo se transforma en el encumbramiento de los textos constitucionales, es en ellos donde el Estado de derecho europeo sienta sus bases jurídicas más sólidas y donde los derechos del hombre y del ciudadano encuentran tierra abonada para desarrollarse, y con esto me refiero, para afincarse en la ideología de los sistemas jurídico-políticos europeos dominantes. Esta temprana constitucionalización de los derechos humanos permitió la construcción de un primer paso hacia lo que sería en su momento el año de 1948 y todo aquello que devendría con su llegada. Sin embargo, el hecho de constitucionalizarles no los hacía efectivos en el mundo sino tan solo en los límites de un sistema jurídico, siempre y cuando fuese conveniente para las posturas ideológicas en turno.

El hecho de la territorialización recién comentada tiene su origen en el ideal westfaliano (Paz de Westfalia 1648) donde las relaciones internacionales se dieron con base en el fortalecimiento de la soberanía, ya no como atributo sin limitantes del príncipe en sede interna sino como "medio de equilibrio entre los soberanos";[120] esto reportó dos consecuencias importantes con relación a los derechos del hombre, en primer lugar el fortalecimiento del Estado nacional en el monopolio de aplicación y consagración de derechos del hombre, y segundo, la no intervención de otros Estados nacionales en estos menesteres; dicho de otra forma, se concibió a la soberanía como la no intervención de los miembros de la comunidad internacional en asuntos de

[120] Müller Uhlenbrock, Claus, "Del *ius publicum europeaeum* a la gobernabilidad global. Estrategias, fases y fundamentos de la juridificación", en Becerra Ramírez *et al.*, (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales,* México, UNAM, 2008, p. 17.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

calidad doméstica (*domaine reservé*).[121] Es Westfalia la que convierte a los Estados en "mónadas leibzianas"[122] separadas entre sí en la aplicación de sus leyes internas, con la excepción de aquellas esferas de acción común, sobre todo enfocadas a la regulación de la guerra (como derecho y como procedimiento) y al logro de una paz posterior.[123]

Pasados los siglos, la soberanía continuaba como nota preponderante en las relaciones internacionales. Ya en el siglo XX durante el periodo de entreguerras, preámbulo de 1948, se concretó el Pacto de Briand-Kellogg de 1928 con el cual se condenó la guerra en el mundo, pero para efectos de nuestro discurso, la positivación de los derechos del hombre seguía correspondiendo a los Estados en su esfera individual. A pesar de lo anterior Briand Kellog supuso la primera piedra de lo que modernamente concluiría siendo un sistema universal de protección a derechos humanos, por el castigo que hiciera de la guerra como herramienta de dominación (lo que deviene en la obvia protección de los sujetos dentro de la jurisdicción de los Estados, al momento del conflicto armado). Sin embargo, fue necesaria otra guerra para que la protección de los derechos humanos, brincara el valladar de la soberanía interna para llegar al derecho internacional de los derechos humanos.

En 1948, el mundo observa una de las muestras más crudas y tangibles de que el hombre es en efecto el lobo del hombre. Es entonces cuando el respeto a la dignidad humana se encumbra como necesidad excepcional para la comunidad de Estados y cuando los derechos humanos —ligados íntimamente a ese término— ven la luz modernamente a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En este sentido el "movimiento en torno a los derechos va a ir acompañado de una superación del concepto mismo de soberanía. Ésta va a ser relativizada, admitiéndose así límites al derecho interno que van a derivar de compromisos internacionales y de principios universales que van a ser aceptados por los Estados".[124] En este sentido se legitima el hecho "de que no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos",[125] su implicación más

121 Herdeggen, Matthias, *Derecho internacional público*, México, UNAM, 2005, p. 44.

122 Velasco, Juan Carlos, *Dejando atrás las fronteras. Las políticas migratorias ante las exigencias de la justicia global*, *cit.*, p. 598.

123 *Idem.*

124 Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados...*, *cit.*, p. 39.

125 Bustamante, Jorge, "La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales", en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 124.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

importante fue la de justificar jurídicamente la intervención o injerencia de la comunidad internacional en aquellos asuntos "internos" asociados a la violación sistemática de los derechos humanos. Es en esta coyuntura donde surge la Declaración de 1948 como base del sistema universal de protección a derechos humanos, y donde los Estados pierden el monopolio en la juridificación de esta materia, sobre todo porque se erige la necesidad de proteger a la persona humana internacionalmente, sobre la jerarquía de los Estados nacionales, como una condición *sine qua non* para la obtención de la paz y la seguridad en el planeta.[126]

Desde ese momento y con posterioridad, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional llevan a cabo una labor conjunta en la protección de la persona humana, el primero a través de una protección más amplia, interestatal, de los derechos humanos mediante la creación de normas jurídicas vinculantes, así como a través de organismos internacionales e incluso tribunales creados *ex profeso* para tal fin; en tanto que el segundo armoniza el sistema jurídico interno con relación al segundo, dándole a la vertiente internacional carta de naturalización mediante su jerarquización interna de acuerdo a cuatro fórmulas:[127] *a*) *supraconstitucional*, *b*) *constitucional*, *c*) *supra-legal* o *d*) *legal*, en virtud de lo que la Constitución ordene en el sistema jurídico interno. A pesar de lo anterior, el hecho de la armonización que haga o incluso no llegue a hacer el Estado con relación al derecho internacional de los derechos humanos no determina el cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas a través del consenso internacional, esto es que desde la perspectiva del derecho internacional, el Estado que se haya obligado al cumplimiento de las obligaciones asumidas en tratados de derechos humanos, independientemente de la jerarquía que éstos ostenten en el derecho interno, debe acatarlas.[128]

El anterior comentario se encuentra en franca relación con lo argumentado en el apartado denominado colofón, sobre la obligación del Estado de cumplir obligaciones internacionales; sin embargo, y siguiendo con el programa planteado, con el fin de obtener mayor claridad conforme se lea este trabajo, considero que es el momento idóneo para explicar en qué consiste el derecho internacional de los derechos humanos.

126 Nikken, Pedro, "El derecho internacional de los derechos humanos", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* Venezuela, Universidad Central de Venezuela, 1989, p. 18.

127 Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados...*, *cit.,* p. 39.

128 *Ibidem,* p. 40.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

2. *La otra cara de la moneda: el derecho internacional de los derechos humanos*

Ya que hemos comentado aspectos relevantes de ambas vertientes (teoría dualista Peces-Barba) considero que es el momento idóneo para abocarnos al estudio del derecho internacional de los derechos humanos, y más específicamente al de su rama convencional, dado que la mayor parte del análisis que se hará a lo largo de esta tesis será sobre tratados internacionales relativos a derechos humanos. Sin embargo, antes de iniciar deseo hacer una salvedad terminológica. Tanto las convenciones internacionales que enuncia el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional como el término de tratado internacional, se refieren al mismo objeto, es decir un *instrumento jurídico surgido a partir del consenso internacional, celebrado por escrito y regido por el derecho internacional*. La diferencia, quizá, radica en que el primer término se encuentra en el mencionado artículo —considerado como la fuente de las fuentes del derecho internacional público— en tanto que el término tratado se encuentra en el artículo 2o. de la Convención de Viena de 1969 analizada en lo necesario, más adelante. Con independencia de lo anterior, ambos términos son útiles para el desarrollo de este trabajo, porque como lo reconoce la Convención de Viena, sin importar cuál sea su denominación particular, un tratado es un instrumento jurídico surgido a partir del acuerdo internacional y regido por el derecho internacional, por tal motivo desde ahora utilizaremos ambos términos indiscriminadamente para designar el mismo objeto.

Aclarado el punto, comencemos por decir que el derecho internacional de los derechos humanos es una rama especializada del derecho internacional público, cuya validez no radica en el consenso internacional, en el respeto a la soberanía o en la reciprocidad entre partes iguales[129] (Estados), sino en la legitimidad de sus postulados y en la necesidad de su validez universal para garantizar un mínimo básico de protección al género humano. En tal orden de ideas, a diferencia del derecho internacional público clásico que regula las relaciones jurídicas entre los Estados siendo estos sus sujetos y principales destinatarios. Para esta rama especializada sus sujetos y *directos destinatarios*[130] son los seres humanos; esto redunda en su protección a través

[129] Herdeggen, Matthias, *Derecho internacional público, cit.*, pp. 1-14.

[130] Dicho término responde a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que son los seres humanos, sin necesidad de intermediarios, acuerdos, declaraciones de voluntad o cualquier otro medio, sujetos y por tanto beneficiarios de los derechos humanos reconocidos en tratados y en otras fuentes de derecho internacional de los derechos humanos. Lo anterior básicamente surge de una interpretación sistemática del párrafo 77 del Informe núm. 47/96 del Caso 11.463, CIDH,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de sus fuentes, y en la búsqueda de su garantía —por parte del Estado— a través de los organismos internacionales creados *ex profeso* para tal fin, ya en sede regional (OEA, Corte IDH, CIDH) o en sede universal (ONU, CIJ, CorPI).

Visto lo anterior, resulta prudente abordar lo relativo a sus fuentes. Pedro Nikken comenta sobre este tema lo siguiente:

> El derecho internacional de los derechos humanos es, en general, de fuente convencional. Aún [sic] cuando alguna doctrina ha sostenido que ciertas normas jurídicas internacionales han cristalizado como derecho consuetudinario o constituyen principios generales del derecho o hasta parte integrante del *ius cogens*.[131]

De lo anterior podemos concluir que existen fuentes de derecho convencional (convenciones internacionales), fuentes consuetudinarias y fuentes de *ius cogens*, así como aquellas que Daniel O'Donnell denomina "instrumentos no contractuales" que si bien no son fuente de obligaciones para el Estado en un sentido tradicional "sí se refieren al contenido de ciertas reglas y directrices que incumben al Estado al momento de proteger y garantizar derechos humanos",[132] tal es el caso de recomendaciones, observaciones u opiniones de organismos y cortes internacionales, declaraciones, reglas, protocolos, etcétera; todo lo anterior forma el "*corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos".[133] En el presente trabajo nos abocaremos al estudio de las primeras fuentes, sin embargo, no está por demás mencionar de forma superficial algo relacionado a las relativas al derecho consuetudinario y al *ius cogens*.

En lo relativo a erigir derechos humanos como normas de derecho consuetudinario Fix-Zamudio comienza por marcar una cercanía entre el dere-

"Víctimas del Barco Remolcador 13 de marzo *vs*. Cuba", del 16 de octubre de 1996, en *http://www.cidh.oas.o rg/annualrep/96span/Cuba11436.htm.*

131 Nikken, Pedro, *El derecho internacional de los derechos humanos*, *cit.,* pp. 21 y 23.

132 O´Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Colombia, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos, 2004, p. 58.

133 Este concepto es una construcción que la Corte Interamericana hace en su opinión consultiva 16/1999; en su párrafo 115 afirma que se encuentra formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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. 115.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cho convencional y el consuetudinario afirmando que su relación es "cada día más compleja y más delicada",[134] lo anterior debido a que una regla inserta en un tratado, puede, llegado el caso, constituir precedente que a su vez propicie que se genere una regla consuetudinaria por la unión de la práctica reiterada... aparejada a una *opinio iuris* concordante y simultánea.[135] Para que la primera se observe en la comunidad internacional no puede partirse de un elemento psicológico —imposible de valorar en un Estado— sino en la conformación de una *communis opinio juris,* esto es un criterio concordante que se presentará como un acuerdo, aunque no de voluntades —dice Fix-Zamudio siguiendo a Haggemmacher— sino a partir de una armonía de concepciones que no pueden reducirse a un consentimiento de orden convencional.[136] O dicho de otro modo, como una orientación proporcionada a los Estados para la puesta en marcha de los derechos humanos.[137]

Con lo anterior puede verse que la costumbre bajo los parámetros de la *inveterata consuetudo et opinio ius sive necessitatis* se erige vigente en materia de derechos humanos por la armonía universal —*concordata ómnium* dice Fix-Zamudio— alcanzada en torno al criterio de la importancia que su ejercicio y respeto reportan para sustentar la paz en el mundo. Desde luego que lo anterior no es absoluto y mucho menos de corte puramente teórico pues en la práctica puede reportar fallas. Tanto Nikken[138] como Fix-Zamudio[139] observan que el derecho consuetudinario tiene dos talones de Aquiles, el primero es que por más pulida que sea la regla y por más valiosos que sean sus contenidos si no se da la acción reiterada por parte de los sujetos obligados la costumbre no surge a la vida jurídica, así mismo puede darse que previo acuerdo los Estados decidan hacer uso exclusivamente de aquellas normas que son afines a sus intereses con lo que aquellas contrarias a sus pretensiones pueden verse nulificadas por falta de práctica, o por otra costumbre que la contrapuntee.

134 Fix-Zamudio, Héctor, "Naturaleza de los derechos humanos y su validez en derecho internacional consuetudinario", en Gómez-Robledo, Alonso, *Derecho internacional. Temas selectos*, 5a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 648.

135 *Idem.*

136 Fix-Zamudio, Héctor, "Naturaleza de los derechos humanos y su validez en derecho internacional consuetudinario", *cit.,* p. 655.

137 O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos*…, *cit.,* p. 66.

138 Nikken, Pedro, *El derecho internacional de los derechos humanos*, *cit.*,p. 21.

139 Fix-Zamudio, Héctor, "Naturaleza de los derechos humanos y su validez en derecho internacional consuetudinario", *cit.,* p. 660.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Por cuanto hace a nuestro discurso sobre el derecho internacional de los derechos humanos desde su *vis* consuetudinaria podemos decir, siguiendo a Herdeggen, que "los derechos humanos han logrado tener validez en el derecho consuetudinario, en una magnitud importante".[140] Sobre todo porque es notoria una imbricación entre las fuentes de derecho convencional y las de derecho consuetudinario, como claramente explican O´Donell y Fix-Zamudio;[141] el primero comenta que un Estado "puede codificar normas consuetudinarias existentes o reconocer normas de derecho consuetudinario en vías de formación acelerando así el proceso de vinculatoriedad de esa norma, o puede incluso servir su reconocimiento como punto de partida para un proceso de formación de una nueva norma consuetudinaria",[142] incluso afirma que "en la actualidad, gran parte del derecho internacional consuetudinario ha sido codificado, sobre todo en el campo del derecho internacional de los derechos humanos",[143] el segundo afirma que el Estado que no se haya obligado a través de una norma de derecho convencional a respetar un derecho humano, sí puede resultar obligado, en la práctica, por otra norma jurídica, pero de derecho consuetudinario, que sea vinculante más allá del terreno del consenso. Un clásico ejemplo de lo anterior, son gran cantidad de normas de derecho internacional humanitario, primo hermano del que aquí estudiamos.

Ahora bien, en lo relativo a las fuentes de *ius cogens*, seguiremos a Gómez-Robledo, quien marca una relación necesaria entre éste y los derechos humanos al decir que aquellos, por su necesaria inderogabilidad, pertenecen a las normas imperativas de derecho internacional (*iure cogenti*).[144] Sin embargo, no es tan sencillo delimitar hasta qué punto se da la relación entre ambos complejos normativos y más aún si todos los derechos humanos forman parte del *ius cogens*, para tal fin sigue nuestro autor a Erik Suy, quien marca tres métodos, de cuya posterior aplicación, puede saberse qué derechos humanos son *ius cogenti* y no de derecho dispositivo, es decir, normas surgidas a través del acuerdo de las partes de cuya vigencia y vinculatoriedad pueden disponer las mismas bajo determinadas condiciones y momentos. Aplican-

140 Herdeggen, Matthias, *Derecho internacional público, cit.,* p. 43.

141 Fix-Zamudio, Héctor, "Naturaleza de los derechos humanos y su validez en derecho internacional consuetudinario", *cit.,* pp. 657-661.

142 O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos*…, *cit.,* pp. 66 y 68.

143 *Ibidem,* p. 71.

144 Gómez Robledo, Alonso, *El ius cogens internacional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 168.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

do el método de Suy y a la luz del derecho convencional[145] Gómez-Robledo concluye que existen instrumentos convencionales así como derechos humanos que por su propia naturaleza no deben ser derogados (*v. gr.* la Declaración Universal de 1948, el derecho a la vida), los cuales independientemente de su positivación valen para ser aplicados por los Estados, estando prohibida su modificación o derogación siguiendo intereses particulares o momentáneos. El *ius cogens* entonces, erige a diversos derechos humanos como principios fundamentales para mantener un estado armonioso de respeto a la persona humana que redunde en un estado de paz y desarrollo; teniendo que gozar de generalidad para poder tutelar ampliamente una esfera de protección independiente del derecho escrito. Tal es el valor del *ius cogens* que se erige como una fuente jurídica actual y valiosa —como lo reconoce la Convención de Viena de 1969— pero que de preferencia se utiliza cuando el derecho escrito o la costumbre no satisfacen la necesidad de protección.

Aclarado el punto anterior, es momento de abordar la rama convencional del derecho internacional de los derechos humanos. Ya hemos visto que el objeto de esta rama del derecho internacional no es otro más que la protección de la persona humana a través del derecho escrito, por lo que, para abocarnos a lo largo de las siguientes líneas en el análisis de uno de estos instrumentos (Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias), necesitamos conocer cuáles son sus características distintivas. Para tal fin veremos en lo necesario la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 1969) así como criterios doctrinarios y jurisprudenciales.

Sin embargo, deseo que, antes de pasar a la Convención de Viena, comencemos por definir cuando estamos en presencia de un tratado de derechos humanos, quizá sea reiterativo pero considero que el fin deseado justifica el ejercicio. La salvedad que marca la diferencia entre los instrumentos convencionales relativos a los derechos humanos y los tratados tradicionales es que, a diferencia de los segundos, aquellos "son un medio para el establecimiento de un orden público común, cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios".[146]

Habida cuenta de lo anterior, es lógico que pueda surgir la pregunta ¿cómo saber con exactitud cuando un tratado es de derechos humanos y cuando no? Dado que existen instrumentos internacionales que no abocados a su estudio y protección los tutelan en algunas de sus partes, ¿estos

145 *Ibidem*, pp. 168-170.

146 Nikken, Pedro, *El derecho internacional de los derechos humanos, cit.*, p. 20.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

serían en puridad tratados de derechos humanos? Pues bien, un tratado se entiende que es relativo a derechos humanos cuando afecta o interesa a la protección de éstos.[147] Ello es cuando en definitiva su objeto y propósito es el reconocimiento y la protección de los derechos de la persona humana; para lo cual es fundamental ver el tratado en su conjunto, al momento de interpretarlo, claro está bajo las reglas estatuidas en la Convención de Viena de 1969 (buena fe, interpretación literal del clausulado, contexto, etcétera). En un sentido distinto, pero relacionado al párrafo anterior, la Corte IDH en la opinión consultiva OC-2/82 dice que la diferencia fundamental entre los tratados de derechos humanos y demás instrumentos de derecho convencional de tipo multilateral es que los primeros:

> No son concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objetivo y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad. Al aprobar estos tratados, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.[148]

Lo anterior deja muy claro que un tratado es de derechos humanos cuando les protege de forma explícita, siguiendo además para tal fin la interpretación del tratado y cuando los Estados no se obligan recíprocamente entre sí, sino en relación con la protección del género humano. Considero que luego de esto, podemos pasar a la Convención de Viena.

La Convención de Viena de 1969, codificó, desde su entrada en vigor los procedimientos, instituciones y relaciones entre los Estados al momento de darle vida a un tratado internacional; si bien su vocación no se limita únicamente a los que aquí nos interesan (relativos a derechos humanos) sino por el contrario al derecho internacional en general; a pesar de lo anterior, por conjugarse en ella elementos jurídicos fundamentales para comprender la prosecución de un tratado internacional con independencia de la materia que regule, resulta necesario ver algunas de sus esencialidades para que en seguida pasemos a las características de los tratados internacionales relativos a derechos humanos, lo anterior únicamente con un ánimo clarificador, dado que no podemos perder de vista —sobre todo por

147 Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados*..., *cit.*, p. 50.

148 Corte IDH, El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982, párr. 29.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la fundamentación de estas tesis— que los tratados de derechos humanos, son una especie de norma positiva con peculiaridades jurídicas específicas, reguladas ya por la Convención, por la jurisprudencia internacional, o por la misma arquitectura de los tratados. Por tanto veremos de la Convención lo siguiente:

1) *Capacidad estatal para obligarse al tratado:* en su artículo 6o. reconoce que todos los Estados pueden celebrar tratados, siendo la Convención el *corpus iuris* atinente para regular dichas relaciones, así mismo en su artículo 5o. (he aquí lo sustancial para nuestro estudio) la Convención afirma que será aplicada de igual forma a los tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional, como es la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (ONU, 1990). Por tanto, las obligaciones que enuncia la Convención en materia de interpretación, y aplicación de sí misma también se encuadran, en lo necesario, a los tratados sobre derechos humanos en el ámbito de la ONU.
2) *Manifestación de obligación del Estado:* visto lo anterior, la Convención en su artículo 11 enuncia las formas de manifestación del consentimiento por parte del Estado que sea parte en el tratado (ya sea entre Estados o en el ámbito de algún organismo internacional); con ellas el tratado entra en vigor en el Estado parte. Aquí nos interesa la ratificación (artículo 14) pues México, por mandato constitucional, para convertirse en Estado parte en un tratado, necesita de la ratificación del Senado. México ya ratificó la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias recién mencionada.
3) *Cumplimiento de lo pactado por parte del Estado:* la Convención reconoce en su artículo 26 que la observancia de los tratados se rige bajo la máxima *pacta sunt servanda,* esto es, una vez parte del tratado el Estado debe cumplir con lo pactado por él en uso de su libre consentimiento. Máxime cuando el tratado es relativo a derechos humanos, pues como se dijera antes la obligación no tiene su correlato en el desenvolvimiento de otro Estado, sino en su inexcusable cumplimiento a partir de la garantía y la protección que se les dé a los seres humanos dentro de su jurisdicción.
4) *Interpretación del tratado internacional:* la Convención afirma, en su artículo 31, que la interpretación de los tratados deberá hacerse: *a*) de buena fe, *b*) siguiendo el objeto, contexto y fin del tratado, y *c*) buscando no afectar en derechos a los Estados partes; esta última parte no puede a

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

su vez interpretarse en el mismo sentido para un tratado relativo a derechos humanos, pues como se dijera antes la intención no es procurar la reciprocidad en las relaciones internacionales sino la protección de derechos humanos.

5) *No justificación legítima para incumplir con el Tratado, escudándose en el derecho interno:* la Convención estatuye en su artículo 27 que ninguna parte podrá invocar su derecho interno como justificación para incumplir con las obligaciones del tratado, esto se encuentra en plena relación con la imbricación entre las dos vertientes del derecho de los derechos fundamentales, pues debe existir una armonización entre ambos niveles normativos para cumplir con lo pactado en el tratado, de forma especial, cuando se trata de derechos humanos.

Pudiera pensarse que se quedó mucho en el tintero a la hora de describir la Convención de Viena (reserva, irretroactividad de la Convención, denuncia, terminación del tratado, etcétera), sin embargo, decidí destacar únicamente estos cinco puntos con el fin de observar las características esenciales de los tratados relativos a derechos humanos, con relación a ellas. En este sentido, si bien los Estados regirán su comportamiento con relación al tratado de derechos humanos siguiendo la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, en lo sustancial, no podrán crear reservas o solicitar la terminación del tratado, ni hacer una denuncia del tratado cuando éste se contraponga a su derecho interno como lo reconoce la mencionada Convención, pues la naturaleza del propio tratado no lo permite.

Esto último da puerta para observar otra característica de los tratados de derechos humanos, ligada a la imposible justificación de obediencia al tratado esgrimiendo el derecho interno, la *autoejecutividad*. En este sentido, al ser los seres humanos los *directos destinatarios* de los tratados de derechos humanos, y los Estados los correlativos obligados ante la comunidad internacional y sus órganos atinentes de respetarles, los primeros tienen la posibilidad de exigir su respeto y garantía sin que medie procedimiento o recurso legislativo en el ámbito interno para que puedan dolerse de su violación, con lo cual el Estado parte en el tratado no tiene justificación para esgrimir su derecho interno al momento de incumplir con el tratado, dado que con independencia de aquel, el ser humano vulnerado tiene la capacidad para reclamarlos ante sede internacional, esto con algunas condiciones claro está (*v. gr*. artículo 44 de la Convención Interamericana).

Así pues, a diferencia de otros tratados que pueden someterse expresamente por los Estados parte al desarrollo de acuerdos posteriores o a medidas legislativas en el orden interno para ser cumplidos, los tratados de

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

derechos humanos no necesitan de tal medida para ser aplicados inmediatamente frente al Estado respectivo. Lo anterior da entrada a dos distintas hipótesis sobre la autoejecutividad: 1) el carácter de autoejecutividad de los tratados de derechos humanos en particular, consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno, sin necesidad de exigir su desarrollo legislativo previo, y 2) que "en materia de derechos humanos se ha concluido a favor de la admisión de una presunción a favor de la autoejecución o autoaplicabilidad de las normas sustantivas contenidas en los tratados respectivos, excepto si contienen una estipulación expresa de su ejecución por medio de leyes subsecuentes, que condicionen enteramente el cumplimiento de las obligaciones contraídas".[149]

Aunado a todo lo anterior, respecto a la forma de interpretación de los tratados internacionales, en materia de derechos humanos, veremos otra de sus características, el *principio pro hominis,* utilizado y reconocido por tribunales internacionales. Se basa en la elección de la norma más favorable a las personas al momento de proteger derechos humanos o de aplicar normas cuya correcta o incorrecta prosecución pueda afectar al ser humano en su esfera de derechos fundamentales. Esto contribuye a minimizar las posibilidades de conflictos entre instrumentos legales, así como una mayor coordinación entre ellos.[150] Así mismo, en materia de derechos humanos, destaca su característica *inderogabilidad,* ya que la terminación o suspensión de un tratado por determinación de una de las partes, siguiendo la cláusula de *rebus sic stantibus* aplicable para los tratados internacionales tradicionales, no es aplicable según el artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados".[151] Como puede verse con lo anterior es la propia Convención la que marca una diferencia sustancial entre el derecho de los tratados y la rama convencional del derecho internacional de los derechos humanos, al decir que no son normas de derecho dispositivo aquellas en las que los Estados de *motu propio* tutelan derechos humanos, sino por el contrario éstas rebasan dicho nivel consensual para ser inderogables en virtud de su importancia para el fortalecimiento de la paz y la dignidad humana.

149 Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados...*, *cit.,* pp. 84 y 85.

150 Nikken, Pedro, *El derecho internacional de los derechos humanos, cit.,* p. 24.

151 *Ibidem,* p. 20.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Capítulo segundo

MÉXICO, SU LEY Y LA CONVENCIÓN

I. Antes y después de la CIPDTM

Es momento propicio para comenzar el análisis de la Convención con base en el cual se sustentará aquel que vendrá con posterioridad sobre la parte atinente del marco jurídico mexicano relacionado al tema migratorio. Este apartado tiene una intención de remembranza enunciativa intentando a través de una descripción cronológica situar a la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (CIPDTM), como el instrumento jurídico básico —más relevante actualmente— para la protección de los derechos humanos de este grupo vulnerable,[152] en el mundo.

Así pues, para dar inicio a la construcción de este apartado conviene tener en mente lo siguiente: en primer lugar el hecho de su origen, de indiscutible relevancia al analizarle como parte de una esfera normativa internacional ligada así a un criterio jerárquico de fuentes de derecho formal (como en otros apartados se verá). Y en segundo lugar el hecho de su paulatino desarrollo en el ámbito universal. Respecto a su origen en razón de que surge a partir de un instrumento consensado entre la Organización de las Naciones

[152] En la presente investigación se entenderá por grupo vulnerable aquel cuyos integrantes, en virtud de su género, nacionalidad, raza, condición económica, social, laboral, cultural, étnica, lingüística, cronológica y funcional, ven limitado su acceso a las oportunidades de desarrollo que una sociedad ofrece. Esta omisión o precariedad incide en el aumento o disminución de la capacidad que estas personas gozan para manejar, resistir y recuperarse a los impactos del daño en su entorno, ello redunda indefectiblemente en el ejercicio de sus derechos humanos. Para ofrecer este concepto se abrevó de González Galván, Jorge Alberto *et al.*, "La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario", en Valadés, Diego *et al.*, *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. III, *Derechos humanos*, México, UNAM, 2001, p. 227; Giddens, Anthony, "Sociedad de riesgo, el contexto de la política británica", *Estudios Demográficos y Urbanos,* Colegio de México, 1998, pp. 521-523; Pardo, Marcia, R*eseña de programas sociales para la superación de la pobreza en América Latina*, Chile, CEPAL, 2003, pp. 11 y 12.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

y sus Estados miembros, bajo la forma de Convención y no tan solo de Resolución, lo que reporta obligatoriedad a su contenido, y por cuanto hace a lo segundo, ligado a lo recién vertido, cabe recordar que la Convención que analizamos nace apenas hace 21 años, por lo que pudiera pensarse que pasaron casi 50 años —si tomamos como parámetro de inicio el año 1945 cuando se forma la Organización en Breton Woods— para que el sistema universal protegiera a través de un instrumento específico y vinculante los derechos humanos de los migrantes. Sin embargo, a lo largo de todo aquel devenir histórico surgen numerosas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que abordan el tema de la migración incidiendo en el desarrollo normativo del tema.

En tal orden de ideas, resulta relevante la opinión que la propia Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas tiene sobre la Convención al decir que ella "es la culminación de muchos años de debates, informes y recomendaciones sobre la cuestión de los derechos humanos de los migrantes".[153] En este sentido, es importante no perder de vista que dichas opiniones han provenido de gran parte de las organizaciones insertas dentro del ámbito de Naciones Unidas como por ejemplo el Consejo Económico y Social, parte neurálgica en la promoción de los derechos humanos económicos, sociales y culturales[154] (ECOSOC); así como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Sin embargo, para economizar ideas cuyo desbordamiento puede incluso afectar nuestra comprensión del tema expuesto, únicamente tomaremos en cuenta lo sucedido dentro del seno de la Asamblea General de Naciones Unidas, bajo la forma de convenciones (que de acuerdo a la sintaxis de la Convención de Viena de 1969 son tratados internacionales)[155] y declaraciones (una forma solemne de resolución general sin efectos vinculantes) buscando observar con ello la concreción en el tiempo del instrumento.

Esto último por dos razones: una de fondo y otra atinente a la metodología de esta investigación; la primera porque la Convención nace desde

153 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Folleto Informativo,* núm. 24, "La Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité, Naciones Unidas, Ginebra Suiza, mayo de 2006, p. 2.

154 Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público,* 3a. ed., México, Oxford University Press, 2004, pp. 285-290.

155 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, artículo 2o., inciso *a* se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

el seno de la Asamblea General y no hay mejor modo para comprobar su importancia en el sistema universal que otear el devenir de aquella para comprender el desarrollo embrionario del instrumento antes de 1990. En lo relativo a la metodología considero que la sola labor de analizar todas y cada una de las resoluciones, opiniones o convenios del Consejo Económico y Social, de la UNESCO, la Organización Internacional del Trabajo y otros organismos subsidiarios de la ONU que han tratado el tema en múltiples ocasiones merece *per se* un tratamiento aparte por la envergadura que representa llevar a cabo semejante empresa y porque además, para el caso nuestro, su extensión rebasaría por mucho e incluso enturbiaría los objetivos de este trabajo. Por lo anterior tomemos como fecha de inicio de 1948 dentro del seno de la Asamblea General de Naciones Unidas, año a partir del cual podemos observar muestras esporádicas y no muy consumadas respecto al tratamiento del tema de la migración económica irregular.

Así pues, debemos comenzar por la Carta Internacional de los Derechos del Hombre,[156] mejor conocida como Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 13 recoge el derecho humano a migrar, pero desafortunadamente no en un sentido integral que comprenda la totalidad del proceso migratorio (salida, tránsito, ingreso y retorno) sino que tutela exclusivamente la parte relativa a la emigración y al retorno, por lo que tanto el tránsito como la inmigración no gozan del mismo estatus legitimado. En relación con ellos el artículo 29, inciso 2, afirma que:

> En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley… con el único fin de asegurar el respeto de los derechos de los demás, y de… satisfacer las justas exigencias del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.[157]

Con esto se pone de manifiesto que la declaración de París del 48 no protege al hombre que inmigra o migra transitoriamente de forma irregular, dado que con lo anterior se legitima a los Estados para crear e implementar políticas migratorias restrictivas argumentando que éstas son en virtud de la necesidad de mantener el orden público y el bienestar de su población. Como puede verse, este artículo 13 si bien fue un avance importante —aun cuando incipiente— por encontrarse inserto donde se encuentra, no ha representado el avance que internacionalmente representará, más de cuatro

156 Resolución de la 183a. sesión plenaria de Asamblea General de Naciones Unidas 217 (III) del 10 de diciembre de 1948.

157 *Idem.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

décadas después, la Convención. No está por demás comentar que —como bien refiere García Ramírez citando a Castañeda de la Rosa— "muchas de sus disposiciones se consideran ahora parte del derecho internacional general, sea como normas consuetudinarias, sea como principios generales del derecho de gentes",[158] del cual "derivarían sendos tratados en los que se refleja la evolución histórica de los derechos humanos".[159]

El hito histórico y jurídico recién analizado, dio paso al Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena[160] de 1949, ratificado por México el 21 de febrero de 1956;[161] en éste se considera "que la trata de personas para fines de prostitución, es incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana".[162] Si bien esto denota un tratamiento particular a lo que se concibe como una de las consecuencias más nefastas de las dinámicas migratorias irregulares en la actualidad, no debemos perder de vista que en la Convención se tocan de forma subyacente algunos puntos relativos a la migración económica irregular vista como mecanismo pivotal de la trata de personas, sin embargo, no se le analiza de forma profunda. Aún con lo anterior, se menciona la necesidad de protección en igualdad de condiciones para migrantes y ciudadanos,[163] la obligación del Estado es combatir la prostitución y la trata en relación con la inmigración y a la emigración por causas laborales,[164] así como la vulnerabilidad que sufren los niños y las mujeres migrantes caídos en la trata.[165]

Luego en 1950 nace el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados,[166] en el que se solicita el apoyo de los gobiernos del mundo para permitir que la figura del refugiado fuese

158 García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006, p. 16.

159 *Ibidem*, pp. 16 y 17.

160 Resolución de la 243 sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 317 (V) del 17 de noviembre de 1949.

161 El tratado junto con la nómina de Estados partes en él, por fecha de firma y ratificación se encuentra en la página electrónica de la colección de tratados de Naciones Unidas, en *http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7&lang=en.*

162 *Ibidem*, considerando 1o.

163 *Ibidem,* artículo 5o.

164 *Ibidem,* artículo 17.

165 *Ibidem,* artículo 20.

166 Resolución de la 325a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 428 (V) del 14 de diciembre de 1950.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

totalmente protegida a través de la búsqueda de la paz y la cooperación internacional.[167] En él se dan los criterios operativos para el alto comisionado, se difunden algunos aspectos elementales sobre la institución del refugio para la comunidad internacional dentro de Naciones Unidas pero, en rasgos generales, se aborda el tema de la migración desde su *vis* política, legitimándola por ser efecto de la convulsa situación mundial de aquel entonces donde se fortalecían más los movimientos anticolonialistas en Asia y África y donde miles de personas continuaban saliendo de los países devastados por la Segunda Guerra Mundial.

A continuación llega 1959 con la Declaración de los Derechos del Niño.[168] Con relación al tema migratorio, apenas se menciona en su principio 3o. el derecho del niño a un nombre y nacionalidad, en tanto que dentro del 10 se menciona que el niño "debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole"; entiéndase que ambos se imbrican en lo relativo a que la discriminación tampoco podrá darse por el lugar de origen del infante. Esto efectivamente se relaciona con la migración irregular económica por el problema cada día más agravado de los menores no acompañados que cruzan fronteras para trabajar o seguir a sus padres radicados en el extranjero. Sin embargo, cuando se lee la totalidad de la declaración se observa que se promueve la protección del niño en ámbitos nacionales, dejando un tanto en el limbo a los niños migrantes.

De ahí pasamos a 1963 con la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.[169] En ella primordialmente se da inicio al esbozo del derecho a la autodeterminación de los pueblos. Recordemos que en esa década el colonialismo se batía en retirada y se inició la democratización (supuesta o incluso fingida) en diversos países africanos; así pues esta declaración solemne iniciaba el largo camino a la liberación de pueblos sometidos mediante su posicionamiento en pie de igualdad ante las potencias coloniales, formando dicho balance a través de la protección contra cualquier tipo de discriminación racial vulneradora del elemento humano que les conforma; es decir, se busca la no discriminación entre países partiendo de la no discriminación entre seres humanos.

[167] Considerandos 1, 2 y 4 de la Resolución de la 325a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 428 (V) del 14 de diciembre de 1950.

[168] Resolución de la 841a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959.

[169] Resolución de la 1261a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1904 (XVIII) del 20 de noviembre de 1963.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En lo relativo a la migración puede decirse que enuncia la necesidad de desarrollo y cooperación internacional, así como el estímulo al respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales con el único fin de lograr que todos los seres humanos nazcan y crezcan con iguales derechos y libertades. Esto último se une más al tema migratorio cuando se lee a la luz de los artículos 3o. y 7o. de la declaración, el primero afirma la pertenencia de derechos humanos tales como a la vivienda, la salud, la educación y el trabajo para toda la humanidad, el segundo aborda, en el mismo sentido, el derecho humano al debido proceso y a la protección del Estado. Lo anterior goza de gran relevancia para nuestro estudio porque en tanto se garantizaran los derechos anteriores en el país de origen no habría necesidad de iniciar el periplo para el migrante económico irregular en condiciones de precariedad y peligro. Sin embargo, la declaración no toca de forma explícita tal tema, y esto no es inusual si se toma en cuenta que el móvil de su creación responde al ánimo (anotado antes) de plantear la emancipación de los pueblos desde una plataforma de igualdad jurídica y no a la protección del migrante.

Así, pasaríamos a 1965, con el instrumento convencional que surge a partir de la anterior declaración, denominado Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.[170] En lo sustancial no se separa de lo contenido en su predecesora pues tan solo puntualiza, a través de la redacción, lo ya establecido. Sin embargo, dicho instrumento a diferencia de la declaración sí es vinculante y no sólo interpretativo, de hecho México lo ratifica el 20 de febrero de 1975. Aun con esto, regresamos al mismo punto de partida: el instrumento no aborda el tema de la migración sino el de la autodeterminación, tema que si bien se encuentra relacionado con aquel en lo relativo a que los altos costos sociales provocados por las guerras civiles y la explotación de las potencias coloniales provoca diásporas, pareciera que dicho fenómeno no se evidenciaba como parte de la agenda internacional, o no al menos en la misma magnitud que el primero.

Al año siguiente nacen dos instrumentos internacionales causantes de una transformación importante sobre la concepción y garantía de los derechos humanos en el mundo. Me refiero a los dos Pactos del 66,[171] el primero sobre derechos humanos civiles y políticos (PIDCP) y el segundo sobre derechos humanos económicos, sociales y culturales (PIDESC). México ratifica

[170] Resolución de la 1406a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2106 (XX) del 21 de diciembre de 1965.

[171] Resolución de la 1496a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ambos documentos el 23 de marzo de 1981. En lo relativo a la migración internacional el primero afirma que:

> Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio... los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de... origen nacional o social...[172]

Esto podría hacernos pensar que el elemento "frontera" no sería un obstáculo para la protección de derechos humanos, haciendo entonces real la sustancia de la universalidad. Sin embargo, cuando continuamos la lectura del Pacto y nos encontramos con su artículo 12 —donde se extiende lo dicho en el relativo 13o. de la Declaración de 1948— veremos que sólo se garantiza el derecho a migrar cuando el ingreso al Estado es legal o cuando se desee salir de un Estado (aquí sin importar estatus legal). El secreto del truco en lo anterior es la *cuasi* transcripción del mencionado artículo 29.2 de la declaración de 1948 en un inciso del numeral 12 del PIDCP, pues se pone como límite a la migración irregular la ley. Esto resulta grave en la medida en que, para el contexto dentro del cual surge el Pacto, el hecho de ser migrante irregular simbolizaba la pérdida de derechos al ingresar a un Estado.

Ahora bien en lo relativo al PIDESC, sus artículos 2o. y 3o. afirman que la intención del Pacto es lograr a través de la cooperación internacional que se garanticen a la humanidad los derechos económicos, sociales y culturales sin importar raza, religión, origen o cualquier otra condición social. Esto efectivamente se ve relacionado con el paradigma aún reinante que observa en la migración un vehículo para el desarrollo, sin embargo, visto a la luz del artículo 12 del PIDCP podemos observar que esto será en la medida en que el ingreso sea legal y no contravenga lo dicho por el artículo 29.2 de la declaración de 1948, pues de lo contrario la garantía apuntada queda en el espacio sin medios disponibles para convertirse en realidad.

Cabe aportar que en relación al primer Pacto surge un tercer instrumento convencional denominado Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[173] en él se da vida al Comité de Derechos Humanos, órgano formado por expertos quienes vigilan el cumplimiento del PIDCP. Asimismo tienen atribuciones para recibir denuncias de individuos que, a causa de actos llevados a cabo por Estados parte del protocolo,

[172] Artículo 2o., inciso 1, de la Resolución de la 1496a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

[173] Resolución de la 1496a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

pueden dolerse ante el Comité de Protección de los Derechos Humanos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares[174] —previo agotamiento de los recursos ordinarios nacionales—[175] por alguna violación a los derechos contenidos en el Pacto. México no ha firmado ni ratificado el mencionado instrumento.

Pasamos a 1967, con la Declaración sobre el Asilo Territorial, en ella se amplía el espectro contenido en el Estatuto de 1950, así como en otras normas sobre refugiados;[176] sin embargo, se protege el desarrollo de la migración en su *vis* política, es decir, la surgida por causa de guerras, conflictos armados internos o turbulencias políticas; quedando por tanto en el limbo aquellos migrantes que a causa de la pobreza salen de sus países, buscando mejorar su nivel de vida.

Del anterior instrumento, representante de un adelanto normativo en materia de asilo, pasaríamos a uno de los antecedentes de la Declaración del Derecho al Desarrollo de 1986, la Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social[177] en la cual es visible un sesgo específico relacionado con la migración económica, es decir, la declaración incluye, por ejemplo, la afirmación de que "el desarrollo social exige que se garantice a toda persona el derecho a trabajar libremente",[178] asimismo urge a la "adopción de medidas y la prestación de servicios de bienestar social a los trabajadores migrantes y a su familia".[179] Dicho instrumento cita además al Convenio 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) donde se aborda la temática de los derechos humanos de este grupo vulnerable de forma amplia. Lo interesante de la Declaración analizada es que a través suyo se comienza la construcción —en el seno de la ONU— del derecho al desarrollo bajo

174 *Ibidem*, artículo 1o.

175 *Ibidem*, artículo 2o.

176 Resolución de la 408 sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 638 (VII) del 20 de diciembre de 1952, sobre la necesidad de integrar a los refugiados en las comunidades de recepción. La Resolución de la 398a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 660 (VII) del 25 de noviembre de 1952, sobre la situación de los refugiados en Palestina y la necesidad de instruir a los gobiernos en su protección.

177 Resolución de la 1829a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2542 (XXIV) del 11 de diciembre de 1969.

178 Artículo 6. Resolución de la 1829a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2542 (XXIV) del 11 de diciembre de 1969.

179 Artículo 19. Resolución de la 1829a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2542 (XXIV) del 11 de diciembre de 1969.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cuyas alas se protege de forma extensa al migrante laboral, es decir al migrante económico.

Ahora bien, dicho lo anterior resulta conveniente pasar a lo que, en 1970, sostuvieran las Naciones Unidas en materia de desarrollo durante aquella década. Esto se encuentra en la Estrategia Internacional del Desarrollo para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo.[180] En esta resolución de la Asamblea General se sostiene la necesidad de programar acciones por parte de los Estados miembros de la Organización (ONU) con miras a lograr un verdadero estado de desarrollo en el mundo. Así pues, dentro de las planeaciones propuestas se encuentra la de promover entre los países la reafirmación total de su dedicación "por entero para alcanzar los objetivos fundamentales enunciados hace veinticinco años en la Carta de las Naciones Unidas de crear condiciones de estabilidad y de bienestar, y de asegurar un nivel de vida mínimo compatible con la dignidad humana mediante el progreso y el desarrollo económicos y sociales".[181]

Desde luego que uno de los factores fundamentales para alcanzar el desarrollo es justamente el disfrute de un empleo con niveles salariales ajustados a las necesidades del trabajador y su familia. Sin embargo, como la resolución reconoce, "el nivel de vida de innumerables millones de personas en las regiones en desarrollo del mundo continúa siendo lastimosamente bajo... ellas continúan... subalimentadas, ineducadas y *desempleadas*". En este sentido, la Organización comprendió la necesidad de garantizar el empleo con miras a sofocar a través suyo la pobreza de los países subdesarrollados y así, indirectamente, paliar las diásporas causadas por aquella.

Ahora bien y en franca relación con lo recién dicho, se afirma que el desempleo es responsabilidad directa de los países subdesarrollados por lo que "los países en desarrollo deberán hacer vigorosos esfuerzos para mejorar las estadísticas de la fuerza de trabajo, a fin de poder formular objetivos cuantitativos realistas en materia de empleo".[182] Sin embargo y aun cuando se reconoce que los países desarrollados apoyarán a los subdesarrollados con miras a lograr el objetivo anterior, se sitúa casi por completo sobre los hombros de los primeros el compromiso para llevarlo a la realidad.

Así pues, esto último tiene franca relación con la migración económica de carácter irregular en la medida en que las diferencias estructurales surgi-

[180] Resolución de la 1833a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2626 (XXV) del 24 de octubre de 1970.

[181] Considerando 2o. resolución de la 1833a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2626 (XXV) del 24 de octubre de 1970.

[182] *Ibidem*, párrafo 66, apartado 8, *desarrollo humano*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

das entre los países subdesarrollados y los desarrollados son las causantes de que la población de los primeros se encuentre subalimentada, ineducada y desempleada, dado que en puridad la brecha existente entre unos y otros no responde a un factor controlable por los países subdesarrollados.

Por el contrario, culparles y achacarles la totalidad de la responsabilidad en estos aspectos resulta una afirmación poco creíble, dado que son los países desarrollados quienes poseen en gran medida la culpa de la situación que aquellos sufren. En tal orden de ideas el hecho de este subempleo fomenta que la población de estos "subdesarrollados" se vea compelida a salir de su estado por necesidad de supervivencia. Así pues, luego de lo anterior podemos concluir que al no ser responsabilidad total de los Estados subdesarrollados el sufrimiento de su población en materia laboral, las Naciones Unidas erraron el camino al imputarles la carga de lo anterior, situación que incidió en la observación del fenómeno migratorio laboral y por tanto económico, como una problemática social cuya solución sólo correspondía al Estado emisor (subdesarrollado) y no al receptor (desarrollado).

Corresponde entonces, pasar a 1974, con la Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional[183] donde se promueve, en primer lugar la conformación de "un nuevo orden económico internacional basado en la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación de todos los Estados, cualesquiera sean sus sistemas económicos y sociales... que permita corregir las desigualdades".[184] Lo anterior se relaciona con la migración internacional aquí analizada, en dos sentidos particulares (a su vez íntimamente imbricados), la cuestión laboral y la económica.

Efectivamente en los párrafos recién leídos se afirma la falacia que constituye el culpar a los países subdesarrollados por el incumplimiento en el logro del desarrollo, en virtud de que en puridad a ellos no les corresponde toda la responsabilidad de lograrlo. Así pues, retornando de cierto modo a lo tocado en ese sentido, la implementación de un nuevo (y cabe decir hasta hoy día pretendido, nunca alcanzado) orden económico global incide en el desarrollo de los flujos migratorios irregulares en lo relativo a la brecha ya apuntada que cada día se abre más entre países "ricos" y países "pobres" con lo cual el elemento humano que habita dentro de los últimos es receptor de las consecuencias que la pobreza de su país trae aparejada por lo que necesita migrar para obtener un mejor empleo, o por lo menos uno cuyo

183 Resolución de la 2229a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 3201 (Sexto periodo extraordinario de sesiones) del 1o. de mayo de 1974.

184 *Ibidem*, considerando 3o.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nivel salarial sea más atractivo que aquel que pudiera hallar en su país. Así las cosas, esta Declaración de 1974 se relaciona con nuestro tema central pero únicamente en un sentido programático y me atrevo a decir, de largo plazo, pues aun cuando se acompañó de un plan de acción para articular lo dicho en ella, al día de hoy puede verse que no ha pasado de ser una buena intención.

Ahora bien nos saltamos cuatro años para llegar hasta 1978 donde por primera vez se ve, en la Asamblea General, el abordaje del tema migratorio aún incipientemente, pero —de forma destacable— orientado hacia la migración internacional económica como muestra del *apartheid*, esto mediante la Carta de Derechos de los Trabajadores Migratorios en el África Meridional.[185] Recuérdese que con lo visto hasta aquí podemos deducir que nuestro tema o bien fue tratado de forma subyacente a través de convenciones o instrumentos de *soft law* orientados a otras áreas (trata de personas por ejemplo) o enfocado hacia visiones especificas del movimiento humano (*v. gr*. refugiados, desplazados). Sin embargo, la migración económica irregular se toca hasta este año.

A pesar de lo anterior, el ataque del tema se relaciona con una afirmación central. *La mano de obra migratoria es uno de los principales instrumentos del Apartheid*, con esto se intenta paliarla pero no porque, desarrollada de esa manera, fuese un determinante negativo en la vida del migrante, sino porque el movimiento en sí resultaba negativo. Con lo anterior, desde la perspectiva del autor se desnaturalizó el fin primordial de la migración (mejorar) para verse como un vehículo de degradación humana. Cierto es que dicha visión no nace por creación espontanea dado que, efectivamente, la discriminación de la cual eran objeto los seres humanos con un color distinto en la piel no era obstáculo —sin embargo— para explotarles laboralmente ni para beneficiarse económicamente con su esfuerzo llevando su mano de obra a diversas regiones del planeta. Por tal motivo no resulta inatinente dicha visión en el contexto bajo el cual subyace, pues lo que ésta trajo como consecuencia fue la comprensión de la migración económica como un acto humano indeseado.

Esto último hasta hoy en día permea en las políticas públicas de diversos Estados, cierto es que no puede pensarse que la totalidad de estos razonamientos sean imputables a la visión de la migración en relación al *apartheid*, aunque, por otro lado marcó efectivamente un hito analítico en el estudio de la migración internacional.

185 Resolución de la 90a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 33/162 del 20 de diciembre de 1978.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Ahora bien, de forma distinta —y cabe decir que más cercana al enfoque que en los noventa retomaría la CIPDTM— se encuentra la resolución "Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios"[186] pues se reconoce explícitamente que el problema de los trabajadores migratorios en el mundo se agrava por razones económicas coyunturales. Dicha resolución pugna para que los "Estados huéspedes adopten las medidas necesarias para prevenir toda actividad que pueda perjudicar a los trabajadores migratorios"[187] así como por su inclusión en la sociedad receptora gozando de garantías jurídicas. Cabe comentar como dato trascendente que en ella, por primera vez, en su considerando décimo dentro de su párrafo séptimo:

> [Se] Pide al Secretario General que examine con los Estados Miembros y en colaboración con los organismos de las Naciones Unidas, en particular con la Organización Internacional del Trabajo, la posibilidad de elaborar una *convención internacional sobre los derechos de los trabajadores migratorios*.

Obsérvese el germen de lo que terminaría siendo, la Convención objeto central de nuestro estudio. De 1978 pasamos a 1980 con la Estrategia Internacional del Desarrollo para el Tercer Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo,[188] en la cual *grosso modo* se vuelve a reafirmar la necesidad de garantizar el empleo como medio para erradicar la pobreza y obtener, por tanto, el anhelado desarrollo social, en tal tenor afirma que:

> Los países tratarán de lograr los objetivos de reducir la pobreza, promover las oportunidades de empleo y asegurar el derecho al trabajo... dado que el desarrollo requiere un empleo productivo y adecuadamente remunerado.[189]

En este sentido, lo anterior se relaciona con la migración internacional por cuanto hace a que si se garantiza un empleo digno en el país de origen el migrante no surge en condiciones de vulnerabilidad. De aquí pasamos hasta 1985 con la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que

[186] Resolución de la 90a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 33/163 del 20 de diciembre de 1978.

[187] *Ibidem*, considerando 5o. párrafo 3o.

[188] Resolución de la 83a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 35/56 del 5 de diciembre de 1980.

[189] *Ibidem*, considerando 4o.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

no son Nacionales del País en que Viven.[190] En ella destaca lo siguiente, por encontrarse en franca relación con el tema de estudio de esta investigación: primeramente en su considerando 4o. se afirma la obligación que todos los Estados poseen al momento de emprender acciones orientadas a garantizar los derechos proclamados en instrumentos internacionales para que sean ejercidos sin discriminación alguna. Junto con esto se afirma que si bien "ninguna disposición de la presente declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegales de un extranjero en cualquier Estado",[191] si ésta se da, la ley que regule la situación anterior "no deberá ser incompatible con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular *en la esfera de los derechos humanos*".[192]

Asimismo, se habla de un "derecho a condiciones de trabajo saludables y libres de peligros, a salarios justos y a igual remuneración por trabajo igual"[193] y de la necesidad de que les sea garantizada la asistencia consular en cualquier momento.[194] De lo visto hasta aquí sobre esa declaración, se desea remarcar un hecho sobresaliente que es, justamente, el reconocimiento de los migrantes irregulares como sujetos de derecho, así como el inicio de un tratamiento acorde a nuestro tema de estudio y no tan solo con aquellos relacionados que la tocaban subyacentemente. Esta declaración abarca la totalidad de sujetos migratorios internacionales (tanto refugiados, como desplazados, asilados, apátridas y migrantes económicos, entre otros) orientando su discurso hacia la abolición del concepto de ciudadanía como factor de discriminación política y jurídica, con lo que se pretendió disminuir el tratamiento desigual que viven los seres humanos fuera de su país de origen.

Pasamos ahora a 1986 con la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.[195] En la cual si bien no se aborda de forma explícita el tema de la migración, llama la atención el hecho de que se construye un derecho cuyo cumplimiento abarca el ejercicio de todos los derechos humanos, no únicamente siguiendo el principio de indivisibilidad sino que en sí mismo les amalgama por lo que su caris es totalizante, y con esto significo el hecho de que para darse plenamente necesita el cumplimiento de los demás derechos.

190 Resolución de la 116a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 40/144 del 13 de diciembre de 1985.

191 *Ibidem*, artículo 2o. inciso 1o.

192 *Ibidem*.

193 *Ibidem,* artículo 8o. inciso 1, apartado a.

194 *Ibidem,* artículo 10o.

195 Resolución de la 97a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 41/128 del 4 de diciembre de 1986.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

De lo anterior es sencillo concluir que para que exista un verdadero derecho al desarrollo debe garantizarse el derecho a migrar (pero de forma integral y no tan solo para emigrar o para inmigrar legalmente) así como el derecho humano a la salud, educación, vivienda y trabajo.

Es así que la migración económica irregular, bajo la dinámica actual no se acerca a ser parte del proceso de desarrollo que llevará al pleno ejercicio de este derecho. Por el contrario, pudiera verse como un medio de exclusión que no permite aquel (en el país receptor) porque nace a partir de una terrible dolencia... la pobreza (del país emisor).

Luego, en 1989 nace la Convención sobre los Derechos del Niño,[196] es consecuencia de diversos documentos internacionales como la Declaración de Ginebra de 1924, sobre los Derechos del Niño; la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 (como instrumento de *soft law*); la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños; las Reglas de Beijing (para la administración de justicia de menores); la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado. Todo ello, unido a la Declaración Universal de 1948 y a los dos pactos del 66, junto con una infinidad de otros instrumentos nacidos en el seno de otros organismos de las Naciones Unidas, configura la protección jurídica del sistema universal a la infancia.

Esta Convención, ratificada por México el 21 de septiembre de 1990, contiene en rasgos generales el principio del interés superior del niño,[197] en virtud del cual resulta fundamental interpretar, aplicar y ejecutar la ley siempre a favor de la niñez, buscando ante todo la preservación de su bienestar y la prevalencia del anhelo —común a la humanidad— de que el niño no sufra y se desarrolle en las mejores condiciones posibles. Si relacionamos a la Convención con la migración internacional económica de tipo irregular considero que podríamos extraer dos conclusiones específicas: la primera, que se plantea la universalidad de los derechos del niño sin mediar condiciones —como el origen nacional— para su goce, y la segunda, que actualmente dicha Convención goza de una relevancia jurídica absoluta para

196 Resolución de la 61a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 44/25 del 20 de noviembre de 1989.

197 La Corte IDH en su opinión consultiva 17/02 señala que el interés superior del niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño, *Cfr.* Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, párrs. 56-61.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

plantear posibles soluciones en sede normativa al grave problema de migración infantil no acompañada, misma que trae aparejada un altísimo grado de vulnerabilidad para los infantes.

Así pues, dicha Convención, punto de referencia en su materia, si bien no analiza *ex profeso* el fenómeno migratorio internacional infantil, por otro lado debido a su vocación universal de protección a la infancia en cualquier circunstancia es efectivamente un instrumento útil en nuestro análisis sobre infantes que migran en virtud de los principios generales que enuncia y por el tratamiento eminentemente protector que otorga al menor en cualquier condición.

Luego pasaríamos a 1990, primeramente con la Estrategia Internacional del Desarrollo para el Cuarto Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo[198] el cual comienza afirmando que:

> En la mayoría de los casos no se alcanzaron las metas y objetivos del tercer decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo, pues acontecimientos adversos e imprevistos en la economía mundial destruyeron las premisas sobre las cuales se esperaba que se basara el crecimiento.[199]

Aborda por tanto el estancamiento sufrido por los países en desarrollo que deterioran las condiciones respecto de la nutrición y la seguridad alimentaria, la generación de empleos, la educación y la salud para sus pueblos. Es la primera estrategia internacional del desarrollo donde se aborda de manera explícita el tema de la migración al decir que "los conflictos y trastornos (económicos, políticos, ambientales, etcétera) produjeron el éxodo de refugiados y desplazamientos de migración internacionales que originaron problemas de controles fronterizos de admisión y asimilación en los países receptores".[200] En vista de lo anterior se conmina a la comunidad de Estados para promover el desarrollo a partir de las necesidades de los países en desarrollo.

Luego de lo anterior pasaríamos al centro de nuestro estudio: la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Tabajadores Migratorios y de sus Familiares también de 1990. Sobre ella no conviene ahondar demasiado dado que en el siguiente acápite de forma muy puntual pero breve analizaremos dicho instrumento. Sin embargo, sí conviene comentar que 1) es hasta el día de hoy el instrumento marco de

198 Resolución de la 71a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 45/199 del 21 de diciembre de 1990.

199 *Ibidem*, considerando 2o.

200 *Ibidem*, párrafo 6o.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

protección a derechos humanos de los migrantes en el mundo, y 2) que su carácter es jurídicamente vinculante con lo que aquellos Estados que la hayan ratificado la convierten en parte de su derecho interno y por tal motivo deben cumplir las obligaciones internacionales que ésta les impone en materia de derechos humanos, México la ratifica el 8 de marzo de 1999.

Definamos, entonces, a la Convención siguiendo lo dicho por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, según la cual "es un tratado internacional amplio centrado en la protección de los derechos de los trabajadores migratorios. En él se pone de relieve la vinculación entre la migración y los derechos humanos",[201] asimismo se crea una nómina importante de derechos humanos que les corresponden con independencia de su estatus, en ella se dibujan las obligaciones poseídas por los Estados firmantes para garantizar y proteger los derechos humanos de este grupo vulnerable. Constituye el parteaguas de lo que internacionalmente ha sido la protección jurídica de este grupo vulnerable pues por primera vez tutela la migración internacional económica de tipo irregular, promoviendo la protección y garantía de los derechos de aquellos que migran, sin importar las condiciones de su entrada.

Su importancia en este sentido radica en situar el centro de estudio jurídico de la migración no en el cruce de fronteras ni en la entrada o salida de acuerdo a los parámetros legales de cada Estado sino en el hecho de resolver —a través de la salvaguarda jurídica como responsabilidad para el Estado que decide obligarse— las violaciones sistemáticas a derechos humanos de migrantes basadas sobre la concepción del movimiento humano irregular como un acto indebido. Ella no discurre sobre si el movimiento es bueno o malo (no lo apologiza ni tampoco lo castiga) sino sobre el hecho de que, una vez dentro del Estado, los migrantes, con independencia de su estatus migratorio deben ser protegidos.

Luego de ella sólo será necesario mencionar que en el año 2000 surge un Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.[202] Que es un instrumento vinculante (México lo ratifica el 4 de marzo de 2003) que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En él se menciona la necesidad de combatir el tráfico de migrantes y de proteger sus derechos a través del fomento a la cooperación internacional. Asimismo destaca el hecho de que se sanciona a

[201] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, *cit.*, p. 4.

[202] Resolución de la 55a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 55/25 del 8 de enero de 2001.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

los Estados parte como responsables en el tráfico ilícito de migrantes, dado que al no combatir y disminuir la pobreza y el subdesarrollo, dicha actividad continúa. Junto a lo anterior compromete a los Estados, organismos internacionales responsables y a las organizaciones de la sociedad civil para cooperar entre sí con miras a obtener una protección integral de los derechos humanos de los migrantes. Ortiz Alhf[203] comenta al respecto que éste instrumento subraya la necesidad de dar un trato humano a los inmigrantes expuestos a transgresión en vista del notable aumento de actividades de los grupos delictivos organizados a través de una eficiente impartición de justicia, como de hecho reconoce el propio instrumento, calificando lo anterior, como obligación estatal.

Cronológicamente vendría la Declaración del Milenio[204] nacida en septiembre de 2000, con el objetivo de ver los avances, retrocesos y potencialidades en materia de desarrollo en el mundo… se toma la simbólica fecha del inicio de un milenio como un parámetro para mejorar a futuro, ella en realidad intenta ser una especie de culmen de todos los decenios para el desarrollo emprendidos desde 1960. En materia de migración se determina como valor fundamental para la comunidad internacional la igualdad en derechos y oportunidades para todos los seres humanos, esto último resulta fundamental por todo lo vertido antes en relación con que si se garantizan derechos humanos no habría necesidad de migrar irregularmente para buscar sustento. Por otro lado los Estados afirman que "no escatimarán esfuerzo alguno por promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidas"[205] comprometiéndose a "adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias".[206]

Asimismo considero importante recalcar el papel que el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios (CMW) ha jugado en la difusión del tema migratorio ligado a la discriminación por motivos étnicos. Éste, como un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención a través de la revisión de informes periódicos, en su recomendación general XXX del 5 de agosto de 2004 admite que la discriminación

[203] Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular,* México, Porrúa, 2011, p. 58.

[204] Resolución de la 55a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 55/2 del 13 de septiembre de 2000.

[205] *Ibidem*, *Declaración del Milenio,* p. 2.

[206] *Ibidem*, p. 7.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

contra los migrantes constituye una de las principales fuentes del racismo contemporáneo. Dado que "la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirá discriminación si los criterios para establecer esa diferencia no se aplican para alcanzar un objeto legítimo".[207] Súmese a lo anterior que aborda de forma general pero sustanciosa la necesidad de garantía de sus derechos económicos, sociales y culturales e incluso lo relativo a la adquisición de la ciudadanía del país de residencia así como el acceso a la justicia en igualdad de condiciones.[208]

Por último, en 2008, nace el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[209] Se erige como un instrumento homólogo de aquel ya citado en este texto, surgido en 1966 en razón del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. A diferencia del primero éste no gozó de la misma aceptación que el primero, dado que su Comité de Derechos Humanos de los Trabajadores aún no obtiene el número necesario de ratificaciones para poder entrar en vigor mundial, como instancia *supra* nacional para oír las quejas de individuos que se duelan de violaciones a sus derechos humanos, económicos, sociales y culturales. México aún no lo firma ni ratifica.

Con este último instrumento terminaríamos nuestro periplo por más de cincuenta años de resoluciones y convenciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, y considero que *prima facie* podemos deducir que la Convención de 1990 (CIPDTM) efectivamente se erige como su fruto más maduro en materia de protección a derechos humanos del grupo vulnerable conformado por los migrantes económicos irregulares, dado que aborda el tema con minuciosidad y construye un conjunto de obligaciones internacionales para los Estados firmantes sustentadas —a través de los citados instrumentos de *soft law*—[210] en una especie de *opinio iuris*, que si bien no se

[207] Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación, núm. XXX sobre la discriminación contra los no ciudadanos. Apartado 1o., *Responsabilidad de los Estados partes en la Convención*, párrafo 4o.

[208] Para un análisis interesante sobre los efectos que el Comité ha tenido con relación a la difusión del tema de la discriminación por motivos de origen étnico o nacional, véase Villán Durán, Carlos, "Los derechos humanos y la inmigración en el marco de las Naciones Unidas", *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes"*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 67-85.

[209] Resolución de la 55a. sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 63/117 del 10 de diciembre de 2008.

[210] En este sentido afirma Gómez-Robledo que "se puede decir que los Estados... estiman que las resoluciones de la Asamblea General pueden a lo más ser tomadas en

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

troca en una que traiga aparejada obligatoriedad *per se*, sí es el reflejo del ánimo vaciado por un gran número de Estados, sobre su protección, dentro del sistema universal. En palabras de Ortiz Ahlf la Convención representa un gran avance si se compara con la Declaración de París y otros Convenios que reflejan "miopía frente a uno de los problemas más graves de la comunidad internacional".[211]

Así pues, conservando en el pensamiento lo dicho por Ortiz Ahlf, cada evolución discursiva respecto a la migración económica irregular en el seno de la Asamblea General de la ONU misma que alcanza un culmen con la Convención de 1990, se refleja principalmente en normas de *soft law*. Efectivamente, como dejamos ver en el párrafo anterior, estos instrumentos fueron aquellos a través de los cuales se fue fortaleciendo la necesidad de juridificar la migración económica irregular de acuerdo a los principios y parámetros del derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, y siguiendo voces teóricas que apuntan[212] que si bien es verdad que los instrumentos de *soft law* no se encuentran dentro de la nómina de fuentes de derecho internacional público insertas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no es menos cierto que

consideración como elementos posible en la elaboración de una regla consuetudinaria, siempre y cuando sean confirmadas por una práctica en el mismo sentido por parte de los Estados", Gómez-Robledo, Alonso, "Notas sobre el llamado derecho internacional del desarrollo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XX, núm. 60, septiembre-diciembre, 1987, p. 909.

211 Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, *cit.*, p. 553.

212 Como comenta Mazuelos Bellido, el rasgo distintivo de los tratados —como fuente de derecho— es que las relaciones entre los sujetos concernidos están regidas por obligaciones, jurídicas en este caso, quedando la libertad de las partes limitada en algún sentido, por tanto las resoluciones al no involucrar cesión alguna de libertad… sencillamente no obligan y no son fuente de derecho. Así pues en un sentido conexo María del Pilar Hernández afirma que "las resoluciones se encuentran entre la convención y la costumbre, particularmente porque la resolución resulta útil para definir el alcance de una norma o puede constituir una norma en sí misma". Así es sencillo deducir que la Resolución como instrumento de *soft law,* no tiene efectos jurídicos aunque puede incidir en la formación o eficacia de una norma jurídica. *Cfr.* Mazuelos Bellido, Ángeles, "*Soft Law*: mucho ruido y pocas nueces", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, núm. 8, diciembre de 2004, pp. 28 y 29, y Hernández, María del Pilar, "Obligatoriedad de las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas en el derecho nacional. A propósito del 50 aniversario de la entrada en vigor de la Carta de San Francisco", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XX, núm. 88, enero-abril de 1997, p. 214.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

"son instrumentos a través de los cuales se incita al logro de los objetivos de una organización internacional dado su contenido ético y programático"[213] y que aunque "no generan por sí mismas una obligación de cumplimiento para los Estados miembros... algunas por su contenido, circunstancias de adopción y la práctica de los Estados, son especialmente relevantes en el proceso de elaboración del derecho internacional".[214]

En este sentido abona Gómez-Robledo que, incluso "una recomendación puede alcanzar una efectividad de mayor grado, que aquel creado por ciertas convenciones o tratados internacionales".[215] Esto último es en razón de que su contenido "tiene su origen legitimario en un mecanismo de decisión que pone en juego una representación igualitaria o desigual, a través del sistema de voto unánime o por mayoría",[216] lo que se presta justo a la posibilidad de mover los hilos de las relaciones internacionales en la sede de la Asamblea general, pudiendo causar un efecto político de mayor trascendencia que aquel provocado por una norma jurídica cuyos parámetros no siempre son cumplidos por los Estados involucrados. El movimiento enunciado… sólo surte efectos si se habla de eficacia que puede articularse a través de acciones políticas,[217] pues si pasamos al terreno evidentemente positivo de la construcción jurídica, son las Convenciones —como tratados internacionales— aquellas que gozan de mayor peso.

Sin embargo, el hecho relevante —y cabe decir consumado— sobre el valor ético contenido en las resoluciones de la Asamblea General de Naciones

213 Gómez Robledo, Alonso, "Notas sobre el llamado derecho internacional del desarrollo…", *cit.*, p. 909.

214 Mazuelos Bellido, Ángeles, "*Soft law*: Mucho ruido y pocas nueces", *cit.*, p. 8.

215 Gómez Robledo, Alonso, "Notas sobre el llamado derecho Internacional del desarrollo, *cit.*, p. 911.

216 Hernández, María del Pilar, "Obligatoriedad de las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas en el derecho nacional...", *cit.* p. 211.

217 Diversos internacionalistas mexicanos afirman que las resoluciones de la Asamblea General, carecen de fuerza obligatoria en lo que respecta a los miembros de las Naciones Unidas, pues de no ser así se acordaría una función legislativa a la Asamblea, misma que sería contraria al principio de soberanía de los Estados e incluso daría facultades *ultra vires* a dicho órgano colegiado. *Cfr.* Gómez-Robledo, Alonso, "Notas sobre el llamado derecho internacional del desarrollo", *cit.,* pp. 911-918; Becerra Ramírez, Manuel, "Una visión diferente de las fuentes del derecho internacional", en Becerra Ramírez *et al.* (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 110, y Castañeda y Álvarez de la Rosa, Jorge, *El valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*, México, el Colegio de México, 1967, pp. 60-71.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Unidas es que efectivamente han sido instrumentos políticamente influyentes que han permeado —como mapas de seguimiento— para ir construyendo derechos humanos tales como a la autodeterminación[218] a la paz[219] o al desarrollo,[220] mismos que, por otro lado y desafortunadamente, no han cristalizado aún en instrumentos jurídicos vinculantes. En este sentido si bien el derecho humano a migrar ya se había configurado contemporáneamente desde 1948, no fue sino con todos los instrumentos antes citados (entre los que destacan aquellos de *soft law)* unidos a la Convención que se configura la legitimación de este derecho y por tanto la protección integral de sus sujetos, ya no únicamente a través de intenciones políticas sino por medios legales. Es así que desde la perspectiva del autor, el *soft law* apuntado y enunciado a lo largo de todas estas páginas ha sido de gran utilidad para arribar en 1990 al instrumento que analizaremos pronto.

II. Antes y después del 11 de septiembre de 2001

Lo hecho hasta aquí, a lo largo de este segundo capítulo, no se deslinda de la teoría jurídica adoptada para sustentar la tesis propuesta. Sin embar-

[218] Numerosas resoluciones de la Organización de Naciones Unidas hacen referencia a él como las resoluciones de la Asamblea General, algunos ejemplos aislados son: la 1514 (XV) Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales del 4 de diciembre de 1960, la 1541 (XV) Principios que deben servir de guía a los Estados miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso E del artículo 73 de la Carta del 15 de diciembre de 1960, o la 2625 (XXV) Declaración sobre los principios de derecho internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, del 24 de octubre de 1970.

[219] Becerra Ramírez nos cuenta de forma más puntual lo dicho apenas: "La Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 15 de diciembre de 1978 adoptó la resolución 33/73 denominada «declaración sobre la preparación sobre el derecho de los pueblos a la paz». Ésta resolución, que se complementa con la resolución 39/11 del 12 de noviembre de 1984, de la misma Asamblea General, denominada «declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz» viene a configurar el «derecho a la paz»... las dos resoluciones a que hemos hecho mención no tienen la característica de ser jurídicamente obligatorias...". Esto deja ver que efectivamente a pesar de no tener efectos jurídicos positivos sí ha motivado en la comunidad internacional la necesidad de configurar dicho derecho humano. Becerra Ramírez, Manuel, "El derecho a la paz y el derecho internacional del desarrollo", *Memorias del Congreso Internacional sobre la Paz*, t. 1, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, p. 3.

[220] Jongitud, Jaqueline, *El derecho al desarrollo en el ámbito de las Naciones Unidas. Notas críticas,* México, Universidad Veracruzana, 2008, *in totum.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

go, resulta de gran importancia dar dos o tres pinceladas sobre un suceso histórico que marcó un hito con respecto a la dinámica de flujos migratorios en el mundo y de forma particular sobre la región.[221] Aquel que aun cuando no se originó a partir de una norma jurídica sí ha trascendido al fenómeno normativo a través de cuerpos legales, y al fenómeno politológico a través de políticas restrictivas, que añaden a la discusión sobre la migración económica irregular un componente en extremo volátil: la seguridad nacional.

Dicho evento histórico se da el 11 de septiembre de 2001 con la caída —motivada por un acto terrorista— de dos construcciones simbólicas de la cultura nacionalista estadounidense, ubicadas en Manhattan: las Torres Gemelas. Así, la destrucción total y televisada (lo que acentuó más el dramatismo del suceso) de estos edificios considerados muestra simbólica de la cultura americana trajeron un impacto negativo sobre la dinámica de los flujos migratorios venidos desde el sur hacia los Estados Unidos.[222] Esto es en razón —según Rumbaut y Ewing—[223] de que su entrada, entendida como un asalto, se equipara al acto terrorista vulnerador del *rule of law*.

Al respecto, en un artículo sumamente interesante por la dialéctica que maneja su autora, Josefa Erreguerena comenta que durante el

> 11 de septiembre se ataca el centro de la globalización mundial, al centro político de la potencia más poder (sic) del mundo, se hieren los símbolos centrales del capitalismo y esto hace cambiar el imaginario social en dos sentidos: a) aprendemos a vivir con miedo, el Estado ha demostrado su incapacidad

221 Álvarez Acosta, María Elena, *El Caribe insular: apuntes sobre las migraciones económicas y el tráfico de personas*, Cuba, Instituto Superior de Relaciones Internacional "Raúl Roa García, 2006, en *http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cuba/isri/acosta.rtf*, pp. 1 y 2.

222 Sobre el continuo flujo migratorio de sur a norte *cfr.* Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos, cit.*, pp. 20-50. Asimismo, sobre este punto abunda en diversos momentos del texto, Keeley, Brian, *International Migration, the Human face of Globalization*, Francia, OECD, 2009, por último es destacable, CEPAL, *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América Latina y el Caribe, Síntesis y conclusiones, Trigésimo primer período de sesiones 20 al 24 de marzo*, Uruguay, ONU, 2006, *http://www.ucm.es/info/eid/cursodcd/IMG/pdf_L12._CEPAL_2006_Migraciones_y_desarrollo_AL_y_Cb._Sintesis.pdf.* consultado el 23 de diciembre de 2010.

223 Rambaut, Rubén *et al.*, "The Myth of Inmigrant Criminality and the Paradox of Assimilation: Incarceration Rates Among Native and Foreign-Born Men", *Inmigration Policy Center, American Inmigration Law Foundation*, Estados Unidos, 2007, pp. 1 y 2.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> para proteger a sus ciudadanos, y b) El concepto del mal se transforma, otra vez, en algo externo en el Otro, en lo diferente que debemos exterminar.[224]

Tomando en cuenta lo anterior, resulta necesario ver que este momento paradigmático afectó la posibilidad de una política migratoria estadounidense que si bien no sería resultado de una planeación conjunta con México y Centroamérica por lo menos sí se hubiese apegado a los estándares internacionales enunciados en tratados sobre derechos humanos de los que Estados Unidos —hay que decirlo— no es parte.

Así pues, téngase claro que hubo un "antes" y un "después" planteado en sus respectivas antípodas el uno del otro. Sobre el primer momento nos cuenta Jorge Bustamente que "antes de los eventos del 11 de septiembre de 2001, el debate sobre la cuestión migratoria en Estados Unidos giraba alrededor de dos propuestas por demás contrastantes. Por un lado, la propuesta de una amnistía... en la práctica significa hacer «documentados» a los «indocumentados»"[225] realizada por organizaciones sindicales y organizaciones civiles de "latinos",[226] y la otra articulada por congresistas federales republicanos que en líneas generales promovía la creación de un nuevo convenio muy similar al de los paradigmáticos "braceros". Esta situación se

[224] Erreguerena, Josefa, "Imaginario social y los atentados del 11 de septiembre", *Razón y Palabra,* núm. 25, año 6, diciembre de 2001, enero de 2002, en *http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n25/jerre.html*, consultado el 5 de agosto de 2011.

[225] Bustamante, Jorge, *Migración y derechos humanos*, *cit.,* p. 35.

[226] Anthony Giddens comenta que la "vulnerabilidad" es "un aspecto de la capacidad de una persona o grupo (que pueda aumentar o disminuir, según sea el caso) para anticipar, manejar, resistir y recuperarse del impacto del daño, debido a la exposición a eventos que pueden asaltarlos inesperadamente, aunque ocurran con la suficiente regularidad y frecuencia en una población completa como para ser predecible" este concepto nos es útil para explicar este punto, pues para el caso de los flujos migratorios venidos desde el sur del continente hacia los Estados Unidos las comunidades de migrantes empoderadas a través de las redes construidas entre sí por los nexos culturales, lingüísticos y étnicos en general permiten que la capacidad en el concepto de Giddens aumente efectivamente brindándole apoyo con lo que el daño resultado del choque cultural resulta disminuido, esto sucede con los migrantes mexicanos quienes por provenir de comunidades con antigua tradición migratoria encuentran medios más eficaces —gracias a estas redes— para disminuir su vulnerabilidad. Para ahondar más en la construcción de Giddens sobre este concepto *cfr.* Giddens Anthony, S*ociedad de riesgo. El contexto de la política británica*, *cit.*, pp. 521 y ss. Sobre lo relativo a las comunidades mencionadas *cfr.* Zamudio, Patricia *et al.*, *Cambio de la migración en el estado de Veracruz: Consecuencias y retos,* México, Sociedad Mexicana de Demografía-Colegio de la Frontera Sur, 2001, pp. 20 y 21.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

debía al cabildeo realizado por la sede diplomática mexicana en Washington, misma que buscaba un mejoramiento en las condiciones laborales de los connacionales, dado que según afirma el propio Bustamente, desde la década de los setenta ya se dejaba sentir en los Estados Unidos la xenofóbica idea de que los mexicanos realizaban una "invasión silenciosa"[227] a su territorio.

Fue bajo esta concepción que luego de los setenta siguió madurando en el ideario colectivo estadounidense, sobre todo en los partidarios republicanos,[228] la idea del migrante mexicano como enemigo público. En los noventa a pesar de que el gobierno mexicano, en la figura del canciller, exigiera cortar de tajo la vida de esta concepción xenofóbica, se continuó en el mismo tenor de acción, aun cuando luego de una administración republicana se dio la alternancia en el poder permitiendo la llegada de un demócrata a la Casa Blanca: Bill Clinton. Justamente fue él, según comenta la Relatoría Especial de la Comisión Interamericana en la materia, quien:

> Como reflejo de la presión de la opinión pública estadounidense por afianzar los controles migratorios... incrementó la vigilancia fronteriza de forma exponencial... La administración demócrata aumentó el presupuesto del INS (Servicio de Naturalización e Inmigración) de 1.500 millones de dólares en 1993 a 4,000 millones en 1999... como resultado de estas políticas, en espacio de una década la patrulla fronteriza (*Border Patrol*) pasó de ser una fuerza pequeña a una dotación multitudinaria compuesta por más de 11 mil efectivos y con un presupuesto de $711 millones de dólares.[229]

Así, nos movemos hasta 2001 cuando el entonces presidente de México, Vicente Fox se reuniera con su homólogo George W. Bush en el rancho de este último en Crawford, Texas. Durante esta reunión el discurso americano esbozado apenas pareció cambiar de forma sustancial, sobre esto nos co-

[227] Bustamante Jorge, *Migración y derechos humanos*, *cit.*, p. 77; *cfr.* Morales, Patricia, *Los indocumentados mexicanos, cit.*, pp. 35-70.

[228] Un ejemplo bastante ilustrativo de lo anterior es observar que el exgobernador de California Pete Wilson creador de la anatemizada Propuesta 187 para criminalizar en los noventa la migración irregular, James Sensenbrenner mente maestra de la propuesta de Ley Federal antiinmigrante HR4437, la gobernadora Jean Brewer de Arizona, impulsora de la Senate Bill 1070, son republicanos, así como los actuales gobernadores de Texas, Georgia o California ¿casualidad? no, una misma ideología política.

[229] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte de la Visita *in loco* a México realizada por la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias entre el 25 de julio y el 1o. de agosto de 2002, en www.*cidh.oas.org/Migrantes/2003.sp.cap.5c.htm*, párrafo 173.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

menta Bustamante[230] que efectivamente Bush reconoció como ningún otro presidente anterior, incluido su padre, que la invasión silenciosa no se debía únicamente a México y a sus factores de subdesarrollo sino a la demanda de mano de obra que los terratenientes y demás fuerzas políticas y corporativas subyacentes producían sobre las dinámicas migratorias laborales. Así pues, todo parecía deslizarse gentilmente, hasta aquel evento con el cual se inicia este pequeño apartado.

De hecho, con independencia de las filiaciones partidistas en los congresos, cortes y cámaras altas en Estados Unidos, como en el mundo realmente, hay dos dilemas relativos al ejercicio de los derechos humanos fuera de las fronteras de un Estado: aquel que va en contra de la universalización de derechos y aquel que no. La primera versión se vio exacerbada ideológicamente con la caída de las Torres Gemelas de Nueva York. A este respecto Francisco de Alba abona que "el dilema anterior se ha agravado o agudizado, por las secuelas de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington. Una de esas secuelas es lo que se conoce como la securitización del manejo migratorio".[231] Esto se traduce en el incremento del pensamiento centrado en la invasión silenciosa apuntada junto con lo que atinadamente Errenguerena comentara sobre la otredad y el miedo a lo que viene de fuera. El migrante es "eso" que llega de fuera, por tanto urge su criminalización como medio de defensa.

Ahora bien, pasado el "antes" veamos someramente el "después". En este sentido desde que el 23 de abril de 2009 surgiera la iniciativa de Ley SB1070, "considerada por su gobierno como necesaria para defender a la nación americana y a los ciudadanos de su Estado de un peligro inminente y constante, que acecha su seguridad interna en virtud de que «el Gobierno Federal no ha protegido su frontera sur permitiendo el ingreso de carteles de droga e indocumentados» venidos de México y Centroamérica»";[232] han caído en cascada una cantidad importante de ordenamientos jurídicos que tipifican la migración irregular, específicamente el ingreso y estancia remunerada. Incluso, y esto es lo más grave de la criminalización orquestada a partir de la securitización, se busca hacer diferencias antropológicas entre

230 Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, *cit.*, pp. 77-85.

231 De Alba, Francisco, "La Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorias: alguna implicaciones", *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes,* México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2000, p. 40.

232 Falcón, Antonio *et al.*, *Los migrantes indocumentados en México: realidad invisible*", Colección Estudios jurídicos Themis Nueva Generación, t. I, Universidad Veracruzana, 2010, p. 94.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

migrantes irregulares y ciudadanos. Esto resulta peligroso según afirma Jorge Santibañez,[233] hasta para los propios ciudadanos americanos, habitantes de los Estados donde dichos ordenamientos han surgido, en virtud de que en tanto sus características físicas encajen con las del estereotipo del migrante irregular, la violación a sus derechos humanos es casi inminente.

Es así que Florida con la SB2040, Georgia con la HB87, California con la AB26, Texas con la HB12, Carolina del Sur con la Ley S-20 y Utah con la HB947 han seguido a Arizona en su impronta de criminalizar la migración irregular. Cabe destacar que todos los cuerpos legales mencionados se concentran sobre este aspecto esencial del fenómeno migratorio en los Estados Unidos, con el cual se concibe al migrante como un desarticulador de la cultura americana —esto es del *american way of life*— en franca decadencia desde los setenta. Con lo anterior los estados de la unión americana, a puro golpe político, han dado al traste con una política migratoria estadounidense enfocada a la garantía de derechos humanos, basados sobre las premisas de que el migrante es un enemigo público, y de que mediante el cierre de fronteras la migración irregular desaparecerá. Esto no puede ser más falso, al tenor de lo que comenta Loretta Ortiz Ahlf, pues:

> El prohibir la inmigración irregular no impide el fenómeno cuando lo que está de por medio es la propia subsistencia... seguirán intentando, a menos que se resuelvan los problemas de fondo, cruzar la frontera aun a costa de perder la vida.[234]

Es la Comisión Interamericana bajo la figura de la Relatoría Especial para todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias —ya citada— quien comenta que en este sentido:

> La supeditación de la política migratoria a consideraciones de seguridad por parte de los Estados Unidos de Norteamérica modificó las condiciones de la negociación [que pudiera tener cualquier país latinoamericano], conspirando en contra de la eventual consecución de un acuerdo migratorio. Tras los ata-

[233] Entrevista de Carmen Aristegui a Jorge Santibañez, "Aumenta la polémica sobre la Ley SB1070", *CNN en Español*, Denver, Colorado, 27 de abril de 2010, en *http://www.youtube.com/watch#!v=31cjXTJoaCE&feature= related, minuto 4:30.*

[234] Ortiz Ahlf, Loretta, "Los derechos humanos de los inmigrantes irregulares y la Declaración Universal de los Derechos Humanos", en Caballero Ochoa, José Luis (coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, México, Porrúa, 2009, p. 295.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> ques terroristas, no existían las condiciones políticas para lograr un acuerdo en materia migratoria.[235]

Es así que, como reconoce García Zamora, "especialmente desde septiembre de 2001 la relación de México con otros Estados en materia de migración se ve afectada directa o indirectamente por la lucha del terrorismo",[236] este comentario nos permite observar con facilidad que dicha política de securitización estadounidense trasciende su territorio extendiéndose a todo el continente,[237] con lo que los países centroamericanos sufren sus efectos pues la discriminación surgida a partir de la conceptualización del miedo que nos regala Erreguerena, así como las leyes antiinmigrantes y el hecho de que a partir de la crisis económica de 2008 el Partido Republicano —con su ideología ultraconservadora y xenofóbica— ha visto fortalecida su influencia política en Estados Unidos, promoviendo que el control migratorio se ligue a cuestiones de seguridad nacional no únicamente en territorio estadounidense sino también en territorio mexicano.

A modo de conclusión considero oportuno abonar únicamente sobre lo siguiente. La situación recién esbozada que nace a partir de 2001 no sólo se limita a los Estados Unidos en su carácter de país receptor de flujos migratorios. México por ejemplo, en 2001, crea junto con Guatemala el programa "Sellamiento de la Frontera Sur" diseñado para detener el flujo del narcotráfico, así como de armas e indocumentados que buscaran ingresar por la frontera sur del país, buscando crear —según afirma José Luis Ávila— "una barrera para el movimiento de personas en sentido sur-norte en las Américas",[238] o como afirma sugerentemente Villafuerte Solís: un muro

235 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte de la Visita *in loco* a México, *cit.,* párr. 194.

236 García Zamora, Rodolfo, "Migración Internacional y desarrollo local: una propuesta binacional para el desarrollo regional del sur de Zacatecas, México", *Red Nacional de Migración y Desarrollo*, México, 2002, en *www.migracionydesarrollo.org*, consultado el 25 de agosto de 2011, p. 30.

237 Al respecto comenta Manuel Ángel Castillo que "los acontecimientos ocurridos en Nueva York y Washington en 2001 provocaron que el gobierno de Estados Unidos adoptara legislaciones y medidas tendentes a garantizar la seguridad nacional, no solamente en su territorio, sino que promovió que se aceptaran en naciones que consideraba parte de su área de influencia… para lo cual debió contar con el apoyo y cooperación de los países directa o indirectamente conectados por estos medios". Castillo, Manuel Ángel, "Las políticas y la legislación en materia de inmigración y transmigración, en Alba, Francisco *et al.* (coords.), *Migraciones internacionales,* vol. III, México, Colegio de México, 2010, p. 571.

238 Martínez Pizarro, Jorge *et al.*, "Lógica y paradoja: libre comercio, migración

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de contención,[239] esto último en opinión de González y González no representa "una medida de defensa para México sino para la soberanía y seguridad de Estados Unidos".[240]

Se encontró vigente hasta 2003 aun cuando, como comenta Calleros Alarcón,[241] no pudo articularse de modo integral en la región para gestionar la migración venida de Centroamérica al país. Esto no debe resultarnos extraño porque si bien el programa no plantea los sinsentidos de las leyes norteamericanas enunciadas (diferencias antropológicas y daños colaterales a sus propios ciudadanos) tampoco no busca el logro de la gobernabilidad migratoria sobre la base de una gestión efectiva de derechos humanos, sino sobre la base de un Estado concebido con atribuciones soberanas fortalecidas en sede interna para brindar seguridad a su población de quienes pueden llegar por fuera; pues según afirma el Instituto Nacional de Migración "sucede que junto con las migraciones masivas han crecido igualmente en número el tráfico de armas y drogas, así como el surgimiento de bandas delictivas como la Mara Salvatrucha y Barrio 18".[242]

limitada", *Memorias del Taller sobre Migración Internacional y Procesos de Integración y Cooperación regional*, Chile, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía-División de Población-Fondo de Población de Naciones Unidas, 2005, núm. 45, p. 67.

239 Villafuerte-Solís afirma esto con un argumento con sustento estadístico que no deja lugar a dudas sobre la validez de su afirmación. La "contención" se refleja en el número de detenciones que ocurren en territorio mexicano, sobre todo en Chiapas, mientas la patrulla fronteriza de Estados Unidos detiene a un promedio de 50,000 migrantes centroamericanos, en 2005 las autoridades mexicanas detuvieron a más de 240,000 personas provenientes de Centroamérica. *Cfr.* Villafuerte-Solís, Daniel, "Migración y desarrollo en la era de la globalización", *Revista de Comercio Exterior,* México, Banco Mexicano de Comercio Exterior, vol. 56, núm. 12, diciembre, p. 1036.

240 Afirman González y González, citando a Montaño: "Esta aseveración tiene su explicación en la lista de condiciones políticas descritas en el Tratado de Libre comercio de América del norte, que incluía, entre otras, que el gobierno mexicano «mantendría su cooperación para proteger las fronteras entre ambos países de la inmigración ilegal, lo que incluía un compromiso de aumentas las operaciones de la patrulla fronteriza, y cumplir plenamente las leyes de inmigración mexicanas, poniendo suficientes recursos a disposición para ese objetivo»". Montaño, Jorge, "Misión en Washington. De la aprobación del TLCAN al préstamo del rescate", *cit.*, en González, María de Lourdes y González, Gabriela, "El trabajo migratorio de indocumentados en México", *Migraciones Internacionales,* Colegio de la Frontera Norte, vol. 5, núm. 2, julio-diciembre de 2009, pp. 104 y 105.

241 Calleros Alarcón, Juan Carlos, *El Instituto Nacional de Migración y los derechos humanos de los migrantes en México*, México, Centro de Estudios Migratorios, 2009, p. 97.

242 Rodríguez, E. *et al., Flujo de entradas de extranjeros por la frontera sur terrestre de México registradas por el Instituto Nacional de Migración*, México, Instituto Nacional de Migración,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

A pesar de lo que se sostenga, esto último no puede ser utilizado como pretexto para no respetar derechos humanos de los migrantes centroamericanos en México.[243] Amnistía Internacional en su Informe "Víctimas invisibles, migrantes en movimiento" presentado con antelación a la consideración del segundo informe periódico de México ante el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorias (CMW) de 2010.[244] Sostiene, sin ambages, que las autoridades mexicanas encargadas de la gestión y control migratorio son indolentes y pasivas ante las violaciones a derechos humanos que las bandas delictivas realizan contra los migrantes siendo ellos mismos quienes se coluden con los bandidos para vulnerarlos de manera más sencilla, y que además autoridades encargadas de la seguridad nacional e interna en México, entiéndase por esto fuerzas armadas y cuerpos policiales, violan derechos humanos de los migrantes irregulares centroamericanos. En pocas palabras, como el CMW afirmara en 2004, "la frontera sur de México... se ha caracterizado por la ausencia de un adecuado régimen de control, legalidad y orden migratorio".[245]

Con lo anterior resulta notorio que después del 11 de septiembre de 2001, sin lugar a dudas los flujos migratorios se vieron afectados por la securitización de las fronteras. Esto incide en los cuerpos normativos y en la creación e implementación de políticas públicas de los países de origen, recepción y tránsito migratorio. Por lo tanto en los siguientes apartados analizaremos la Convención Internacional para Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (CIPDTM) con relación a la Ley de Migración de México (LM) y veremos al final si efectivamente México ha cumplido con las obligaciones que aceptara luego de haber ratificado la Convención, el instrumento más avanzado en materia internacional sobre los derechos humanos de este grupo vulnerable, aún a pesar de la securitización injustificada que afecta las

en *http://www. Inm.gob.mx/Paginas/foros/primerforo/insumos/dossierestadistico.pdf*, consultado el 15 de junio de 2010.

243 Estrada, Dorothy, "Legislación y políticas públicas mexicanas, armonización con el régimen jurídico internacional sobre derechos humanos de los migrantes", *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes,* México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, p. 330.

244 Amnistía Internacional, *Víctimas invisibles en México: migrantes en movimiento*, España, EDAI, 2010, p. 8.

245 Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 73 de la Convención. México", Estados Unidos, 2005.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

fronteras nacionales y por tanto al migrante económico irregular venido de Centroamérica.

III. Descripción y análisis de la CIPDTM

En el primer apartado de este capítulo, se mencionó de forma específica una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas denominada "Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios"[246] de 1978, en la cual por primera vez se plantea la posibilidad de elaborar una convención internacional destinada a la protección de este grupo vulnerable. Lo anterior goza de relevancia porque fue en 1980, según afirma la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cuando:

> Se estableció un grupo de trabajo abierto a todos los Estados Miembros para redactar una Convención, y se invitó a participar en esa tarea a diversas organizaciones y órganos internacionales interesados, como la Organización Internacional del Trabajo la UNESCO y la Organización Mundial de la Salud. El grupo de trabajo, reconstruido en diversos periodos de sesiones anuales sucesivos de la Asamblea General, terminó de redactar la Convención en 1990.[247]

Este grupo de trabajo, presidido por México,[248] esbozó la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, adoptada por unanimidad en la 69 reunión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1990.[249] Conviene decir entonces que la Convención, esencialmente,[250] se diseñó de acuerdo

[246] Resolución de la 90a., sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 33/163 del 20 de diciembre de 1978.

[247] Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, "Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 73 de la Convención. México", Estados Unidos, 2005, pp. 4 y 5.

[248] *Ibidem*, p. 7.

[249] UNESCO, *Kit Informativo, La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los migrantes*, Francia, UNESCO, 2005, p. 9.

[250] La Convención menciona así mismo, en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, "la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (núm. 86), la Recomendación sobre los Trabajadores Migrantes (núm. 151), el Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio (núm. 29) y el Convenio Relativo a la Abolición del

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

a lo contenido en seis instrumentos universales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los Pactos del 66, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; así como los Convenios 97 y 143, dos instrumentos convencionales de la Organización Internacional del Trabajo. Los primeros aportan a la Convención los principios de: dignidad humana, interés superior del niño, universalidad, *pro homine*, progresividad de derechos económicos, sociales y culturales, y de no discriminación. En tanto que el Convenio 97 de 1949 influye con el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en las esferas relacionadas con el trabajo[251] y el 143 de 1975, surgido para complementar al 97, promueve específicamente el seguimiento de parámetros para el respeto de los derechos de los migrantes en situación irregular.[252]

Sin embargo, luego de aquello, no todo ha sido miel sobre hojuelas para el desarrollo del instrumento en análisis. Por un lado la Convención es indudablemente, como se mencionó en párrafos anteriores, un fruto maduro del derecho internacional de los derechos humanos que —como reconoce el CMW— "es el instrumento cabal de orientación jurídica para los Estados en la formulación de sus políticas de migración"[253] que "puede servir de base para promover un enfoque de la migración basado en los derechos humanos y en las buenas relaciones entre las regiones, los Estados, y dentro

Trabajo Forzoso (núm. 105); así como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las Convenciones sobre la esclavitud".

Asimismo, menciona la importante labor de la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de Desarrollo Social, así como en la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación; la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y la Organización Mundial de la Salud.

251 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, La Convención Internacional sobre los Trabajadores Migratorios y su Comité…, *cit.,* p. 15.

252 Villán Durán, Carlos, "Los derechos humanos y la inmigración en el marco de las Naciones Unidas", *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes*, *cit.,* p. 60.

253 Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,"Informe del Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares", séptimo periodo de sesiones, Estados Unidos, 2008, anexo VI, párr. 5, p. 36.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de las sociedades en las que residen los migrantes"[254] mismo que además, en palabras de Francisco de Alba, "es piedra fundamental, en la construcción de una arquitectura mundial hacia un régimen migratorio de amplio alcance".[255]

No obstante lo anterior, dicho instrumento únicamente ha sido ratificado por países expulsores de flujos migratorios internacionales[256] como México, Filipinas, Bangladesh y Turquía quienes observan en ella "un vehículo importante para proteger a sus ciudadanos que viven en el exterior";[257] pues si tomamos en consideración lo dicho por el Banco Mundial en un estudio realizado durante 2011[258] donde muestra que los 10 países con mayor proporción de inmigrantes en el mundo son Estados Unidos, Federación Rusa, Alemania, Arabia Saudita, Canadá, Reino Unido, España, Francia, Australia e India, veremos que de todos los anteriores ninguno ha ratificado o tan siquiera firmado la Convención.

Súmese a esto el hecho de que la Convención no entró en vigor sino 13 años después de haber surgido en 1990, siguiendo lo establecido en su artículo 87 donde se dispone que lo anterior se configuraría con un mínimo de 20 ratificaciones, éstas se logran el 14 de marzo de 2003 a través de los actos confirmatorios de El Salvador y Guatemala, entrando en vigor el 1o. de julio de 2003.[259] Sin embargo, lo grave a este respecto, es que se dejó pasar más de una década para que el presente instrumento se convirtiera en uno de los pilares convencionales del derecho internacional de los derechos humanos con lo cual la protección de este grupo vulnerable quedó —y me atrevo a decir que aún queda en gran medida— subyacente dentro de las agendas nacionales, a pesar de una intensa campaña por la ratificación de

254 *Ibidem,* anexo VI, párr. 2, p. 36.

255 Alba, Francisco, "Dilemas globales de la migración internacional", *Reunión-Diálogo, Centro Tepoztlán*, México, Tepoztlán Morales, 1992, p. 40.

256 Reyes Tépach, E., "Principales países expulsores de emigrantes en el mundo, 2010", en *http://www.remesasydesarrollo.org/estadisticas/principales-paises-expulsores-de-emigrantes-en-el-mundo-2010-millones-de-personas/*, consultado el 3 de junio de 2011.

257 UNESCO, "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los migrantes", *Kit Informativo*, Francia, UNESCO, 2005, p. 12.

258 Banco Mundial, "Datos sobre migración y remesas 2011", en *http://siteresources.worldbank.org/INTPROSPECTS/Resources/334934111031501516 5/Factbook2011Spanish.pdf.*

259 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Folleto Informativo,* núm. 24, la Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité…, *cit.,* p. 1.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la Convención lanzada en 1998,[260] y de que incluso en 2009, ya entrada en vigor, "se discutió la posibilidad de que los Estados miembros del Consejo de Europa ratificaran la Convención"[261] sin que se lograran avances al respecto.

Es así que la baja ratificación de la Convención se ve condicionada, según Grange, por dos factores específicos, el primero dado que "en la medida que el 70% de la Convención se origina en tratados y convenios de derechos humanos ya ratificados por muchos países occidentales —particularmente los Pactos del 66— y que deben aplicarse a personas no nacionales, esos Estados ya han aceptado ciertos compromisos para con los migrantes".[262] Este argumento se fortalece con base en aquel otro de que los países occidentales por sus bien cimentados sistemas de gobierno democrático, instituciones y marco constitucional apegado a dichos instrumentos, "tienen normas tan buenas como para no necesitar ese tratado. Eso denota una falta de entendimiento del contenido de la Convención".[263]

En este sentido hay que decir que la CIPDTM es uno de los instrumentos jurídicos vinculantes más recientes, de aquellos que forman el sistema de tratados de las Naciones Unidas.[264] Por lo que no es de extrañarse que "… la

[260] UNESCO, Kit Informativo, "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los migrantes", p. 7.

[261] Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares "Informe del Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares", noveno y décimo periodos de sesiones, Estados Unidos, 2009, p. 35.

[262] Grange, Mariette, "Importancia e impacto de la Convención Internacional para la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares", *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes,* México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, p. 49.

[263] *Ibidem,* p. 50.

[264] Estas Convenciones son: la relativa a los trabajadores migratorios (objeto de nuestro estudio), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Cabe comentar que el sistema universal de protección a derechos humanos, en su rama convencional, ha creado nueve órganos, en virtud de tratados de derechos humanos que supervisan su aplicación estos son: Comité de Derechos Humanos; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Comité contra la Tortura; Comité de los Derechos del Niño; Comité para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y Comité contra las Desapariciones

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mayor parte de los derechos que figuran en esos tratados también se aplican a los no ciudadanos y por consiguiente constituyen una protección básica de los trabajadores migratorios".[265] Sin embargo, como afirma Grange, "la Convención... es el único tratado de derechos humanos adoptado por las Naciones Unidas con el objetivo de proteger a un conjunto de individuos que se encuentran vulnerables por hallarse fuera de su Estado de origen",[266] Loretta Ortiz Ahlf abona en este sentido afirmando que "la Convención constituye el primer instrumento internacional convencional, que no distingue en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales entre inmigrante regular o irregular".[267]

Lo dicho hasta aquí nos muestra dos realidades paradójicas la primera sobre el pleno valor ético y jurídico de que goza la Convención y la segunda sobre su disminuida efectividad en un plano instrumental y de relaciones internacionales. Así pues, podría surgir la siguiente interrogante ¿es útil la Convención? La respuesta sin duda es afirmativa, dado que con independencia de los factores politológicos e incluso sociológicos surgidos en torno suyo; desde un plano eminentemente jurídico que no pretende ser miope aunque sí ortodoxo, por el hecho de ser un tratado internacional, ratificado por Estados, obliga a su cumplimiento… máxime por la materia que aborda. Podría decirse por otro lado que los grandes Estados receptores mencionados antes no se han decantado al respecto y que este hecho limita de forma sustancial la efectividad de la Convención; sin embargo, aquí lo que se pretende es que la Convención tenga plena eficacia en México pues aun cuando es uno de los tres primeros expulsores de migrantes en el mundo, según lo reconoce el Banco Mundial en su citada investigación, es también uno de los principales países de tránsito y por tanto de recepción *lato sensu,* de tal suerte que al haber ratificado la Convención, México como país de recepción, tránsito y expulsión tiene un compromiso triplicado en el cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, en los párrafos subsecuentes se abordarán la descripción del objeto y alcance de la Convención, su estructura con especial incidencia en

Forzadas. Los últimos tres, surgidos a partir de las convenciones citadas al inicio de esta cita inciaron sus sesiones en 2004, 2009 y 2011 respectivamente.

265 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto Informativo,* núm. 24, la Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité…, *cit.,* p. 14

266 Grange, Mariette, *Importancia e impacto de la Convención...*, *cit.,* pp. 43 y 44.

267 Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*…, *cit.,* p. 57.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la parte sustantiva atinente a los derechos humanos consignados para los migrantes irregulares y sus familias; asimismo se enunciarán los términos que utiliza como marco conceptual para desarrollar su dialéctica enfocada a la universalidad de los derechos humanos. Por último nos referiremos a la parte orgánica y programática del instrumento donde se concibe un mecanismo convencional de Naciones Unidas para vigilar la aplicación y garantía de esta norma internacional, el citado CMW. Asimismo, se analizarán los reportes que el Estado mexicano ha presentado ante el citado comité para ver la congruencia de su discurso en relación con sus acciones en la materia.

1. *Objetivo y alcance*

De forma somera podríamos decir que la Convención tiene como objetivo el "establecimiento de normas para armonizar las actitudes de los Estados mediante la aceptación de los principios fundamentales relativos a los derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, considerando la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, particularmente el caso de los irregulares".[268] Sin embargo, debe entenderse que la misión del instrumento no se limita únicamente a ofrecer una nómina de opciones a los Estados parte para que escojan las que consideren adecuadas a sus necesidades. Por el contrario, como el alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos reconoce, en ella "se fijan las normas por las que han de regirse las leyes y procedimientos judiciales y administrativos de los distintos Estados"[269] con relación a los migrantes económicos, tanto regulares como irregulares.

No se entienda esto último en el sentido de que la Convención tiene como objetivo regular los procedimientos internos de los Estados partes relativos a la visión clásica de la migración concebida desde las fronteras nacionales como una problemática demográfica, de seguridad interna y estabilidad de mercados financieros y laborales.[270] Por el contrario, como

[268] Grange, Mariette, *Importancia e impacto de la Convención...*, *cit.*, p. 73

[269] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Folleto Informativo,* núm. 24, la Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité, *cit.*, p. 6.

[270] A este respecto comenta el doctor Francisco de Alba que actualmente los derechos humanos no tienen la misma fortaleza en los países desarrollados en virtud de aquello que denominan *rights based liberalism*. Así las dificultades del control migratorio en las democracias industrializadas contemporáneas se encuentran estrechamente aso-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

afirma Grange "la Convención es claramente un tratado de derechos humanos y no de gestión migratoria ni de lucha contra la criminalidad".[271] Así pues, la principal virtud de la Convención es la creación de estándares relativos a derechos humanos de un grupo vulnerable específico,[272] con lo cual, por un lado, "refuerza y complementa una serie de disposiciones de los principales tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas"[273] y por otro "proporciona derechos relacionados específicamente con la necesidad de protección en vista de su particular vulnerabilidad".[274]

Ahora bien, para comprender el alcance de la Convención, resulta necesario conocer sus ámbitos de validez jurídica; iniciaremos con el ámbito personal, que nos llevará al material, finalizando con el temporal y el espacial. El artículo 1o. de la Convención afirma que los sujetos dentro de su ámbito de protección personal serán:

> Todos los trabajadores migratorios y a sus familiares 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.

En su artículo segundo la Convención, a través de una interpretación auténtica informa que se entenderá por "trabajador migratorio" toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. En tanto que el artículo 4o. nos brinda la definición del término "familiares", es decir, las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como sus hijos y otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable. Esta legislación podrá ser la de aquellos Estados reconocidos en el artículo 6o.

ciadas al surgimiento y consolidación de una política basada en la confluencia de mercados y derechos donde se encontrarían muchas de las dificultades para el control de la inmigración por parte de esas sociedades. De Alba, Francisco, *La Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios: alguna implicaciones, cit.,* p. 37.

271 Grange, Mariette, *Importancia e impacto de la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, *cit.,* p. 44.

272 De Alba, Francisco, *La Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios: alguna implicaciones*, *cit.*, p. 36

273 *Ibidem.*

274 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto Informativo,* núm. 24, *La Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité*, *cit.*, p. 8.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

como "Estado de origen" (aquel del que sea nacional la persona de que se trate), "Estado de empleo" (aquel donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada) y, "Estado de tránsito" (aquel por el que pase el interesado en un viaje al Estado de empleo o del Estado de empleo al de origen).

Ahora bien, la Convención no será aplicada —según reconoce en su artículo 3o.— a funcionarios internacionales[275] (tanto diplomáticos como miembros de organismos internacionales), inversionistas, refugiados y apátridas, estudiantes, "marinos y los trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo". Dichas personas quedan excluidas del ámbito personal de validez de la Convención y por tanto de su protección. Visto lo anterior considero conveniente abonar un poco más sobre las categorías de "marinos y los trabajadores en estructuras marinas" y los refugiados y apátridas, respectivamente; para luego observar los límites del ámbito material de la Convención. Lo anterior con miras a mostrar la zona de desarrollo jurídico dentro del derecho internacional, en el cual la Convención se encuentra inserta, y de manera accesoria, mostrar que aquellos no sufren de indefensión.

Respecto al primer punto, entendamos por "marinos" a dos sujetos de derecho, aquellos trabajadores en marinas mercantes y aquellos pertenecientes a una de las tres ramas tradicionales de las fuerzas armadas, en tanto que los "trabajadores en estructuras marinas" serán aquellos que laboren sobre plataformas petrolíferas, astilleros, estructuras de reparación para barcos o contenedores sobre el mar. Pues bien, los primeros y los terceros son protegidos por el derecho internacional del trabajo a través del estatuto de "gente de mar" bajo el cual se regulan sus condiciones de trabajo, protección de la salud, etcétera, con independencia de su nacionalidad. Así pues, es la Organización Internacional del Trabajo quien ha juridificado dicho estatuto a través de diversos instrumentos vinculantes,[276] el más reciente es

275 Los primeros son regulados en lo esencial por la Convención de Viena de 1963 sobre Derecho Diplomático en tanto que los segundos lo son por los Estatutos y Constituciones de sus organismos.

276 De la Organización Internacional del Trabajo: Convenio 147 sobre la marina mercante (normas mínimas) de 1976, con su Protocolo de 1996; Convenio 180 sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques de 1996; Convenio 179 sobre la contratación y la colocación de la gente de mar de 1996; Convenio 166 sobre la repatriación de la gente de mar de 1987, Convenio 178 sobre la inspección del trabajo (gente de mar) de 1996; Convenio 165 sobre la seguridad social de la gente de mar de 1987; Convenio 164 sobre la protección de la salud y la asistencia médica (gente de mar) de 1987; Convenio 163 sobre el bienestar de la gente de mar de 1987; Convenio 146

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

el adoptado en su 94 Conferencia del 23 de febrero de 2006 denominado Convenio sobre el Trabajo Marítimo, que México aún no ha ratificado.[277] Por cuanto hace a los segundos, como miembros de las fuerzas armadas, es el derecho internacional humanitario quien les protege, en lo relativo a las formalidades y límites que la guerra debe contener para desarrollarse de acuerdo a cuatro convenios y dos protocolos. Este *corpus* normativo denominado derecho de Ginebra,[278] posee un artículo 3o. común considerado la piedra angular de esta rama jurídica, erigiéndose como "norma mínima"[279] para limitar la barbarie de los conflictos armados; Cançado Trindade[280] comenta que dicha limitante se logra estableciendo derechos individuales de los que gozan las personas protegidas durante los conflictos bélicos con base en los principios de inviolabilidad y seguridad de la persona y de no discriminación.

Dentro de los cuatro convenios destaca para nuestro caso de análisis el segundo, denominado Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar. Donde *grosso modo* se deja en claro que una vez que los marinos dejen las armas por encontrarse en cualquiera de las hipótesis contenidas en el título del Convenio, no podrán ser atacados pues ya no toman parte en las hostili-

sobre las vacaciones anuales pagadas (gente de mar) de 1976, y Convenio 145 sobre la continuidad del empleo (gente de mar) de 1976.

277 Hasta el 10 de agosto de 2011 han ratificado: Bahamas, Benin, Bosnia, Bulgaria, Canadá, Croacia, Dinamarca, España, Islas Marshall, Liberia, Noruega, Panamá, San Vicente y las Granadinas, Singapur y Suiza.

278 Díaz Müller, con un lenguaje muy fluido y directo afirma: "El Derecho de Ginebra entendido como las Convenciones de Ginebra y los Protocolos I y II relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter internacional y conflictos armados sin carácter internacional, representan un *sistema jurídico particular,* propio del equilibrio entre los súper-poderes (Estados Unidos y la Unión Soviética) durante el periodo de la Guerra Fría. Vale la pena el comentario por como lo concluye, dado que en él se reflejan los efectos que la política internacional provoca en la juridificación de diversos fenómenos sociales, en este caso la guerra como fruto de un conflicto de poder." Díaz Müller, Luis T., "El derecho internacional humanitario y los derechos humanos en el siglo XXI", en Cienfuegos, David y López Olvera, Miguel (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho internacional y otros temas*, México, UNAM, 2005, p. 143.

279 Cançado Trindade, Augusto, "Desarrollo de las relaciones entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos en su amplia dimensión", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, junio-diciembre de 1992, p. 44.

280 *Ibidem*, p. 46.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

dades, convirtiéndose en presos de guerra por lo que es necesario brindarles un trato justo y equitativo con fundamento en los principios de humanidad y caballerosidad, que según Díaz Müller[281] rigen al derecho humanitario.

En lo relativo a los refugiados y apátridas, es el derecho internacional de los refugiados[282] el que regula ambas condiciones. La primera es contenida principalmente por cinco instrumentos de la Organización de Naciones Unidas[283] que conforman la base de los derechos de los refugiados en la normativa internacional, y son: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967; el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; la Declaración sobre el Asilo territorial, y el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado. En tanto que el segundo se enuncia en varios instrumentos internacionales, como la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas[284] y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia.[285]

En líneas generales, como reconoce Cançado Trindade,[286] el derecho internacional de los refugiados, junto con el derecho humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos corresponde a la impronta generacional de la protección internacional de la persona humana, misma que a través de un replanteado orden público encausado en normas jurídicas de nuevo cuño —pasado el inicio de la posguerra— busca que la persona

281 Díaz Müller, Luis T., *El derecho internacional humanitario y los derechos humanos en el siglo XXI*, *op. cit.*, p. 128.

282 Díaz Müller, *op. cit.*, pp. 142-146, Cançado Trindade, *op. cit.*, pp., 46-49, y Ruiz de Santiago, Jaime, *Derecho internacional de los refugiados*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú-Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial, 2001, pp. 6-32.

283 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos de los no ciudadanos*, Suiza, Editorial de Naciones Unidas, 2006, p. 32.

284 No se extrañe el lector si en el apartado 2.1. "Antes y después de la Convención..." no se tomó en cuenta este instrumento, pues únicamente analizamos aquellos nacidos desde el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas; en tanto que la correspondiente a los Apátridas surge en la Resolución 526 A (XVII) del 28 de septiembre de 1954 a través de una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social (Ecosoc).

285 Esta surge a partir de un estudio realizado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en conjunción con el Ecosoc, así pues en la Resolución de Asamblea General 896 (IX) del 4 de diciembre de 1954, se estableció el anhelo de que el estudio se tradujera en una Convención, la cual es adoptada en Nueva York el 30 de agosto de 1961 por una conferencia de Plenipotenciarios. Sin embargo, aborda el estudio del movimiento humano forzoso, por tanto desde la *vis* política.

286 Cançado Trindade, Augusto, *Desarrollo de las relaciones...*, *cit.*, p. 58.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

humana se convierta en el centro del derecho.[287] En un tenor similar, Díaz Müller razona sobre el derecho de los refugiados al decir que surge a partir de una zona de entrecruzamiento entre el humanitario y el internacional de los derechos humanos.[288] La conclusión anterior se ve enriquecida con la opinión que Cançado Trindade ha ofrecido en este sentido, al decir que: "Un problema común entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos es el de los llamados desplazados internos (migraciones forzadas) a ser enfrentado por las vías disponibles en el derecho internacional de los refugiados".[289]

En tal orden de ideas observamos que los refugiados y los apátridas gozan de un estatuto específico dentro de una rama del derecho internacional orientada a la protección de la persona humana, pero que guarda diferencias[290] —sobre las cuales no sería prudente ahondar aquí— con el derecho internacional de los derechos humanos en el cual se inserta la Convención que a lo largo de estos apartados analizaremos.

Así pues, resulta visible que los sujetos ya expuestos, excluidos de la protección convencional, son efectivamente respetados a través del derecho internacional del trabajo, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados y por supuesto el derecho de Viena (sobre relaciones diplomáticas y consulares). Con lo anterior queda claro que el ámbito material de nuestro instrumento se circunscribe únicamente al ámbito de desarrollo normativo del derecho internacional de los derechos humanos, rama especializada sobre la que ya se habló a lo largo del primer capítulo de este trabajo, misma que si bien guarda convergencias con las anteriores no puede asimilárseles.

287 Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos de los no ciudadanos*, *cit.*, 2006, p. 65.

288 Díaz Müller, Luis T., "El derecho internacional humanitario y los derechos humanos en el siglo XXI", *cit.*, p 140.

289 Cançado Trindade, Augusto, *Desarrollo de las relaciones...*, *cit.*, pp. 59-62.

290 No está por demás comentar en este sentido, someramente, que mucho se ha discutido en la doctrina sobre la complementación de los derechos humanos con los asuntos humanitarios. De hecho tanto Cançado Trindade como Díaz Müller coinciden en que actualmente prima la tesis acumulativa de estas dos ramas del derecho internacional, en un sentido operativo y hermenéutico. Es decir, por la vocación que ambas tienen de garantizar la dignidad humana, no entran en contradicciones, dado que dicha aproximación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos viene a fortalecer el grado de protección debida a la persona humana. Díaz Müller, *op. cit.*, pp. 126, 127, 141-145, y Cançado Trindade *op. cit.*, pp. 43-48.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Pasemos pues a los ámbitos temporal y espacial. Respecto al primero debemos observar dos cuestiones específicas relacionadas con los efectos de la Convención en el tiempo, una relativa a la protección que, sobre el migrante, brinda el instrumento durante un periodo específico, y otra donde el paso del tiempo es *conditio sine qua non* para que un sistema jurídico recepcione la Convención y entonces ésta devenga vinculante. Ambos se imbrican sustancialmente como se verá a continuación. El primero se encuentra dentro del artículo 1.2 de la Convención donde se afirma:

> La presente Convención será aplicable *durante todo el proceso de migración* de los trabajadores migratorios y sus familias *que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el periodo de estancia* y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, *así como el regreso* al Estado de origen o al Estado de residencia habitual (énfasis añadido)

Es así que la Convención construye una esfera temporal a través de la cual tutela a sus sujetos (ya mencionados antes) desde la preparación de su partida, e incluso hasta su retorno, con esto crea una especie de protección circular y completa durante el periplo. La segunda cuestión, es visible en su artículo 86 donde dispone que la Convención se encuentra sujeta a ratificación para surtir efectos. Esto quiere decir —siguiendo los artículos 2o. y 14 de la Convención de Viena de 1969— que desde el momento durante el cual un Estado se obliga a seguir lo estipulado por la Convención, ésta surtirá efectos jurídicos resultando necesario que aquel cumpla con sus obligaciones internacionales en la materia y que además armonice su sistema jurídico-político con relación a ella. Súmese a esto que el Estado, en virtud de la inderogabilidad que caracteriza a esta clase de tratados, no pueda interrumpir ni suspender el acatamiento de sus obligaciones desde el momento en que el instrumento deviene vinculante.

Corresponde ahora observar desde qué momento México se obligó a cumplir con lo contenido en la Convención. Esto se dio el 13 de agosto de 1999 cuando se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto promulgatorio en razón del cual México la convirtió en parte integrante de su sistema jurídico. Ahora, si bien el decreto citado no dispone fecha exacta de entrada en vigor, lo anterior no es causa de confusión cuando se interpretan diversos cuerpos normativos nacionales al respecto.

En primera instancia obsérvese que en los artículos 4o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados de 1992, y 2o. de la Ley del Diario Oficial de la Federación y Gacetas Gubernamentales de 1986, se dispone que los tratados publicados en el *Diario Oficial de la Federación* serán obligatorios en virtud de que dicho órgano de gobierno es el encargado constitucional de

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

publicar las normas internacionales celebradas por el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos; por otro lado, si se revisa el artículo 3o. del Código Civil Federal de 1928, aún vigente, donde se enuncia en sus disposiciones preliminares que las leyes o cualesquiera otras disposiciones de observancia general publicadas en el periódico oficial surten efectos tres días después de su publicación, veremos bajo este criterio que desde el 16 de agosto de 1999 México se encuentra obligado por la Convención.

Todo lo dicho hasta aquí, respecto al ámbito temporal hace referencia de una forma o de otra al artículo 88 de la Convención —sustento jurídico del ámbito de validez espacial— donde se afirma que los Estados partes, luego del compromiso, tendrán que cumplir con lo estipulado en la totalidad de la Convención. En dicho artículo se construyen los límites de este ámbito de validez a partir del acto ratificatorio, afirmando que "los Estados que ratifiquen la Convención no podrán excluir la aplicación de ninguna parte de ella ni tampoco podrán excluir de su aplicación a ninguna categoría determinada de trabajadores migratorios". Esto último visto a la luz del artículo 7o. de la Convención se traduce en que cualquier Estado, una vez ratificada la Convención, se obliga a cumplir con lo estipulado en ella a lo largo y ancho de su territorio.[291]

Lo anterior si bien no representa un reto intelectivo en su comprensión, simboliza una problemática jurídica importante. Bajo la visión clásica del positivismo jurídico, y analizando a García Máynez veremos que dicho autor, siguiendo la doctrina kelseniana del primer tercio del siglo XX, afirma que de acuerdo al ámbito de validez espacial, las normas son: generales o locales, entendiendo que las generales priman en todo el territorio de un Estado "basado en los preceptos de la Constitución relativos a la soberanía nacional",[292] la presente concepción no es suficiente para comprender dicho ámbito. Lo anterior no se entiende en un sentido peyorativo, sino como un reflejo del tiempo pasado en que García Máynez escribía su obra (1940) pues para entonces primaba la teoría monista nacionalista[293] según la cual la normativa internacional se subordinaba al orden jurídico nacional: soberano y voluntarista y los tratados internacionales tenían una jerarquización inferior a la constitucional e incluso a la legal.

[291] Henderson, Humberto, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 39, enero-junio, 2004, pp. 71-99.

[292] García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2008, pp. 80 y ss.

[293] Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, México, UNAM, 2010, pp. 40 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Actualmente ese *corpus iuris* internacional, máxime el relativo a derechos humanos, goza de nivel constitucional o *supra* constitucional. Esto justamente abona el hecho de que no puede entenderse a través de un criterio maniqueo la espacialidad de la Convención en su carácter de tratado internacional, pues en realidad dicha ficción de la soberanía como recurso para que un Estado se sustraiga de la voluntad internacional no aplica para la materia que regula el instrumento en análisis. Por lo anterior, resulta conducente afirmar siguiendo terminológicamente —no conceptualmente— a García Máynez que en efecto la Convención es una norma general, pero no por ser emanada de un proceso legislativo interno que la coloque en un nivel jerárquico superior a las de cuño local, sino por ser la norma jurídica con contenido ético protectora de un grupo vulnerable que necesita tutela, misma que debe ser extendida a pesar de las leyes nacionales (ya generales o locales). Por tanto, el ámbito de validez espacial de la Convención en México es general, pero en el sentido esbozado apenas y no en uno limitativo de los efectos que dicho instrumento imprime en su contenido.

Es por lo anterior que no puede perderse de vista que como afirma Santiago Pagliari, "la finalidad esencial del derecho internacional es la reglamentación de las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional que sean susceptibles de una normatividad jurídica",[294] partiendo de lo anterior como premisa, téngase claro que dichos "sujetos" no son de manera exclusiva los Estados, sino los seres humanos como centro del derecho, recordando a Cançado Trindade. Así pues, los Estados como sujetos pasivos de obligaciones internacionales relativas a derechos humanos deben garantizarlos a las personas bajo su jurisdicción, y legitimar su decisión ante los Estados a través de acciones específicas, aumentadas en la medida que esto es posible por organismos internacionales quienes, jugando el rol de árbitros, promotores, jueces o críticos, buscan mejorar la conducta proactiva del Estado en estos menesteres.

En este orden de ideas, una vez contraída la obligación con la comunidad internacional, y ante todo con los seres humanos en su territorio, el Estado indefectiblemente debe cumplir. De una suerte tal que tiene que armonizar su sistema jurídico con relación a la Convención e incluso renovar su sistema político con miras a satisfacer lo anterior mediante acciones concretas. Esto debe realizarse, particularmente, por los 44 Estados firmantes actuales de la Convención en análisis. Es por lo dicho hasta aquí que, en segui-

294 Pagliari, Santiago, "El derecho internacional público, funciones, fuentes, cumplimiento y la voluntad de los Estados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. IV, 2004, p. 459.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

miento del artículo 88 del multicitado instrumento, desde las riveras del Río Bravo hasta las del Suchiate; el Estado mexicano tiene la obligación de cumplir con las obligaciones contenidas en ella.

2. *Estructura*

Pasado lo anterior, es momento de describir la estructura de la Convención. Según la oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos[295] el instrumento se conforma de nueve partes: 1) alcances y definiciones; 2) la enunciación del principio a la no discriminación; 3) los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias; 4) otros derechos específicos para los trabajadores migratorios regulares y sus familiares; 5) otras disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios; súmese 6) la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional; 7) mecanismos para aplicar la Convención; 8) disposiciones generales, y 9) disposiciones finales.

En la primera parte se desglosa el ámbito de validez personal, ya analizado antes, contenido principalmente en los artículos 1o., 3o. y 4o. Asimismo se construyen las clasificaciones de trabajadores migratorios con referencia a la autorización que haya dado el Estado que sea parte en la Convención para su ingreso; estas son "trabajadores migratorios documentados o en situación regular" y "trabajadores migratorios no documentados o en situación irregular". Esta terminología reviste una diferencia cualitativa de fondo en el trato que se otorga a los migrantes económicos en los países de recepción.

Es decir, la Convención supera la calificación peyorativa que tilda a los segundos como "ilegales". Y por otro lado esto reafirma lo mencionado por Grange respecto a que el instrumento no es un tratado de gestión migratoria, sino de protección a derechos humanos; en el sentido de que no pretende regular las políticas migratorias de los Estados parte dando paso a la entrada indiscriminada de seres humanos a un territorio, pretende protegerlos con independencia de que se les permita o no el ingreso o salida de forma regular. Por último, en este apartado la Convención clarifica lo que se entenderá por Estados de origen, tránsito y de empleo (o recepción).

295 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Folleto Informativo,* núm. 24, la Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité, *cit.,* p. 5.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En su segundo apartado enuncia uno de sus principios centrales: el de no discriminación, considerado por la Corte IDH[296] como norma perentoria de *ius cogens* que obliga a todos los Estados del orbe. Sobre él es necesario puntualizar algunos aspectos. Según afirma Anne Bayefsky,[297] las disposiciones a favor de la no discriminación (como el artículo 7o. de la Convención en análisis) tienen dos dimensiones estructurales que afectan su eficacia en un sentido instrumental: su autonomía o subordinación, su apertura o restricción.

Comenta que será autónoma si la disposición no limita la prohibición de la conducta discriminatoria a los derechos contenidos en un instrumento de derechos humanos, en tanto que si limita, será subordinada. Por cuanto hace a la apertura o restricción, esta se revela en la nómina de motivos a través de los cuales se puede discriminar (sexo, religión, raza); si el instrumento limita los motivos será restrictivo, si por el contrario amplía el espectro a través de fórmulas del lenguaje, será abierto. Así pues el artículo 7o. de la Convención pareciera tener una dimensión subordinada dado que afirma:

> Los Estados partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a respetar y asegurar, a todos los trabajadores migratorios que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción, los derechos previstos en la presente Convención.

Sin embargo, esto no reviste problemática alguna, pues la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sugiere, según comenta Bayefsky,[298] que una cláusula subordinada de no discriminación debe interpretarse de la siguiente manera: leyéndose en conjunto con cada uno de los derechos y libertades reconocidas en la Convención como si formase parte integral de todos y cada uno de los artículos que establecen derechos y libertades, súmese a este criterio interpretativo la frase contenida en el citado artículo "de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos", con esto último se abre la posibilidad de interpretar la disposición a la luz de los pactos del 66 o de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

296 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párr. 72.

297 Bayefsky, Anne F., "El principio de equidad y no discriminación en el derecho internacional", *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núm. 1 y 2, 1990, pp. 180 y 181.

298 *Ibidem*, pp. 183 a 186.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Ahora bien, el artículo 7o. tiene una dimensión abierta, pues luego de la nómina de motivos por los cuales puede promoverse discriminación, aporta la frase "cualquier otra condición" esto, interpretado bajo el principio *pro homine*, permite encuadrar en la nómina del precepto cualquier condición útil para discriminar, permitiendo una protección integral.[299]

Pasemos al tercer apartado, éste será la médula del presente estudio, dado que en él se abordan los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, es decir para aquellos en situación migratoria regular o irregular. La Convención los recoge desde el artículo 8o. hasta el 35. Para efectos didácticos se ha preparado una tabla, anexa al documento, donde de forma escueta se enuncia el derecho humano protegido por la Convención así como el artículo en el cual se encuentra inserto. Aún con lo anterior deseo únicamente hacer algunos comentarios sobre este apartado específico.

De forma puntual, se protegen especialmente el derecho a la vida (artículo 9o.), a la libertad personal (artículo 16.1), al debido proceso (*inter alia* artículos 16.4 a 22.5 y otros), a la salud (artículo 28), a la educación (artículo 30), y a la no discriminación en el ámbito laboral (artículo 25.1 principalmente), de ellos devienen muchos otros más específicos como: el derecho a no sufrir torturas, tratos o penas crueles inhumanas y degradantes (artículo 10), relacionado con el de la vida, la salud y el debido proceso; a la no esclavitud (artículo 11.1) y a la no detención arbitraria (artículo 16.4), relacionados con el de libertad personal y vida; el derecho a la seguridad social (artículo 27.1) y a la asociación profesional (artículo 26.1), relacionados con el de salud y no discriminación en el ámbito laboral.

Sobresale además la configuración de deberes estatales, dentro de la nómina de derechos. Como por ejemplo la obligación de garantizar los derechos contenidos en la Convención (artículo 25.3), el deber de difundir los derechos aquí consignados (que se encuadraría en la obligación de protección), así como el deber estatal de asegurar condiciones satisfactorias y efectivas para la migración internacional (artículo 35). Desde la visión del autor todo esto configura la pureza de la línea discursiva de la Convención, que es justamente la de un tratado de derechos humanos y no la de un instrumento multilateral orientado a la gestión migratoria.

[299] En este sentido comenta el Comité, que aunque la enumeración de los motivos de distinción prohibidos es ilustrativa y no exhaustiva, cabe señalar que la lista de la Convención es más amplia de las que se encuentran en otras Convenciones de derechos humanos. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, la Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité, *cit.*, p. 7.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Luego de lo anterior es momento de pasar al cuarto apartado de la Convención, que va desde el artículo 36 hasta el 57, orientado a otros derechos específicos para los trabajadores migratorios regulares y sus familiares. *Grosso modo* la Convención les otorga los derechos ubicados desde el artículo 8o. al 35, más aquellos como el derecho a conocer qué tipo de actividades remuneradas puede realizar el migrante y sus familiares (artículo 37), así como la mayor libertad para elegir la actividad productiva que realizarán (artículos 49.2 y 53); libertad de movimiento y residencia en el territorio de recepción (artículo 39), derechos políticos como el de participación en eventos públicos, de voto, consulta para la toma de decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales (artículos 41 a 43); a la vivienda, al acceso a la vida cultural, entre otros (artículo 43); a la reunificación familiar (derecho que no se les garantiza a los migrantes irregulares, artículo 44); derecho a que sus hijos y ellos mismos ingresen a instituciones educativas (artículos 43 y 45), condonación de derechos e impuestos sobre sus menajes de casa, cuando llegan al país de recepción (artículo 46).

Asimismo, en materia laboral, se les otorgan plazos de conservación de derechos luego del desempleo o concluida la labor por la cual gozaban de una calidad migratoria determinada (artículos 51 y 54) asegurando además que no se podrá recurrir a la expulsión como medio para privar a un trabajador de los derechos emanados de su permiso de trabajo (artículo 56.2). Por último, la Convención afirma que al momento de expulsar a un trabajador migratorio, deben tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario así como el tiempo de residencia que lleve el trabajador (artículo 56. 3).

Pasamos entonces al quinto apartado sobre las disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares, enunciados en la Convención desde el artículo 57 hasta el artículo 63. Estos derechos imbrican en lo necesario aquellos reconocidos dentro de los apartados tercero (derechos de todos los trabajadores migratorios) y cuarto (derechos de los trabajadores migratorios regulares) respectivamente. De forma precisa la Convención tutela calidades específicas de migrantes en virtud de las dinámicas migratorias mundiales en las que aún subsiste el trabajo estacional y el fronterizo con lo cual se pretende proteger a todos los trabajadores migratorios sin importar el tiempo de estancia o condiciones de retorno que vivan durante el periplo; es así que la Convención reconoce sus derechos y con esto —según afirma la OIT— promueve *per se* el logro del "trabajo decente"[300] en el mundo.

[300] El Programa de Trabajo Decente de la OIT, lleva más de una década buscando que a través de acciones nacionales desarrollados en colaboración suya, se logre el

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En este apartado se habla de: 1) trabajadores fronterizos (regresan a su país de origen por lo menos una vez a la semana) quienes gozarán de todos los derechos reconocidos en el cuarto apartado; 2) trabajadores de temporada (su trabajo depende de condiciones estacionales, realizable sólo durante una etapa del año) quienes también gozan del contenido del apartado cuarto en la medida en que el Estado de empleo disponga; 3) trabajadores itinerantes (viven en su estado de origen, pero por motivos laborales viajan a otros Estados, por periodos breves) quienes se encuentran en las mismas condiciones que los fronterizos.

Luego, la Convención aborda la clasificación de: 4) los trabajadores vinculados a un proyecto quienes gozan de todo el apartado cuarto, pero no pueden ingresar a centros educativos o gozar de vivienda como programa social, ni podrán elegir libremente otra actividad remunerada distinta de la ligada al proyecto; 5) trabajador con empleo concreto (lo envían a otro Estado, por un tiempo limitado para realizar una acción concreta), se encuentra en condiciones muy similares a las del trabajador vinculado a un proyecto, con la diferencia de que su familia gozará de todos los derechos del apartado cuarto con excepción del referente a la libre elección sobre actividad remunerada.

Por último toca a: 6) los trabajadores por cuenta propia (realizan actividades remuneradas sin tener un contrato de trabajo), ellos gozarán de todos los derechos contenidos en el apartado cuarto de la Convención, con excepción de aquellos exclusivos de los trabajadores con contrato; asimismo se les permite residir junto con su familia en el Estado de empleo una vez concluida su labor, salvo cuando la autorización de residencia dependa expresamente de la actividad remunerada concreta para la cual fueron admitidos.

Posteriormente, la Convención pasa a su sexto apartado, relativo a la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares. Se enuncia (artículo 64) la necesidad de la cooperación internacional como eje transversal para el logro de la gobernabilidad migratoria. En este sentido, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en un documento sumamente interesante,[301] afirma que en el continente no hay una política migratoria implementada en conjunción con otros países. Lo dicho

bienestar de todos los trabajadores del mundo aplicando cuatro objetivos estratégicos: 1) crear trabajo, 2) extender la protección social, 3) promover el diálogo social, y 4) garantizar los derechos de los trabajadores, esto último para lograr el reconocimiento y el respeto para los trabajadores, mediante su representación, participación y leyes adecuadas que se cumplan y estén a favor, y no en contra, de sus intereses.

[301] Martínez Pizarro, Jorge *et al.*, "Lógica y paradoja: libre comercio, migración limitada", *Memorias del Taller sobre migración Internacional y procesos de Integración y cooperación*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

apenas repercute en la garantía que pueda dársele a los derechos humanos de los migrantes económicos (aquí incluso, con independencia de su irregularidad), pues norma jurídica y política pública se imbrican para el logro de una gobernabilidad sustentable.

En los artículos siguientes se obliga al Estado a crear y mantener los servicios apropiados para atender cuestiones relacionadas con la migración internacional de tipo económico a través de políticas públicas, consultas y dotación de información necesaria entre Estados parte de la Convención (artículo 65); la facilitación de asistencia y servicios consulares a trabajadores migratorios (artículo 66); el retorno de migrantes a sus lugares de origen a través de la cooperación y reciprocidad internacionales (artículo 67). Unido a lo anterior se le atribuye a los Estados de tránsito la obligación de colaborar en la eliminación de los movimientos y el empleo ilegales. En este sentido y observando la dialéctica que maneja la Convención, entiéndase lo anterior en un sentido amplio y garantista, es decir, la eliminación de la ilegalidad no se da implementando políticas migratorias restrictivas sino mediante el rompimiento del paradigma harto mencionado, relativo a la creencia de que el migrante es un ser humano inferior, al grado tal que su movimiento no puede ser tutelado por normas jurídicas, lo que conlleva ubicarlo fuera del terreno de la legalidad.[302]

Súmese a lo anterior que la Convención obliga a los Estados parte a tomar medidas apropiadas para asegurar que en sus territorios no haya migración irregular, considerando la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas de conformidad con sus legislaciones (artículo 69). Por último, la Convención construye una obligación de garantía estatal sobre el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, atinente a condiciones de trabajo y de vida (artículo 70) y una más, relativa a la repatriación de los restos mortales de aquellos migrantes fallecidos en el territorio de algún Estado parte (artículo 71).

En el séptimo apartado que va de los artículos 72 a 78, se abordan disposiciones relativas, exclusivamente, al Comité de Protección de los Derechos Humanos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, mecanismo convencional de Naciones Unidas a través del cual se pretende la aplicación de la Convención en todos los Estados parte, sobre él discurriremos en el siguiente acápite.

regional, Chile, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía-División de Población Fondo de Población de Naciones Unidas, 2005, 45, pp. 2-10.

302 Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular,* México, Porrúa, 2011, caps. III y IV.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

El apartado octavo de la Convención regula disposiciones generales. En este reducido compendio de preceptos —seis artículos en total (artículos 79 a 84)— la Convención deja muy en claro su vocación de protección a derechos y no de gestión o control migratorio (artículo 79), prepara una cláusula (artículo 80) a través de la cual la interpretación que se haga de lo dispuesto en la Convención no podrá menoscabar la Carta de Naciones Unidas o cualquier instrumento constitucional de los demás organismos internacionales ligados a ella (OIT, UNESCO, UNICEF, OMS); asimismo establece que lo dispuesto en ella será una especie de "mínimo legal" el cual no podrá ser disminuido aunque sí aumentado por las legislaciones de los Estados parte (artículo 81); este mínimo no puede ser objeto de renuncia (artículo 82). Por último, aborda la reparación efectiva que los Estados parte deben garantizar a los migrantes que hayan sufrido vulneraciones a los derechos contenidos en la Convención (artículo 83), adoptando las medidas legislativas, administrativas o jurisdiccionales necesarias para tal fin (artículo 84).

A lo largo del apartado final, que va del artículo 85 al 93, se regulan cuestiones atinentes al derecho de los tratados. Se consigna que la Convención quedará abierta a firma (artículo 86), que entrará en vigor a partir de 20 ratificaciones (artículo 87) puntualizando que aquellos Estados que a través de la ratificación de este instrumento se obliguen, no podrán excluir de su cumplimiento ni una sola parte de la Convención (artículo 88). De esta forma regula la denuncia, así como los plazos para hacerla efectiva, los requisitos y excepciones que ésta presentaría de ser aceptada (artículo 89); las reglas generales de la enmienda y para la formulación de reservas (artículos 90 y 91 respectivamente). Por último, incluye una disposición que autentifica los textos depositados de la Convención en los idiomas oficiales de Naciones Unidas (artículo 93).

3. *Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios (CMW) e informes*

Una vez desglosado el contenido de la Convención, conviene puntualizar sobre su séptimo apartado. Hace apenas unas pocas líneas dejamos en claro que haríamos un acápite especial para tal fin, sin embargo, lo anterior no se constriñe a la descripción de los preceptos que contiene, sino al análisis de lo que el mecanismo convencional surgido a partir de éste ha dicho con relación al cumplimiento que México ha dado a sus obligaciones internacionales en la materia. Realizar dicho análisis resulta fundamental para clarificar los argumentos a partir de los cuales México defiende su postura ante el citado mecanismo, así como las observaciones y recomendaciones que éste

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

realiza al Estado mexicano, pues con base en eso podremos articular de manera más sencilla la crítica que se hará de la Ley de Migración.

Como se ha mencionado con anterioridad, México —es decir, el Estado mexicano— ha contraído obligaciones internacionales en la materia. Éstas se deben a que la CIPDTM fue aprobada por el Senado de la República el 14 de diciembre de 1998, en tanto que el depósito del instrumento de ratificación ante la Secretaría General de Naciones Unidas se realizó el 8 de marzo de 1999. Unido a lo anterior, de acuerdo a su propia letra, la CIPDTM entró en vigor para nuestro país el 1o. de julio de 2003 (luego de las 20 ratificaciones necesarias para tal fin). Este evento no sólo trajo aparejada formalidad en el cumplimiento de las obligaciones mexicanas, sino que además permitió la creación del mecanismo de protección que se describe —someramente— en este apartado.

Iniciemos por comentar que el séptimo apartado (artículo 72 a 78) hace referencia a la creación del mecanismo convencional que cuida la aplicación del instrumento en análisis; denominado Comité de Protección de los Derechos Humanos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, organismo colegiado compuesto por 10 expertos,[303] ante el cual los Estados parte entregan informes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la Convención, dichos informes son realizados con fundamento en su artículo 73 donde se estipula su entrega en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del instrumento para el Estado parte de que se trate, en tanto que los posteriores serán cada cinco años o cuando el Comité lo solicite. "Tras examinar los informes el Comité hace llegar al Estado parte las observaciones que considera oportunas"[304] con fundamento en el artículo 74. El citado Comité dio inicio a sus funciones de revisión una vez entrada en vigor la Convención.

Esto último tiene que comprenderse bien para lograr los objetivos del presente acápite. Normalmente se afirma que una norma jurídica positiva entra en vigor una vez que culminan exitosamente las fases del proceso legislativo constitucional; sin embargo, para el derecho de los tratados la

[303] En el proceso de elección se presta consideración a la distribución geográfica equitativa y a la representación de los principales sistemas jurídicos y se incluye tanto a Estados de origen como a Estados de empleo de trabajadores migratorios. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, la Convención Internacional sobre los Trabajadores Migratorios y su Comité, *cit.*, pp. 11 y 12.

[304] *Ibidem*, p. 1.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cuestión es diferente. Todos los Estados parte en la Convención, al ratificarla se obligaron, luego de lo cual la recepcionaron en su sistema jurídico convirtiéndola en parte viva e integrante de aquel, entrando en vigor luego de culminar una serie de etapas específicas. Lo anterior, sin embargo, se relativiza a las relaciones (derechos y obligaciones) que los Estados contraigan entre sí, o con organismos internacionales, pues para efectos convencionales la entrada en vigor se logró luego de verificar 20 ratificaciones, ello se traduce en que el instrumento se vuelve activo a partir de que surge el Comité, lo que significa que los Estados parte deben actuar para implementar acciones encaminadas a cumplir con las obligaciones asumidas, pues desde ese momento surge un actor cuya función esencial es revisar que cumpla.

En sentido estricto cada Convención internacional determina la cantidad de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor. Únicamente, a manera de ejemplo, el artículo 19 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial determina que su contenido entra en vigor con el depósito del vigésimo séptimo instrumento de ratificación, situación que se verificó el 4 de enero de 1969. A causa de lo anterior surge el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, "el primer órgano creado por las Naciones Unidas para vigilar y examinar las medidas adoptadas por los Estados para cumplir con las obligaciones que les incumben en virtud de un acuerdo concreto de derechos humanos".[305] En este mismo orden de ideas la Convención, en su artículo 87 exige el depósito de 20 instrumentos de ratificación. Lo anterior se logró el 1o. de julio de 2003.

Así las cosas, del 1o. al 5 de marzo de 2004, el Comité tuvo su primer periodo de sesiones, en él se estableció que el Comité celebraría normalmente un periodo ordinario al año. Así pues se han celebrado continuamente 14 sesiones ordinarias hasta la fecha, del 4 al 8 de abril de 2011; el Estado mexicano presentó su informe con fundamento en el artículo 73, siendo respondido el 3 de mayo de 2011 por el Comité mediante sus observaciones finales, con fundamento en el artículo 74.

En los informes se "deben indicar los problemas que afecten a la aplicación de la Convención y proporcionar información acerca de las características de las corrientes de migración"[306] así como la descripción del:

[305] Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Folleto informativo*, núm. 12, "Lucha contra la discriminación racial: acción de las Naciones Unidas", Ginebra, 1999, p. 2, en *http://www.unhchr.ch/spanish/html/*.

[306] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto Informativo*, núm. 24, "La Convención Internacional sobre los Trabajado-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> Marco constitucional, legislativo, judicial y administrativo que rige la aplicación de la Convención y todo acuerdo en materia de migración, presentar información cuantitativa y cualitativa sobre las corrientes migratorias en que participa el Estado, describir la situación actual en lo que respecta a la aplicación práctica de la Convención en el Estado que presenta el informe incluir información sobre las medidas adoptadas por el Estado parte para difundir y promover la Convención y sobre la cooperación con la sociedad civil a fin de fomentar y respetar los derechos contemplados en la Convención.[307]

Así pues, de acuerdo con este parámetro analizaremos los informes rendidos por México al Comité. El primer informe mexicano fue presentado el 18 de noviembre de 2005 en Ginebra, Suiza; éste respondió a la disposición apuntada del artículo 73 de la Convención donde se dice que una vez pasado el primer año luego de entrada en vigor la Convención, para los Estados parte, éstos tendrán que enviar un informe inicial al Comité. Aquel fue respondido en octubre de 2006 mediante un compendio de recomendaciones orientadas a que el gobierno de México satisficiera lo estipulado en la Convención. El segundo informe, ya calificado como periódico, fue entregado el 14 de enero de 2010, y examinado por el Comité los días 4 y 5 de abril de 2011, quien aprobara las observaciones finales el 7 de abril del mismo año.

De forma muy puntual puede decirse que el discurso de México, rendido en el informe de 2005, se centró en el intento de legitimar internacionalmente sus demandas en relación con las problemáticas bilaterales surgidas entre el país y Estados Unidos. Es por lo anterior que la médula del informe es la explicación de las acciones emprendidas por México para paliar la vulnerabilidad de sus migrantes en el extranjero, primordialmente en el país vecino del norte. Así, durante la sustanciación del informe, se menciona la frontera sur de forma accesoria con relación al tema de la trata de personas[308] o se reconoce de forma tímida "que en ocasiones la situación indocumentada de los miles de migrantes que anualmente ingresan al país en su mayoría centroamericanos, los hace más vulnerables, por lo que se torna prioritario garantizarles derechos".[309] En un tenor similar se enuncian varios *memorandos* de entendimiento entre México y países de Centroaméri-

res migratorios y su Comité", Naciones Unidas, Ginebra Suiza, mayo, 2006, *cit.,* p. 12.

307 Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 73 de la Convención. México", Estados Unidos, 2005, p. 24.

308 *Ibidem*, párrs. 203 y 204.

309 *Ibidem*, párrs. 337.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ca creados para disminuir el tráfico ilícito de personas y garantizarle a las potenciales víctimas condiciones dignas de retorno.[310] Aún con lo anterior en realidad no se abordan de forma profunda los temas de la frontera sur ni el de los migrantes centroamericanos.

Sin embargo, la situación anterior —que cambia por completo para el reporte de 2011— tiene una razón política de peso para ser como fue: la apuntada y necesaria legitimación internacional por parte de México con relación a sus exigencias al gobierno de Estados Unidos en la materia. En este sentido, en 2002 México recibe dos visitas de organismos internacionales, fundamentales para la configuración de su discurso, la primera del 25 de febrero al 6 de marzo de 2002 por parte de la Relatoría Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la segunda del 25 de julio al 1o. de agosto de 2002 por parte de la Relatoría Especial en la materia, en esta ocasión de la Organización de los Estados Americanos. Dichos organismos abordan como eje transversal en sus visitas el tema de los mexicanos en el exterior, de hecho el informe rendido por la Comisión Interamericana ahonda principalmente en la necesaria satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales para garantizar la inexistencia de movimientos migratorios irregulares en México.[311]

Súmese a esto la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso Avena y otros nacionales mexicanos, que reestructuró la visión de los derechos humanos de los migrantes irregulares mexicanos en los Estados Unidos y el mundo, principalmente porque, comenta Ortiz Ahlf[312] al respecto, se convierte en referente de análisis para estructurar el debido proceso a extranjeros, permitiendo un acceso a la justicia, prístino y sobre todo —como también reconoce Estrada Tanck—[313] apegado a los estándares internacionales en la materia. Por si esto fuese poco, México solicita a la Corte IDH en 2003 una opinión consultiva sobre el estado de los derechos humanos de sus nacionales en los Estados Unidos con la cual, en palabras de Ortiz Ahlf, la "Corte cura una laguna del derecho internacional general

310 *Ibidem*, párrs. 215 y 216.

311 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte de la Visita *in loco* a México realizada por la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias entre el 25 de julio y el 1o. de agosto de 2002, en *www.cidh.oas.org/Migrantes/2003.sp.cap.5c.htm.*

312 Ortiz Ahlf, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, *cit.* pp. 58-64.

313 Estrada, Dorothy, *Legislación y políticas públicas mexicanas, armonización con el régimen jurídico internacional sobre derechos humanos de los migrantes*, cit., p. 332.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

en lo referente a los inmigrantes en situación irregular",[314] al sostener que "la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación de ningún Estado para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral".[315] A esto todavía hay que añadir que el 1o. de julio de 2003, la Convención entra en vigor.

Es por lo anterior que pareciera haberse articulado un escenario político regional e internacional que dio entrada a la polarización de los roles jugados por los actores estatales involucrados, es decir México y Estados Unidos (quedando subyacente Centroamérica), esto desde luego permitió, por un lado, que México se erigiera en el Estado vulnerado y Estados Unidos en el vulnerador. Con independencia de las consecuencias políticas que esto haya traído aparejado para la relación bilateral entre ambos actores lo verdaderamente relevante aquí es que el fenómeno migratorio mexicano aún se concebía como uno norteño, relacionado de manera indefectible a los braceros, al desierto y al *american dream.*

Así pues, México decide continuar la línea discursiva que preparó con todas las acciones anteriores. De tal suerte que, por ejemplo, en el informe rendido ante el Comité en 2004, cuando aborda el tema de la personalidad jurídica nunca se mencionan las acciones emprendidas por el gobierno mexicano para solucionar la falta de su acceso a los centroamericanos, sólo se centra en lo relativo a los mexicanos en el exterior.[316] Lo mismo sucede con los derechos laborales de estos últimos, que por efectos del fallo de la Suprema Corte Americana, *Hoffman Plastic Compounds, Inc. V. NLRB* de 2002, se veían francamente reducidos,[317] el anterior provocó la reacción mexicana que concluye en la opinión consultiva comentada. Así pues, retornando al hilo discursivo principal, en el informe[318] cuando se aborda la temática respecto a las medidas destinadas a impedir y eliminar los movimientos y el

[314] Ortiz Ahlf, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, *cit.*, p. 70.

[315] Estrada, Dorothy, *Legislación y políticas públicas mexicanas, armonización con el Régimen Jurídico internacional sobre derechos humanos de los migrantes, cit.*, p. 335.

[316] Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Examen de los informes presentados por los Estados partes de Conformidad con el artículo 73 de la Convención. México", Estados Unidos, 2005, párrs. 260-271 y 314.

[317] Smith, Rebecca, "Derechos laborales y derechos humanos de los migrantes en estatus irregular en Estados Unidos", *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes,* México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 290-298.

[318] United Nations, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Examen de los informes presentados por los Es-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

empleo ilegal o clandestino de los trabajadores migratorios irregulares, se involucra el tema migratorio centroamericano de forma casi imperceptible, mencionándose primordialmente el programa de trabajadores agrícolas existente entre México y Canadá desde 1974, y la intención de que sucediera lo mismo en el caso mexicano-estadounidense.

Podría decirse que el gobierno mexicano únicamente toca el tema de la frontera sur cuando muestra la importancia de la Conferencia Regional de Migración o *Proceso Puebla* como marco para promover gobernabilidad migratoria a través de cooperación regional, donde afirma que se "procuró crear un espacio institucional para la resolución de diferencias y problemas derivados de la aplicación de disposiciones migratorias en México y para el intercambio de información en la materia, entre las autoridades migratorias mexicanas y las centroamericanas".[319] Sin embargo, Mármora[320] afirma que dicha estrategia únicamente funcionó como barrera en el movimiento de población sur-norte pues, a instancias de la delegación estadounidense, la discusión se centró sobre el tema de la seguridad nacional y regional. En su informe de 2004, la realidad es que el gobierno mexicano hizo pocas declaraciones sobre la migración centroamericana.

Por otro lado, el Comité efectúa la mayoría de sus recomendaciones sobre el tema centroamericano, insta a que el proceso migratorio sea justo y digno, a que se brinde el acceso a la justicia como parte sustancial del derecho humano al debido proceso y de forma particular, exhorta al gobierno de México para crear "una Ley de Migración que corresponda a la nueva realidad migratoria del país y se ajuste a los dispuesto en la Convención".[321] Esto último reviste gran importancia para este trabajo porque si bien México tiene actualmente una novísima Ley de Migración, ésta no cumple todos los estándares internacionales que debiera satisfacer.

Ahora bien, el segundo informe periódico de México se da en 2011. Tres años antes, en marzo de 2008, el gobierno mexicano le brinda información al CMW con relación a las observaciones finales del primer informe. En

tados partes de Conformidad con el artículo 73 de la Convención. México", Ginebra, 18 de noviembre de 2005, párr. 500-526.

[319] *Ibidem*, párr. 344

[320] Mármora, Lelio, *Las políticas de las migraciones internacionales*, México, Paidós, pp. 66 y 67.

[321] United Nations, Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, "Información proporcionada por el Gobierno de México en relación con la aplicación de las observaciones finales del Comité de Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares", Ginebra, 19 de junio de 2008, 5a. recomendación.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

aquella ocasión (2008) México se centra sobre su caris migratorio orientado hacia la frontera sur, ya no es sólo el hecho de proteger a sus ciudadanos en los Estados Unidos, sino de garantizarles derechos humanos a quienes llegan a su territorio. De tal suerte que, para el 4 y 5 de abril de 2011, la línea oficial del discurso mexicano atinente a la migración ha cambiado de rumbo, lo que resulta notorio en la descripción de las acciones estatales dentro del documento.[322] El cambio responde desde luego a factores que hacen cambiar la visión de México, así se convierte en el Estado vulnerador, ya no en el vulnerado. Un ejemplo paradigmático es el Informe rendido por Amnistía Internacional durante 2010 donde se pone a disposición del lector un panorama amplio e integral de lo sucedido en México con sus flujos migratorios. Sin duda, como afirma Carmen Aristegui en entrevista con Rupert Knox[323] (investigador de Amnistía Internacional en México), en el documento se deja ver clara la complejidad del fenómeno y por tanto la necesidad de involucrar a todas las instancias posibles para que las autoridades asuman la responsabilidad fundamental en la visibilización del grave problema que la gestión migratoria vive en México, pero sobre todo en la solución a la sistemática violación a sus derechos humanos.

Junto con Amnistía Internacional, destaca lo dicho por el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, organización que también envía al CMW un informe sobre cuestiones atinentes a la vida de los flujos migratorios centroamericanos en México. Pro Juárez en consonancia con lo afirmado por Amnistía Internacional urge la necesidad de articular una política migratoria basada sobre el respeto, protección y garantía de los derechos humanos de los migrantes irregulares en México y no sobre el eje de la seguridad nacional.[324] Ambas organizaciones afirman que lo anterior

[322] Pasa del discurso americano al centroamericano, diciendo que en los últimos años "la frontera sur de México ha experimentado un incremento significativo de corrientes migratorias de carácter mixto" acepta que el "grueso de estos flujos lo constituyen personas que atraviesan el territorio nacional para llegar a Estados Unidos", Naciones Unidas, Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares "Observaciones finales del Comité de Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, México", 2011, párr. 14.

[323] Entrevista de Carmen Aristegui a Jorge Santibañez, "Aumenta la polémica sobre la Ley SB1070", en *http://www.youtube.com/watch?v=-XB1dqU3UuY minute 7:50 y 8:10.*

[324] El Centro Pro Juárez afirma: "La perspectiva de la política migratoria actual de México se centra en la gestión de flujos, el reforzamiento de los controles fronterizos y el vínculo per se de la migración en situación irregular con la estrategia de seguridad nacional del Estado... La percepción... se ha mantenido desde la publicación del Plan

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

no podrá ser en tanto no se cree un marco legal congruente a la realidad migratoria mexicana pues "la vulnerabilidad y la marginación de los migrantes irregulares significa que la igualdad ante la ley rara vez existe en la práctica".[325]

Luego de todo lo visto hasta aquí, resulta palmario el cambio discursivo mexicano. No es para extrañarse, sin embargo, el objetivo del presente apartado es dejar a la vista el cambio de forma simple, sin necesidad de ahondar mucho en la segunda versión pues sobre ella construiremos —con asidero jurídico— los argumentos que demostrarán que si bien el Estado mexicano ha logrado avances en la materia, aún se encuentra lejos de cumplir con sus obligaciones internacionales.

IV. Descripción de la Ley de Migración

Para comprender totalmente la Ley de Migración, no es únicamente necesario analizar sus disposiciones sino imbuirse —aunque sea de manera superficial— en su contexto. Lo anterior en razón de que si bien es verdad que esta tesis sustenta sus argumentos sobre la teoría jurídica del positivismo como antes abundamos, no es menos verdad que resulta fundamental ver la ley en su entorno socio-histórico para lograr un ejercicio intelectivo mucho más fructífero que el surgido a partir del análisis literal y sintáctico de la ley.

Es así que se abordarán someramente algunas fechas importantes para el desarrollo de las políticas migratorias en el país a la luz de diversos ordenamientos en la materia, con el fin de que al concluir la lectura, se tenga un panorama más amplio de cómo México ha entendido su caris migratorio y, si no es muy ambicioso, cómo ha intentado darle solución a las problemáticas nacidas a partir de dicha comprensión. En un acápite distinto describiremos la Ley de Migración.

1. *Antecedentes*

Manuel Ángel Castillo afirma que "la llegada y recepción de extranjeros al territorio nacional ha sido un proceso fluctuante entre demostraciones

Nacional de Desarrollo 2006-2012 e incluso se fortalece al ser el combate a la delincuencia organizada y los problemas vinculados con ésta, el eje rector de la administración de Felipe Calderón", Centro de Derechos Humanos, Miguel Agustín Pro Juárez, *Secuestros a personas migrantes en tránsito por México. Documento entregado al Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el 4 de marzo de 2011, en el marco de la evaluación del segundo informe periódico del Estado mexicano*, México, 2011, p. 8.

[325] Amnistía Internacional, *Victimas invisibles...*, *cit.,* p. 39.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

y actitudes de xenofobia y xenofilia".[326] Lo anterior permite rescatar dos visiones dicotómicas sobre la otredad articulada a través de concepciones antropológicas, políticas públicas y cuerpos legales, de estos tres ejemplos nos aproximaremos a los últimos dos.

México como un país geopolíticamente privilegiado, luego de su independencia toma una postura específica respecto a sus dinámicas poblacionales que no fue más que la clásica promoción del aumento demográfico mediante la incentivación de flujos migratorios provenientes del extranjero,[327] la cual según Salvador Arriaga[328] desembocó —por allá… durante los años cuarenta del siglo XIX— en la pérdida de la mitad del territorio nacional debido a un secular despoblamiento de las regiones septentrionales del país —arrastrado desde la colonia— y a la habilidad norteamericana que bien supo aprovechar la coyuntura.[329] En este sentido González Oropeza comenta que:

> En un principio [se refiere al inicio del México independiente] México requirió de políticas públicas de migración y colonización incluyentes. Gracias a las leyes mexicanas de inclusión migratoria muchos colonos del sur de Estados Unidos contaron graciosamente con tierras y con la oportunidad de iniciar una nueva vida en México.[330]

Andado el siglo XIX, México sufre de una inestabilidad política y económica importante que subsiste hasta bien entrado el último tercio del siglo,

326 Castillo, Manuel Ángel, "Las políticas y la legislación en materia de inmigración y transmigración", en Alba, Francisco *et al.* (coords.), *Migraciones Internacionales*, vol. III, 2010, p. 549.

327 Tal fue el caso del Decreto sobre Colonización de 1824, el cual sin la necesidad de satisfacer un requisitado amplio, brindaba a los extranjeros gran cantidad de prerrogativas, incluso la facilidad de adquirir propiedad privada como mexicano. *Cfr.* González, María de Lourdes y González, Gabriela, "El trabajo migratorio de indocumentados en México", *Migraciones Internacionales*, vol. 5, núm. 2, julio-diciembre de 2009, p. 98.

328 Sandoval, Alfonso, "Políticas de población: viejos y nuevos desafíos", García, Brígida y Ordorica, Manuel (coords.), *Los grandes problemas de México. Población,* vol. I, México, El Colegio de México, 2010, p. 436.

329 Véase Guedea, Virginia y Rodríguez, Jaime, "De cómo se iniciaron las relaciones entre México y Estados Unidos", *Mitos en las relaciones México-Estados Unidos,* México, Fondo de Cultura Económica-Secretaría de Relaciones Exteriores, 1994, pp. 11 y ss.

330 González Oropeza, Manuel, "La involución del *common law* en los Estados Unidos en el tratamiento de los derechos humanos", *Historia del derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005, p. 213.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

sin embargo, en materia de extranjería, "el criterio prevaleciente, fue que el poblamiento del territorio era la vía para la utilización amplia y productiva de la base demográfica para una estrategia de desarrollo nacional".[331] Sin embargo, luego de la Revolución mexicana y entrado el siglo XX, la postura sobre las políticas migratorias se orientó hacia la conveniencia de restringir la admisión de extranjeros admitiendo únicamente a aquellos cuya entrada representara un provecho para el país.[332] Todo lo anterior encontró su reflejo a través de los consecuentes ordenamientos jurídicos promulgados en México (1908, 1926, 1930) en los cuales destaca el hecho de que dichas normas se abocaban a la juridificación de la migración internacional (con independencia de la xenofilia o xenofobia apuntadas); sin embargo, andado el tiempo la visión cambia premiando la discusión demográfica sobre la migratoria, con la franca intención de que aquella absorbiera a la segunda.

Esto último resulta notorio con la Ley General de Población de 1936 (la primera en México bajo esta denominación) promulgada durante el sexenio cardenista, con la cual según afirman González y González[333] se regularon al mismo tiempo asuntos migratorios, turísticos, demográficos, así como de identificación y registro de personas. En ella se tiene una intención política subyacente: poblar zonas consideradas desiertas (cabe decir que desde el siglo XVII) que "constituían parte del escenario vulnerable a la soberanía nacional siendo prioritario que se impulsara el crecimiento poblacional y económico para equilibrar al país y evitar invasiones a partir del pretexto de la toma de territorio deshabitado".[334] Sin embargo, "el discurso poblacionista que trajo aparejado [dicha ley] no constituyó un conjunto articulado de estrategias o acciones políticas".[335]

331 Castillo, Manuel Ángel, *Las políticas y la legislación en materia de inmigración y transmigración, cit.*, p. 551; Arriaga, Salvador, *Políticas de población: viejos y nuevos desafíos, cit.,* p. 437.

332 Castillo, Manuel Ángel, *Las políticas y la legislación en materia de inmigración y transmigración, cit.*, p. 554.

333 González Chávez, María de Lourdes y González Gómez, Gabriela Beatriz, "El trabajo migratorio de indocumentados en México", *Migraciones Internacionales*, vol. 5, núm. 2, 2009, p. 99.

334 Cruz González, Norma del Carmen, "La política cardenista y sus efectos en el proceso migratorio de tres regiones: la península de Baja California, Quintana Roo y Nuevo León", *Memorias del Segundo Encuentro Nacional sobre Estudios Regionales. Perspectivas regionales: hacia la construcción de espacios integrados,* México, Universidad de Guadalajara, 2008, p. 1.

335 Sandoval, Alfonso, "Políticas de población: viejos y nuevos desafíos", en García, Brígida y Ordorica, Manuel (coords.), *Los grandes problemas de México. Población, cit.*, p. 440.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Con la segunda Ley General de Población de 1947, el paradigma poblacional se convierte en uno restrictivo hacia la migración internacional concibiéndola además como una problemática demográfica. Parafraseando a Manuel Ángel Castillo,[336] la Ley del 47 supuso la máxima expresión de la idea respecto al crecimiento global de la población del país en el cual los extranjeros sólo tendrían cabida en tanto existiera un contexto social, económico, político y cultural que permitiera la llegada exitosa y equilibrada de dicho recurso humano. Obsérvese entonces la supeditación del tema migratorio al demográfico, el cual (exacerbado por la política mexicana poblacional decimonónica legada a los primeros gobiernos revolucionarios) dejó de lado la importancia de las dinámicas migratorias venidas de y hacia México.

Y eso que en este tiempo ya el programa de braceros tenía vida (1942), la migración guatemalteca llegada a Chiapas con carácter estacional se incrementaba de manera importante por la porosidad de la frontera sureña,[337] y si bien México mostró su desacuerdo con los regímenes totalitaristas permitiendo el ingreso de asilados y refugiados españoles, admitidos con bombo y platillo en el país,[338] su ejemplo fue aislado, pues no se repitió en la mismas condiciones con los refugiados alemanes[339] o con el tratamiento otorgado a la colonia japonesa de México[340] durante la Segunda Guerra Mundial.

Dicho ordenamiento en general contenía un gran número de restricciones a la admisión de extranjeros contenidos en la ley de 1936. Destacando sin embargo, como afirman González y González[341] el hecho de que en ella

[336] Castillo, Manuel Ángel, *Las políticas y la legislación en materia de inmigración y transmigración" cit.,* pp. 552.

[337] Arámbula, Reyes, Alma *et al*., "El flujo migratorio centroamericano hacia México", en González, Carlos (coord.), *Relaciones Estado-diáspora: aproximaciones desde cuatro continentes*, México, SRE-IME-UAZ-ANUIES-Miguel Ángel Porrúa, t. II, pp. 224 y 225.

[338] Díaz, Gerardo, "Gilberto Bosques. Un diplomático mexicano frente al nazismo", *Relatos e Historias. México*, México, Editorial Raíces, núm. 36, agosto, 2011, pp. 15 y 16.

[339] Castillo, Manuel Ángel y Venet, Fabienne, "El asilo y los refugiados: una visión histórica y crítica hasta nuestros días", en Alba, Francisco *et al.* (coords.), "*Los grandes problemas de México. Migraciones internacionales*, vol. III, México, El Colegio de México, 2010, p. 197.

[340] Para un análisis muy interesante orientado hacia el estudio de la discriminación sufrida por la colonia japonesa en México de 1941 a 1945 véase Peddie, Francis, "Una presencia incómoda: la colonia japonesa de México durante la segunda guerra mundial", *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, núm. 32, julio-diciembre de 2006, pp. 73-101.

[341] González Chávez, María de Lourdes y González Gómez, Gabriela Beatriz, *El trabajo migratorio de indocumentados en México, cit.,* p. 99.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

por primera vez surgen las tres calidades migratorias incluidas en la Ley General de Población de 1974 (inmigrante, no inmigrante, inmigrado) y con ella nacen las estaciones migratorias. Obsérvese entonces que un cuerpo legal que debiera representar el sustento normativo de una necesaria política demográfica, abordaba en gran medida el tema migratorio, con lo cual le desnaturaliza en sus efectos y causas fomentando su gestión ineficaz.

Luego de 1947 llega la Ley General de Población de 1974. Dicha norma, en la materia fue la más longeva en México, si por esto entendemos el tiempo durante el cual se encontró vigente, más de 35 años. De hecho resulta interesante lo que al respecto comenta Sandoval Arriaga[342] en el sentido de que si bien los intentos por lograr una política demográfica mexicana surgen —a partir de los paradigmas nacionalista y del necesario poblamiento del país— desde finales del siglo XIX y continúan a lo largo del XX, resulta para él palmaria la identificación de una etapa bien delimitada de política demográfica uniforme desde 1970 hasta la actualidad (la edad aproximada de la ley) destinada hoy a fenecer. Dicha etapa surge curiosamente por más factores internacionales que internos, según sostiene en un interesante estudio Carlos Welti Chanes.

Welti Chanes analiza los factores de política internacional que rodearon durante esa etapa a México y observa situaciones particulares. En primera instancia la permanente influencia norteamericana tuvo que ver con su desarrollo, dado que su diplomacia afirmaba que en virtud de la elevada tasa de crecimiento poblacional en México "las consecuencias sobre Estados Unidos se reflejarían de diversas maneras. México asumiría posiciones más radicales en la escena internacional. La migración ilegal se incrementaría",[343] esto se traducía en que el *óptimo demográfico* (es decir, la cantidad idónea de habitantes en relación con los servicios y productos existentes) se vería superado por el aumento poblacional fomentando pobreza y por tanto necesidad de migrar (como de hecho sucedió).

En segunda instancia la gran afluencia de estudios poblacionales provenientes de organismos internacionales como Naciones Unidas en las cuales se situaba a México (junto con otros países latinoamericanos como Brasil y Colombia) en el ojo del huracán, afirmando que tenían la obligación de disminuir su aumento poblacional para poder garantizar servicios y productos básicos, provocó el surgimiento de la idea de que ellos serían los culpables

342 Sandoval, Alfonso, "Políticas de población: viejos y nuevos desafíos" en García, Brígida y Ordorica, Manuel (coords.), *op. cit.,* pp. 443.

343 Welti Chanes, Carlos, "La Ley General de Población y el contexto internacional", en Valdez, Luz María, *La Ley de Población a treinta años de distancia. Reflexiones, análisis y propuestas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 15.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de un desbordamiento demográfico regional que afectaría a terceros países. Por último, paradójicamente, aún primaba la forma de "hacer política" heredada de gobiernos revolucionarios donde se asimilaba que "gobernar es poblar".[344]

Todo esto se tradujo en un texto legal que intentó dar gusto a todas las posiciones. Y que en su momento, vio la luz como uno de avanzada, que se convirtió en un ejemplo a seguir para diversos países del subcontinente. A pesar de lo anterior, es francamente criticable —como bien arguye al respecto Ceriani Cernadas—[345] el uso de una *visión instrumental* del fenómeno migratorio, nutrida por un criterio esencialmente utilitarista, según la cual el ingreso de migrantes debe limitarse en función de los intereses y necesidades del país de destino (en este caso México) diseñando una política *a propos*, de manera unilateral y desde una lógica nacional, con miras incluso a desaparecer el fenómeno migratorio irregular sin mencionarlo, pues, bajo el criterio anterior, se le concibe como un flujo no beneficioso para el desarrollo del país.

En este sentido, su franca parcialización hacia el manejo demográfico aun cuando abordaba de forma importante el tema migratorio, no permitió observar las dinámicas al respecto desde una perspectiva orientada a la región, con lo cual se midieran factores o vectores económicos, políticos y sociales relacionados con la estabilidad interna de las naciones latinoamericanas y que por tanto motivara una gestión conjunta de estos menesteres. Pareciera que fue más sencillo o por lo menos más *ad hoc* —para no caer en juicios fútiles— discutir el tema envolviéndolo en otro que tradicionalmente se resuelve en sede interna. Con esto último la migración en México se trató con un carácter ajeno e inatinente, lo que devino en una amplia discrecionalidad de las autoridades migratorias así como en el tratamiento del tema desde la visión del mexicano en el exterior (sujeto obvio de la política demográfica) antes que el sujeto centroamericano, migrante irregular, cayendo no sólo en lagunas legales sino en violaciones manifiestas a derechos humanos.

2. *Descripción*

Desde el informe entregado en 2004 al Comité de Derechos Humanos de los Trabajadores Migratorios (CMW), se plasmó la necesidad de que Mé-

[344] Sandoval Arriaga, *op. cit.*, p. 440; Welti Chanes, *op. cit.*, p. 3.

[345] Ceriani Cernadas, Pablo, "Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana", *Nueva Sociedad,* núm. 233, mayo-junio, 2011, p. 72.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

xico creara una legislación atinente a las dinámicas migratorias del país.[346] Justamente en virtud de que la Ley General de Población (LGP) como eje central para la articulación de la política migratoria mexicana, en realidad no fomentaba su gestión eficaz. Lo anterior a resultas de que abordaba el tema migratorio con una perspectiva eminentemente demográfica. Así, si bien es cierto que, desde un marco disciplinar inserto en el estudio de las ciencias sociales, comparten elementos sustanciales de teorización como el movimiento humano y la satisfacción de necesidades humanas a partir de un espacio físico, por otro lado —como afirma Pellegrino—[347] sus autonomías teórica y material son innegables. Lo anterior destacó como uno de los cambios necesarios para la creación de un nuevo cuerpo legal verdaderamente adecuado al tema migratorio.[348]

Luego de cuatro años de preparación e importantes discusiones al respecto,[349] y de que incluso el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo en turno al Congreso de la Unión fuera duramente criticado por criminalizar la migración, el 29 de abril de 2011 es aprobada en tanto que el 24 de mayo del mismo año fue finalmente promulgada la nueva Ley de Migración (LM).

Accesoriamente, en un sentido paralelo a la ley, el 10 de junio de 2011, es publicada en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma trascendental del sistema jurídico mexicano en la figura de artículo 1o. constitucional, de su mano fue posible la construcción genuina de un bloque de constitucionalidad, así como de convencionalidad —en términos interamericanos, con relación al Pacto de San José—.[350] Con él las obligaciones construidas internacionalmente en materia de derechos humanos (tal es el caso de la CIPDTM) deben ser irrestrictamente cumplidas por las autoridades internas dado que los instrumentos que las contienen pasan a formar parte del

346 Naciones Unidas, *Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,* "Examen de los informes presentados por los Estados partes de Conformidad con el artículo 73 de la Convención. México", Estados Unidos, 2005, pp. 21 y 22.

347 Pellegrino Adela, *Documento de trabajo,*"Caracterización demográfica del Uruguay", en *http://www.anep.edu.uy/historia/clases/clase20/cuadros/15_Pellegrino-Demo.pdf*, Programa de Población, Chile, Universidad de la República, 2003, pp. 2 y 3, consultado el 30 de agosto de 2011.

348 Ramos, Jorge, "La política migratoria funciona mal: FCH", *El Universal*, México, 25 de mayo de 2011, en *http://www.eluniversal.com.mx/nacion/185696.html*, consultado el 29 de agosto de 2011.

349 El Universal, "Segob aplaude nueva Ley de Migración", 29 de abril de 2011, en *http://www.eluniversal.com.mx/notas/762322.html.*

350 Véase pp. 165 y 166.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

sistema jurídico mexicano, más aún de su cuerpo constitucional, con ello si se desoyen se vulnera el corazón de aquel, se pone en peligro el Estado de derecho y, más aún, no hay pretexto jurídico para desoír.

Con lo anterior fue posible observar, por un lado, un discurso político encaminado a su legitimación[351] como un cuerpo normativo de avanzada que contribuía a la consecución del *rule of law* en México junto con la reforma constitucional. Sin embargo, con todo y lo anterior, se conformó una opinión surgida en el seno de la sociedad civil contraria a dicha postura, según la cual la ley es un "intento por criminalizar a los migrantes en nuestro país"[352] en cuyos detalles hay vacíos legales importantes,[353] esta última postura se fortalece a partir de la opinión de organismos internacionales como el CMW o la Organización Internacional de las Migraciones. El primero comenta, dentro las recomendaciones otorgadas al Estado mexicano luego de la entrega de su primer informe periódico en 2011, que la ley "tiene aspectos que no serían enteramente compatibles con la Convención"[354] mientras que el segundo afirma que si bien la ley "representa un gran avance, no se puede considerar como un resultado final... lo que obliga a adaptar continuamente las políticas públicas a los retos que acarrea la migración y a las necesidades de las poblaciones más vulnerables".[355]

Quizá lo que resulte más radical en cuanto a posturas y lo más extremo en cuanto a consecuencias, todas para el Estado mexicano, es que con independencia del logro político (tanto doméstico como internacional) que representa la promulgación y vigencia de este nuevo cuerpo normativo, en sede jurídica resulta necesario observar si verdaderamente cumple con las

351 Véase, Gómez, Ricardo, "Celebra Gómez Morfín Ley de Migración", *El Universal*, 24 de mayo de 2011, en *http://www.eluniversal.com.mx/notas/767728.html*; Michel Elena, "Navarrete celebra promulgación de Ley de Migración", *El Universal*, 24 de mayo de 2011, en *http://www.eluniversal.com.mx/notas/767728.html*; Notimex, "Ley de Migración consolida política del país: Blake", *El Universal*, 24 de mayo de 2011, en *http://www.eluniversal.com.mx/notas/767644.html*, consultado el 30 de agosto de 2011.

352 Peters, María de Jesús, "ONG piden frenar Ley de Migración", *El Universal*, 22 de febrero de 2011, en *http://www.eluniversal.com.mx/estados/79654.html.*

353 Centro de Derechos Humanos, Miguel Agustín Pro Juárez, *Secuestros a personas migrantes en tránsito por México, cit.*, pp. 9 y 10.

354 Naciones Unidas, "Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y de sus Familiares", *Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, México, 2011, p. 3.

355 Organización Internacional de las Migraciones, "Comunicado de Prensa: Promulgación Nueva Ley de Migración en México", en *http://www.oim.org.mx/news/comunicado_oim_%2025 may2011.pdf*, consultado el 25 de mayo de 2011.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

obligaciones internacionales que el Estado mexicano adquirió. Dado que como bien apunta Pratti Rousselet[356] no sólo basta con la creación de la Ley de Migración para lograr los objetivos planteados por dichas obligaciones.[357] Así pues, con miras a realizar dicha observación conviene describir la arquitectura de la ley.

La Ley de Migración se divide en ocho títulos: 1) disposiciones preliminares; 2) derechos y obligaciones de los migrantes; 3) de las autoridades migratorias; 4) del movimiento internacional de personas y la estancia de extranjeros en territorio nacional; 5) de la protección a los migrantes que transitan por el territorio nacional; 6) del procedimiento administrativo migratorio; 7) de las sanciones, y 8) de los delitos en materia migratoria.

En la arquitectura de la ley, el primer título tiene un gran peso pues brinda las bases de la norma en análisis al definir su objeto, ámbitos de validez e interpretaciones auténticas sobre los preceptos que conforman —por decirlo así— su núcleo "duro" conceptual y teórico. En él se dispone que ella tendrá por objeto regular el ingreso, salida y tránsito de extranjeros y mexicanos en territorio nacional. Lo anterior "en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, de contribución al desarrollo nacional, así como de preservación de la soberanía y de la seguridad nacional".[358] Esto último se imbrica con lo mencionado en apartados anteriores sobre la liga que aún se articula entre la migración y la seguridad nacional, así como la concepción unilateral y territorialista de la cultura, que trasciende a la visión del derecho y por tanto al desarrollo de la soberanía como característica inalienable del Estado, útil para cerrar fronteras cuando aquel considere necesario hacerlo, con independencia de sus obligaciones jurídicas en un plano internacional.

356 Prati Rousselet, Catherine, "Promoción de ¿qué derechos?", *Excélsior*, 25 de agosto de 2011, en *http://excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_nota=763612*.

357 Con independencia de que en el siguiente capítulo se exponga un concepto de obligaciones internacionales, basado en la interpretación que al respecto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la alta comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos Navanethem Pillay, comenta que "en línea con sus obligaciones internacionales, el gobierno de México debe hacer todos los esfuerzos posibles para proteger la vida e integridad de los migrantes, en particular, mujeres y niños... también debe tomar las medidas necesarias para garantizar que todos los funcionarios del Estado que trabajan con migrantes respeten plenamente sus derechos, y que los defensores de los derechos humanos... así como funcionarios policiales y judiciales encargados de estas investigaciones tengan una protección efectiva". *Cfr.* Otero, Silvia, "Agentes federales deben ser investigados: ONU", *El Universal*, 22 de enero de 2011, en *http://www.eluniversal.com.mx/nacion/183178.html*.

358 Artículo 1o., Ley de Migración.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Asimismo, se mencionan principios fundamentales que en su momento nutrieron la creación de la ley y reglarán su aplicación (artículo 2o.); de ellos se servirá esta investigación para sustentar argumentos en sede jurídica. Únicamente como ejemplo mencionaremos la descriminalización de la migración irregular, el interés superior del niño y la hospitalidad y solidaridad internacionales. Del mismo modo la ley define los principales términos (artículo 3o.) utilizados por ella como "migrante", "defensor de derechos humanos" entre otros que aclarados darán congruencia a la dialéctica que maneja, y por último determina una definición legal de política migratoria[359] para el Estado mexicano.

En el segundo título aborda la temática, fundamental para este trabajo, de los derechos y obligaciones del migrante en México. Justamente el ejercicio que se realizará en el capítulo tercero versará sobre una comparación entre el ordenamiento federal mexicano y la Convención para observar si México cumple con sus obligaciones internacionales atinentes. En dicho apartado se dibuja de forma clara la garantía que debe proveer el Estado mexicano a los migrantes durante el ejercicio de sus derechos humanos, sin importar su estatus migratorio (artículo 6o.). Esto involucra la "debida diligencia"[360] del gobierno nacional para darles certeza en el goce de educación y salud (artículo 8o.), personalidad jurídica (artículo 12), acceso a la justicia y debido proceso (artículo 11), entre otros (artículoS 7o., 10, 13, 14 y 15). Por último enuncia obligaciones (artículo 16 y 17) para los migrantes regulares atinentes al resguardo de su documentación migratoria y a los efectos que su pérdida o caducidad puedan traer aparejadas para la continuación de su estancia en el país.

En el tercer título se aborda la temática de las autoridades migratorias. De acuerdo a un criterio administrativo jerarquizado, comienza con la administración centralizada federal otorgándole atribuciones al respecto a la Secretaría de Gobernación (artículo 18). Cabe comentar en este sentido que

[359] Artículo 2o. La política migratoria del Estado mexicano es el conjunto de decisiones estratégicas para alcanzar objetivos determinados que con fundamento en los principios generales y demás preceptos contenidos en la presente ley, se plasman.

[360] Amnistía Internacional en su multicitado informe de 2009, sobre la migración centroamericana irregular en México cuenta que la "debida diligencia" es la actuación eficaz, a través de medidas legislativas, administrativas y judiciales; lo que además involucra la prevención de abusos, intervención por parte de autoridades en la resolución del abuso, prohibiciones legales para erradicarlos y además la reparación o indemnización de las víctimas. Esto se encuentra en franca relación con el artículo 83 de la Convención donde se enuncia la obligación estatal de reparación efectiva. *Cfr.* Amnistía Internacional, "Victimas invisibles...", *cit.*, p 8.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la Ley General de Población de 1974, a lo largo de su arquitectura brindaba a la Secretaría de Gobernación atribuciones en materia demográfica.[361] Esto último cambia por completo en la nueva ley al otorgarle atribuciones en materia migratoria.

Asimismo, al Instituto Nacional de Migración (INM) se le otorgan atribuciones dentro de la nueva ley (artículo 20), anteriormente éstas figuraban en el reglamento interno de la Secretaría de Gobernación por ser el Instituto un órgano desconcentrado más dentro de su estructura orgánica; sin embargo, se pretende con este cambio que se tome con mayor seriedad y profesionalismo la labor del Instituto por ser éste quien instrumenta y articula la política migratoria nacional. En este sentido, dentro del título destaca un capítulo especial sobre la profesionalización y certificación de la autoridad migratoria (artículos 22 a 25). Asimismo se enuncian las atribuciones que las autoridades migratorias auxiliares tendrán en la materia, tal es el caso de la Secretaría de Turismo (artículo 26), la Secretaría de Salud (artículo 27), Procuraduría General de Justicia (artículo 28), o el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (artículo 29). Destacan por su ausencia la Secretaría de Trabajo y Previsión Social y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

En el título cuarto se regula el movimiento humano internacional en México. Se divide en dos partes, dentro del primer capítulo se aborda el tema del ingreso y salida de mexicanos y extranjeros, en el segundo se aborda la estancia de estos últimos. Dentro de su arquitectura se protege el derecho a retornar al país de origen (en el caso de mexicanos), se atribuye el control migratorio exclusivamente a las autoridades designadas por la ley y se le otorgan a los extranjeros derechos relativos a la adquisición de calidades migratorias estipulando las formas de visado en México (artículos 40 y 52). En este sentido a diferencia de la Ley General de Población, donde era posible otorgar tres calidades migratorias específicas (inmigrante, no inmigrante e inmigrado) con sus respectivas condiciones, en la nueva ley se crean tres nuevas calidades (visitante, residente temporal, residente permanente) que sustituyen a las anteriores, incluyendo además el otorgamiento de las condiciones de refugio, asilo, apatridia y protección complementaria.

Destaca además la atribución que el Poder Ejecutivo Federal tiene, a través de disposiciones administrativas de carácter general ——en la figura del Decreto—, para prohibir o suspender la admisión de extranjeros, publicándolo previamente en el *Diario Oficial de la Federación*. En el título quinto se

[361] Esto es visible en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su artículo 27, fracción IV, donde se le atribuye para "formular y conducir la política de población salvo lo relativo a colonización, asentamientos humanos y turismo".

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

aborda la dialéctica de protección a migrantes irregulares en tránsito por México, justamente es este apartado, junto con el segundo título relativo a sus derechos humanos, sobre los cuales versará el análisis de nuestro tercer capítulo con miras a comprobar la hipótesis planteada a lo largo de esta investigación. En el sexto título de la ley se esboza de manera general el procedimiento administrativo migratorio donde se estipula el control y verificación migratorios (artículos 77-80), así como la presentación (aseguramiento, artículos 99-109) de migrantes (artículos 81-91), su alojamiento en estaciones migratorias (artículo 106-11) y posterior salida de México, ya sea por vía de retorno asistido o de deportación (artículos 114-125).

Dentro de sus capítulos se enuncia que dicho procedimiento será regido por la ley, si aún inexistente reglamento, y supletoriamente por la Ley Federal del Procedimiento Administrativo (artículo 77), protegiendo en todo momento los derechos humanos de los migrantes (tanto regulares como irregulares) en México. A pesar de lo anterior dicho procedimiento presenta inconsistencias, antinomias y lagunas jurídicas como más adelante se demostrará.

En un séptimo título se enuncian las sanciones (artículo 138) a las que se harán acreedoras autoridades migratorias (artículos 140-142) así como personas físicas y morales (artículos 143-158) que violen lo estipulado en la ley. En él se regula como sanción la "deportación" (artículo 144). Convertir dicho acto estatal en una sanción, *a prima facie*, no equivale a criminalizar la migración o a ligarla con cuestiones de poder político. Más adelante veremos en qué consiste, dejando claro en el camino que el retorno asistido y la deportación no son la misma cosa, por el contrario esta última reviste rasgos muy específicos. Asimismo se tipifican en la ley diversos delitos en materia migratoria (artículos 159 a 162).

Por último, dentro de sus artículos transitorios (seis en total); la ley deja claro que: 1) en tanto surja el nuevo reglamento gran parte de la ley (como lo referente a visas y al tránsito de migrantes centroamericanos) no será aplicable; 2) que las disposiciones administrativas que no se opongan al texto de la ley (no al espíritu de esta ley) continuarán operantes, y que las calidades otorgadas con anterioridad a la publicación de la ley seguirán válidas (aun cuando vulneren derechos humanos). Lo anterior se traduce en un tiempo muerto para la protección a migrantes irregulares pues la vacancia provocada por la falta del reglamento, hará que las consecuencias jurídicas y mecanismos procesales aún vivos en la Ley General de Población sean los aplicables con relación a diversas hipótesis de la Ley de Migración mientras que otras tantas contenidas en la novísima ley —aun cuando estas sean benéficas para los migrantes— serán sinónimo de letra muerta.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Visto todo lo anterior, la nueva ley surge a la vida pública en un panorama político (internacional y nacional) paradójico pues por un lado se protege y por otro se pretende perjudicar al migrante en virtud de los factores apuntados. Junto con esto, lo que resulta más relevante para este estudio es que la ley nace a la vida jurídica con muchas promesas por satisfacer. En puridad, la visión oficial no sólo festeja la publicación de la ley como un avance jurídico sino que la suma al dividendo política ganado con la reforma constitucional en materia de derechos humanos (10 de junio de 2011), afirmando el cumplimiento de las obligaciones internacionales que México ha contraído, con su sola publicación. Sin embargo, a México aún le queda mucho camino por andar en este sentido.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios (CIPDTM) 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. Cierto 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 (CIPDTM) 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

posible separarlas artificiosamente pues ambas se encuentran imbricadas no sólo por su origen en un sentido material (provienen 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 dimanan 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 *jurisprudence 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.international justiceproject.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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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/AsuntosRelevantes/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.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 IDH[382] 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 necesarios[384] "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/Taquigráficas/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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 Gómez[388] 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 *effet 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 humanos"[390] 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 arbitrarias[391] 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 IDH[394] es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es prerrequisito 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 Reeducación del Menor", sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, párr. 156, y Corte IDH, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *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.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/84ab969*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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. 13/2002[396] 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 comento:

> 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> 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 abreva 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 encubierta[399] 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 polifacetismo 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 resolución1999/35 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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, respectivamente[405] 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-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 Campbell[412] —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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 histórico[413] 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 derecho 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 abrevar de la observación general número

417 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Loren Laroye Riebe Star *vs.* México, parrs. 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 varios ocasiones[421] 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> 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?OpenElem ent*, 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/2b7d046b65 3e1a4bc1256f5e005a5b3b/$FILE/112-1981s.pdf.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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, *cit.*, 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)/*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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…

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 intervendrían serían los Ministerios Públicos, ya estatales o federales según la conducta que se investigue y sea presumiblemente componente de un delito.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 conglomera 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-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 importante[440] 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 realizado 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).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 proceso[441] 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 admita 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, decrete o niegue las medidas cautelares solicitadas.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 forzadamente 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 tómese 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 internacional[443] 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...".

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 decrete 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 impugnable 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 definitividad[447] 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 criterio[451] 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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 entendiendo 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 resolutiva 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 administrativa[452] 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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 Lara[453] y de Ortiz Ahlf[454] 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 circunstancia 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 recalcó 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 fundamental[459] (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.unhchr.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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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". *Cfr.* 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> 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 intelectivo, 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 construidos 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Ahora bien, iniciando con el tema del migrante irregular venido de Centroamerica, véase que cuando se leen los artículos 24 del Pacto de San José y 3o. 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 aquel 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 Sawhoyamaxa, *cit.*, párr. 193.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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

Zona Norte	*Zona Centro*	*Zona Sur*
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 Pina[469] 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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* (enfasis añadido).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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

Entidad muestra	*Artículo que contiene la personalidad jurídica desde el nacimiento*
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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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

Zona Norte	*Requisitos para el registro*	*Procedimiento*
Baja California Sur[1]	• 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	• 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]	• 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.	• 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]	• 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.	• 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Sinaloa[4]	• 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.	• Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día.
Tamaulipas[5]	• 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.	• 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.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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

Zona Centro	*Requisitos*	*Procedimiento*
Jalisco[1]	• 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.	• 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]	• 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.	• 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]	• 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.	• Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Hidalgo[4]	• 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.	• 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]	• 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.	• 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.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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

Zona Sur	*Requisitos*	*Procedimiento*
Veracruz[1]	• 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.	• 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]	• 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.	• 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]	• 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.	• 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]	• 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 Srio. del ayuntamiento.	• Llenar solicitud disponible en el Registro Civil. • Entregar dicha solicitud al encargado del Registro Civil. • El trámite es gratuito. • Se resuelve el mismo día.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Yucatán[5]	• 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.	• 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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 León[485] y Chiapas[486] 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> *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 requisitado, 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 harto 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 tutelarlo 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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 adecuadas[490] 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 circulación[493]

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 activa[503] 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 harto 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 Vásquez[515] 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 innegable[516] 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 internacional 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 coadyuven 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> 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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 Fronteras[520] o Amnistía Internacional[521] han detectado graves problemas respecto a la disponibilidad de servicios médicos, en virtud de que el hacinamiento, la falta de higiene y de personal redunda 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, *Víctimas 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 36[523] 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.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 salud[524] 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 transmigración centroamericana por el estado de Tabasco", en *http://www.codehutab.org.mx/ necesidadesyacionesad.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.ltscc.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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 convertirlas 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En tal orden de ideas puede verse que los recintos de salud en las estaciones migratorias, no son científica 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

Finiquitado 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 *mínimum 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 Natios, Estados Unidos, 2011, en *http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG_Rport_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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.11[532] 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 gratuitamen-

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.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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'Donell, 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 beneficien 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 nexo 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 inscribirle 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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 causes 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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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:

Requisitos para inscripción a la enseñanza primaria
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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

CONCLUSIONES

Primera. Todas las migraciones causadas por la pobreza, como patología social, son forzadas aunque en diferentes grados. Ellas a diferencia de las causadas por factores políticos, no se encuentran legitimadas, lo que promueve la creación de políticas públicas y cuerpos legales encaminados a castigarlas y desaparecerlas por considerar que son nocivas para el desarrollo de las sociedades de recepción.

Segunda. México es un país de origen, recepción y tránsito de migrantes, que desde los años noventa ve el aumento exponencial del tercer tipo de movimientos. En este contexto, la política migratoria mexicana es restrictiva y sigue los postulados de la teoría de mercados duales. Así, México no tutela los derechos humanos de los migrantes económicos centroamericanos que van en tránsito, ni por medio de políticas públicas ni de normas jurídicas atinentes.

Tercera. La CIPDTM se erige como la construcción jurídica más madura en materia de derechos humanos de migrantes económicos irregulares, fruto, jurídicamente vinculante, de la evolución que el *soft law* del sistema universal de protección a derechos humanos ha tenido a lo largo de más de 50 años de desarrollo. México la ratificó en 1999 por tanto desde esa fecha se encuentra obligado a respetar, garantizar y proteger a los migrantes económicos irregulares venidos desde Centroamérica.

Cuarta. Resulta fundamental que el sistema jurídico-político mexicano se reestructure en lo atinente a migración internacional irregular, dado que aún al día de hoy no existe un marco legal propicio para garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos del migrante centroamericano, lo que trasciende a la articulación e implementación de políticas públicas en la materia, en México. Ello aun cuando la reforma de junio de 2011, en materia de derechos humanos, representa un espoleo a este ánimo que debe replicarse.

Quinta. México, al haber ratificado la CIPDTM —tratado internacional que de acuerdo a la reforma en la materia, suscitada en junio de 2011, goza de rango constitucional, obligando al Estado a respetarlo irrestrictamente dado que resulta parte integrante de su sistema jurídico— no cuenta con asidero jurídico alguno para no dar cumplimiento a las obligaciones internacionales que de ella emanen. Por tanto resulta fundamental que tome las medidas jurídicas adecuadas para reformar los cuerpos legales que junto

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

con la Ley de Migración regulan la materia migratoria en México, sin esas reformas la ley se encontrará desvinculada de la realidad social.

Sexta. El derecho a la vida se erige como la llave para el ejercicio de los demás derechos humanos. México no lo ha constitucionalizado. Resultaría propicia su positivación junto con la implementación de políticas públicas que garanticen este derecho a los migrantes en tránsito, en lo relativo a las ejecuciones extrajudiciales y a la falta de garantía del universo de derechos humanos restante.

Séptima. El derecho al debido proceso es el vehículo de defensa natural de derechos humanos. Por tanto, su garantía al migrante irregular reviste su posibilidad de ejercerlos y vindicarlos. Resulta fundamental su garantía a nivel constitucional así como en la Ley de Migración. El procedimiento administrativo migratorio debe gozar de mecanismos jurídicos encaminados a garantizar el acceso a la justicia así como la tutela efectiva.

Octava. El derecho a la personalidad es el medio a través del cual el hombre nace a la vida jurídica. Por tanto, su garantía es necesaria para que el sujeto goce de los derechos reconocidos en el sistema jurídico, de capacidad jurídica, legitimación procesal y desde luego nacionalidad. En este contexto es fundamental que el migrante goce de un procedimiento gratuito, comprensible y sencillo a través del cual pueda satisfacer con facilidad los requisitos que se le imponen para registrar a su hijo. Esto incluye el apostillamiento de actas de identidad y excepciones a la satisfacción de requisitos inatinentes.

Novena. El derecho a la salud no presupone un estado de enfermedad, significa la satisfacción integral de determinantes que involucran *v. gr.*: educación, trabajo, alimentación. En este contexto resulta fundamental garantizar al migrante centroamericano, por medios legales, su filiación a un régimen de salud, así como la reforma de la atención médica brindada en las estaciones migratorias, a través de una construcción jurídica que disponga obligaciones específicas para el Estado, pues en ambos no se satisfacen los mínimos elementos que el derecho a la salud contiene.

Décima. El derecho a la educación es fundamental para el mejoramiento en la calidad de vida del ser humano. Su nexo con la satisfacción del derecho a la personalidad jurídica es causal, en virtud de que sin él, el menor (hijo de migrante centroamericano) no puede ingresar a la enseñanza básica. Por tanto resulta fundamental que los requisitos de ingreso a las escuelas primarias, no se erijan como mecanismos de discriminación al menor. De ahí que se deba perfeccionar un procedimiento a través del cual, el niño migrante, tenga la oportunidad de acceder a la educación aun cuando no tenga acta de nacimiento.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ANEXOS

Anexo 1. Tabla donde se muestran los derechos que la Convención (CIDPTM) reconoce a todos los migrantes, con independencia de su status migratorio

Derecho consignado	*Artículo dentro de la Convención*
Derecho a la vida	Artículo 9
Derecho a no sufrir torturas, tratos o penas crueles inhumanas y degradantes	Artículo 10
Derecho a la no esclavitud	Artículo 11.1
Derecho a la no realización de trabajos forzoso	Artículo 11.2
Libertad de pensamiento, conciencia y religión	Artículo 12.1
Libertad de culto, sin coacción	Artículo 12.2
Libertad de expresión religiosa	Artículo 12.3
Derecho de opinión	Artículo 13.1
Libertad de expresión	Artículo 13.2
Derecho a la intimidad y al honor	Artículo 14
Derecho a la preservación de bienes	Artículo 15
Derecho a la libertad y a la seguridad personal	Artículo 16.1
Derecho a la protección efectiva por parte del Estado *vs.* todo tipo de violencia	Artículo 16.2
Derecho a la verificación de sus datos, apegado a la ley	Artículo 16.3
Derecho a la no detención arbitraria	Artículo 16.4
Derecho a la información	Artículo 16.5
Derechos Penales procesales	Artículo 16.6
Derecho a la Comunicación Consular	Artículo 16.7
Derecho de acción *vs.* ilegalidad de detención	Artículo 16.8

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Derecho a indemnización si hubo detención ilegal	Artículo 16.9
Derecho a un trato humano digno durante la detención y el proceso penal	Artículo 17.1
Derecho a un trato especial durante la sustanciación del proceso penal	Artículo 17.2
Derecho a un aseguramiento legal	Artículo 17.3
Derecho a la readaptación social luego del proceso penal	Artículo 17.4
Derecho a visitas en la prisión	Artículo 17.5
Auxilio estatal a la familia del migrante	Artículo 17.6
Igualdad de Derechos Procesales respecto a los nacionales en caso de detención	Artículo 17.7
Derecho a gratuidad en caso de verificación de una infracción a disposiciones migratorias.	Artículo 17.8
Igualdad de derechos procesales ante tribunales, Derecho de Audiencia	Artículo 18.1
Derecho a presunción de inocencia durante el proceso penal	Artículo 18.2
Derecho al goce de garantías procesales penales	Artículo 18.3
En caso de menores, deberá haber readaptación social	Artículo 18.4
Certeza jurídica e impugnabilidad ante tribunal superior de sentencias recurribles	Artículo 18.5
Derecho a impugnabilidad de sentencias	Artículo 18.6
Derecho al goce del principio de *non bis in idem*	Artículo 18.7
No irretroactividad del tipo penal en contra del migrante	Artículo 19.
Derecho de residencia o de trabajo en la sentencia penal	Artículo 19.2
No pena privativa de libertad por deudas de carácter civil	Artículo 20.1
No expulsión por incumplimiento de obligación contractual	Artículo 20.2
No se puede destruir, confiscar o intentar destruir documentos de identidad	Artículo 21

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Proscripción de medidas de expulsión colectivas	Artículo 22.1
Derecho a una expulsión legal	Artículo 22.2
Derechos procesales	Artículo 22.3
Suspensión del acto reclamado en materia de expulsión	Artículo 22.4
Derecho a la indemnización cuando la decisión de expulsión sea revocada	Artículo 22.5
Derecho al pago de prestaciones laborales luego de la expulsión	Artículo 22.6
Derecho a emigrar a otro Estado distinto del expulsor	Artículo 22.7
Derecho a gratuidad sobre las costas en su expulsión	Artículo 22.7
Derecho al no cobro de la expulsión	Artículo 22.8
Derecho a la conservación de otros derechos adquiridos durante su estancia	Artículo 22.9
Derecho a asistencia Consular	Artículo 23
Reconocimiento de su personalidad jurídica	Artículo 24
Igualdad de derechos laborales respecto de nacionales del Estado receptor	Artículo 25.1
Principio de igualdad de trato en materia de contratos privados laborales	Artículo 25.2
Deber estatal de garantizar los derechos contenidos en el Convención	Artículo 25.3
Derecho a la Asociación Profesional	Artículo 26.1
Excepción de restricción a estos derechos en virtud del respeto al orden público	Artículo 26.2
Derecho a Seguridad Social	Artículo 27.1
Posibilidad de reembolso de prestaciones con posterioridad a la expulsión	Artículo 27.2
Derecho a atención médica urgente	Artículo 28
Derecho a un nombre, registro de nacimiento y nacionalidad	Artículo 29
Derecho a la educación de hijos migrantes en escuelas públicas	Artículo 30

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Derecho al respeto a la identidad cultural	Artículo 31.1
Deber estatal para lograr lo anterior	Artículo 32
Derecho a la información sobre el goce de los derecho aquí consignados	Artículo 33
Deber estatal para difundir los derecho aquí consignados	Artículo 33.2
Derecho a la gratuidad en el acceso a la información de los derechos en la convención	Artículo 33.3
Deber de los migrantes de cumplir las leyes y reglamentaciones del Estado receptor	Artículo 34
Deber estatal de asegurar condiciones satisfactorias y efectivas para la migración internacional	Artículo 35

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Anexo 2. Siglas y abreviaturas

Nombre completo	*Siglas*
CCF	Codigo Civil Federal
CDH	Comité de Derechos Humanos
CEDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIPDTM	Convención Internacional para la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familias
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CURP	Clave única del Registro de Población
CMW	Comité para todos los trabajadores migratorios.
ECOSOC	Comité Económico y Social
IMSS	Instituto Mexicano del Seguro Social
ISSSTE	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado
ISFAM	Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas de México
LA	Ley de Amparo
LFPA	Ley Federal del Procedimiento Administrativo
LFPCA	Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo
LGE	Ley General de Educación
LGP	Ley General de Población
LGS	Ley General de Salud
LM	Ley de Migración
OEA	Organización de Estados Americanos
OIM	Organización Internacional de las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OMS	Organización Mundial de Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos. Económicos, Sociales y Culturales
RGLP	Reglamento de la Ley General de Población
UNESCO	Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo Internacional de las Naciones Unidas para las emergencias de la Infancia

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

BIBLIOGRAFÍA

Abu Warda, Nahib, "Las Migraciones Internacionales", *Revista de Ciencias de las Religiones*, Universidad Complutense de Madrid, Anexo XXI, 2007.

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

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.

Aguirre Moreno, Judith, "La migración como exclusión de la globalización", *Letras Jurídicas*, México, núm. 4, núm. 8, julio-diciembre, 2003.

Alvarado Planas, Javier, "Fundamentación historicista de los derechos humanos", *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.

Álvarez Acosta, María Elena, "El Caribe insular: apuntes sobre las migraciones económicas y el tráfico de personas", *Instituto Superior de Relaciones Internacional "Raúl Roa García"*, Cuba, 2006, en *http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cuba/isri/acosta.rtf.*

Amnistía Internacional, *Víctimas invisibles en México: Migrantes en Movimiento*, España, EDAI, 2010.

Andrade, Sofía, "Migrantes centroamericanos, doblemente explotados", *Liga de trabajadores por el Socialismo-Contracorriente*, en *http://www.ltscc.org.mx / spip.php?article152*.

Anzures Gurría, José Juan, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-junio de 2010.

Arámbula Reyes, Alma *et al.* "El flujo migratorio centroamericano hacia México", en González, Carlos (*coord.), Relaciones Estado-diáspora: aproximaciones desde cuatro continentes*, México, SRE-IME-UAZ-ANUIES-Miguel Ángel Porrúa, t. II, 2006.

Arango, Joaquín, "Explicación teórica de las migraciones", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas*, núm. 1, octubre de 2003.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Arrocha, Pablo, "Consideraciones sobre el Estado de Derecho en el plano internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2010.

Ayala Corao, Carlos, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias" en Méndez Silva, Ricardo, (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

Buira, Rubén, "Políticas de Estado-diáspora en Argentina", en González Gutiérrez, Carlos (coord.), *Relaciones Estado-Diáspora: la perspectiva de América Latina y el Caribe*, México, SRE-UAZ-IME-ANUIES, t. II.

Banco Mundial, "Datos sobre migración y remesas 2011", en *http://siteresources.worldbank.org/INTPROSPECTS/Resources/334934111031501516 5/Factbook2011Spanish.pdf.*

Bayefsky, Anne F., "El principio de equidad y no discriminación en el Derecho Internacional", *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núm. 1 y 2, 1990.

Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho Internacional Público*, México, UNAM, 2010.

———, "Una visión diferente de las fuentes del derecho internacional", Becerra Ramírez *et al.* (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

———, "El derecho a la Paz y el derecho internacional del desarrollo" en Becerra Ramírez *et al*. (coords.), *Memorias del Congreso Internacional sobre la Paz,* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. 1, 1987.

———, "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.

Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica,2000.

———, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Brandi Aleixo, José Carlos, "Los derechos humanos en la vida y obra de Jaques Maritain", *Humanismo Integral,* año I, núm. 2, enero-abril de 2004.

Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

———, "La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales", en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Calleros Alarcón, Juan Carlos, *El Instituto Nacional de Migración y los derechos humanos de los migrantes en México*, México, Centro de Estudios Migratorios, 2009.

Cançado Trindade, Augusto, "Desarrollo de las Relaciones entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos en su amplia dimensión", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,* junio-diciembre de 1992.

Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 3a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

———, "Libertad de tránsito y fronteras: la gran cuestión del siglo XXI", en Valadés, Diego *et al.* (coords.), *El proceso Constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

Carrillo Castro, Alejandro, "La migración en América Latina", en De Olloquí, José Juan (comp.), *"Estudios en torno a la Migración",* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

Castañeda y Álvarez de la Rosa, Jorge, *El valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*, Colegio de México, 1967.

Castles, Stephen *et al. La era de la migración: movimientos internacionales de población*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2007.

Castillo García, Gustavo, "Las sentencias que emita la CIDH deben ser cumplidas por el Estado mexicana: SCJN", *La Jornada*, p. 18, en *http://www.jornada.unam.mx/2011/0 7/06/politica/018n1pol*.

Castillo, Manuel Ángel, "Las Políticas y la legislación en materia de inmigración y transmigración, en Alba, Francisco *et al.,* (coords.), *Migraciones Internacionales,* México, Colegio de México, vol. III, 2010.

———, "Migración, derechos humanos y ciudadanía", *El país transnacional; migración mexicana y cambio social a través de la frontera*, México, Instituto Nacional de Migración-UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales 2010.

——— y Venet, Fabienne, "El asilo y los refugiados: una visión histórica y crítica hasta nuestros días", en Alba, Francisco *et al.* (coords.), *Migraciones Internacionales,* México, Colegio de México, vol. III, 2010.

Castillo, Dídimo, "Las políticas hacia la migración centroamericana en países de origen, de destino y de tránsito", *Papeles de Población,* núm. 024, Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Autónoma del Estado de México, CIEAP.

Castro, Arachu, "Sobre el derecho a la salud", *Revista Cubana Salud Pública,* Cuba, Sociedad Cubana de Administración de Salud, núm. 32, 2006.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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,* España, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, núm. 4, junio de 2002.

Centro de Derechos Humanos, Miguel Agustín Pro Juárez, "Secuestros a personas migrantes en tránsito por México. Documento entregado al Comité para la protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y de sus familiares, el 4 de marzo de 2011, en el marco de la evaluación del segundo informe periódico del Estado mexicano", México, 2011.

CEPAL, "Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América Latina y el Caribe, Síntesis y conclusiones, Trigésimo primer período de sesiones 20 al 24 de marzo", Uruguay, ONU, 2006, en *http://www.ucm.es/info/eid/cursodc d/IMG/pdf_L12._CEPAL_2006_Migraciones_y_desarrollo_AL_y_Cb._Sintesis.pdf.*, consultado el 23 de diciembre de 2010.

Ceriani Cernadas, Pablo, "Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana", *Nueva Sociedad,* núm. 233, mayo-junio, 2011.

Cianciardo, Juan, "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de Distinción", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2008.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Código Civil Federal.

Código del Registro Civil.

Colombo Campbell, Ricardo, "El debido proceso constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* núm. 241, 2004.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, "Informe Especial sobre secuestro de migrantes en México", en *http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/ 2011_sec migrantes.pdf.*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 47/96 del Caso 11.463 "Víctimas del Barco Remolcador 13 de Marzo *vs*. Cuba" del 16 de octubre de 1996, en *http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Cuba11436.htm.*

———, Reporte de la Visita in loco a México realizada por la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias entre el 25 de julio y el 1o. de agosto de 2002, en *www.cidh.oas.org/Migrantes/2003.sp.cap.5c.htm.*

———, "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.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

———, "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 2007, en *http://www.ci dh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf.*

———, 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/me xico%2011.610.htm.*

Comité de Derechos Humanos de Tabasco, "La transmigración centroamericana por el estado de Tabasco", en *http://www.codehutab.org.mx/ necesidadesyacionesad.html*, consultado el 10 de enero de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fermín Ramírez *vs.* Guatemala, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de junio de 2005, serie C, núm. 126.

———, caso Baena Ricardo y otros *vs*. Panamá, excepciones preliminares, sentencia del 18 de noviembre de 1999, serie C, núm. 61.

———, caso Yatama *vs*. Nicaragua, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127.

———, caso Ivcher Bronstein *vs*. Perú, competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999, serie C, núm. 54.

———, caso Radilla Pacheco *vs*. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209.

———, caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154.

———, caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220.

———, 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, serie C, núm. 220.

———, caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras, fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4

———, 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.

———, caso Godínez Cruz *vs*. Honduras, fondo, sentencia del 20 de enero de 1989, serie C, núm. 5.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

———, 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, num. 8.

———, 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.

———, 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.

———, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17.

———, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18.

———, caso de las Niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, serie C, núm. 130.

———, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146.

———, caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, fondo reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125.

———, caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala, excepciones preliminares, sentencia del 11 de septiembre de 1997, serie C, núm. 32.

———, Caso "Instituto de Reeducación del Menor", sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112.

———, Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216.

———, Caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala, fondo, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Comunicado de Prensa CGCP/241/10, Ecuador, en línea, 2010, en *http://www.cndh.org.mx/comsoc/co mpre/2010/COM _2010_0241.pdf.*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cruz González, Norma del Carmen, "La política cardenista y sus efectos en el proceso migratorio de tres regiones: la península de Baja California, Quintana Roo y Nuevo León", *Memorias del Segundo Encuentro Nacional sobre Estudios Regionales. Perspectivas regionales: hacia la construcción de espacios integrados*, México, Universidad de Guadalajara, 2008.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Cruz Villalón, Pedro, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, enero-abril de 1989.

De Alba, Francisco, "La Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorias: alguna implicaciones", *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005.

———, "Dilemas globales de la migración internacional", *Reunión-Diálogo*, México, Centro Tepoztlán, Tepoztlán Morales, 1992.

De Lucas, Javier, "Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los Derechos Humanos. (a propósito de la polémica sobre los derechos morales)" , *DOXA*, núm. 10, 1991, en *http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_13.pdf.*

De Pina, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, vol, I, 14a. ed., México, Porrúa.

Declaración de México para el reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Díaz Müller, Teodoro, "El derecho internacional humanitario y los derechos humanos en el siglo XXI", en Cienfuegos, David y López Olvera, Miguel (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Internacional y otros temas*, México, UNAM, 2005.

Díaz, Gerardo y Bosques, Gilberto, "Un diplomático mexicano frente al nazismo", *Relatos e Historias de México*, núm. 36, agosto de 2011.

Díaz, Carlos, *El sueño hegeliano de un Estado ético*, España, Calatrava, 1987.

Dollot, Louis, *Las migraciones Humanas*, España, Oikos-Tau, núm. 62, 1971.

Entrevista de Carmen Aristeguia Jorge Santibañez, "Aumenta la polémica sobre la Ley SB1070", CNN en Español, Denver Colorado, 27 de abril 2010 en *http://www.youtube.com/watch#!v=31cjXTJoaCE&feature= related.*

Erreguerena Josefa, "Imaginario social y los atentados del 11 de septiembre", *Revista Razón y Palabra*, núm. 25, año 6, diciembre 2001, enero 2001, México, Sistema Tecnológico de Monterrey, en *http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n25/jerre.html*, consultado el 5 de agosto de 2011.

Escobar, Cristina, "Migración y derechos ciudadanos: el caso mexicano", *El país transnacional; migración mexicana y cambio social a través de la frontera*, México, Instituto Nacional de Migración-UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2010.

Estatuto de Roma.

Estrada, Dorothy, "Legislación y Políticas Públicas mexicanas, armonización con el Régimen Jurídico internacional sobre derechos humanos de

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

los migrantes", *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes",* México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005.

Falcón, Antonio *et al.* "Los migrantes indocumentados en México: realidad invisible", *Colección Estudios jurídicos Themis Nueva Generación*, t. I, 2010.

Fernández, Eusebio, "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, España, Universidad Complutense de Madrid, vol. 1, 1952.

———, "El ius-naturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII", *Historia de los derechos fundamentales, tránsito a la modernidad (s. XVI y XVII)*, t. 1, 1a. reimpresión corregida y ampliada, 2003.

Fix Zamudio, Héctor, "Naturaleza de los derechos humanos y su validez en derecho internacional consuetudinario", en Gómez-Robledo, Alonso, *Derecho internacional. Temas selectos,* 5a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, *Advocacy Kit, Basic Education,* Estados Unidos, Naciones Unidas, 1999.

Fondo de Población de las Naciones Unidas, *Preguntas frecuentes sobre Derechos Humanos,* 2010, en *http: //www.unfpa.org/derechos/preguntas.htm*.

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

García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2008.

García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006.

———, "El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 117, vol. XXXIX, 2006.

García Zamora, Rodolfo, *Migración internacional y desarrollo local: una propuesta binacional para el desarrollo regional del sur de Zacatecas, México*, Red Nacional de Migración y Desarrollo, México, 2002, en *www.migracionydesarrollo.org*, consultado el 25 de agosto de 2011.

Giddens, Anthony, "Sociedad de Riesgo, el contexto de la Política Británica", *Estudios demográficos y Urbanos,* Colegio de México, 1998.

Gobierno del Estado de Baja California Sur, página del Registro Civil del estado de Baja California Sur, en *http://www.lapaz.gob.mx/regcivil/tramites.php*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Gobierno del Estado de Chihuahua, página del Registro Civil del estado de Chihuahua, en *www.chihuahua.gob.mx/registrocivil/Contenido/plantilla5.asp?cve_canal=612&Potal=ssg/registrocivil*.

Gobierno del Estado de Nuevo León, página del Registro Civil del estado de Nuevo León, en *http://www.nl.gob.mx/?P=sgg_d_reg_civil_servicios*.

Gobierno del Estado de Sinaloa, página del Registro Civil del estado de Sinaloa, en *http://www.laipsinaloa.gob.mx/index.php?option=com_flexicontent&view=items&id=10%3Asgg&id=2137%3Aregistro-de-nacimiento&Itemid=3050*.

Gobierno del Estado de Tamaulipas, página del Registro Civil del estado de Tamaulipas, en *http://servicios.tamaulipas.gob.mx/servicios/reg_civil/tramites.htm*.

Gobierno del Estado de Jalisco, página del Registro Civil del estado de Jalisco, en *http://www.tlaquepaque.gob.mx/sitio/node/1137*.

Gobierno del Estado de Distrito Federal, página del Registro Civil del Distrito Federal, en *http://www.rcivil.df.gob.mx/*.

Gobierno del Estado de Querétaro, página del Registro Civil del estado de Querétaro, en *http://www.municipio dejalpan.gob.mx/registrocivil.php*.

Gobierno del Estado de Hidalgo, página del Registro Civil del estado de Hidalgo, en *http://alfajayucan.hidalgo.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=25*.

Gobierno del Estado de Tlaxcala, página del Registro Civil del estado de Tlaxcala, en *http://www.nanacamilpa.gob.mx/wb/Tlaxcala/nanacamilpa_registro_civil*.

Gobierno del Estado de Veracruz, página del Registro Civil del estado de Veracruz, en *http://portal.veracruz.gob.mx/portal/page?_pageid=937,4054298&_dad=portal&_schma=PORTAL*.

Gobierno del Estado de Chiapas, página del Registro Civil del estado de Chiapas, en *http://www.registro civil.chiapas.gob.mx/faqs.html#faq6*.

Gobierno del Estado de Oaxaca, página del Registro Civil del estado de Oaxaca, en *http://www.registrocivil.oaxaca.gob.mx/tramites/inscripcionnacimiento.html*.

Gobierno del Estado de Tabasco, página del Registro Civil del estado de Tabasco, en *http://www.secotab.go b.mx/guia/tramite.php?tram=026&dep=002*.

Gobierno del Estado de Yucatán, página del Registro Civil del estado de Yucatán, en *http://transparencia.yucatan.gob.mx/datos/2011/consejeria/tramites_Servicios_Reg_Civil_2011.pdf*.

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, México, UNAM, 2009.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

González Chávez, María de Lourdes y González Gómez, Gabriela Beatriz, "El trabajo migratorio de indocumentados en México", *Migraciones Internacionales*, vol. 5, núm. 2, 2009.

González Galván, Jorge Alberto *et al.* "La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario", en Valadés, Diego *et al.*, *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. III, *Derechos humanos*, México, UNAM, 2001.

González Oropeza, Manuel, "La involución del common law en los Estados Unidos en el tratamiento de los derechos humanos", *Historia del derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005.

Gómez, Ricardo, "Celebra Gómez Morfín Ley de Migración", *El Universal*, 24 de mayo de 2011, en *http://www.eluniversal.com.mx/notas/767728.html.*

Gómez Robledo, Alonso, "Notas sobre el llamado Derecho Internacional del Desarrollo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XX, núm. 60, septiembre-diciembre de 1998.

———, *El* ius cogens *internacional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

Gozaíni, Alfredo, "El debido proceso en la actualidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2004

Grange, Mariette, "Importancia e impacto de la Convención Internacional para la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares", *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes"*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005.

Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional,* México, UNAM-Fontamara, 2008.

Guedea, Virginia y Rodríguez, Jaime, "De cómo se iniciaron las Relaciones entre México y Estados Unidos", *Mitos en las relaciones México-Estados Unidos,* México, Fondo de Cultura Económica-Secretaría de Relaciones Exteriores, 1994.

Habermas, Jürgen, "Derechos humanos y soberanía popular. Las concepciones liberal y republicana", trad. de J. González Amuchástegui, *Derecho y Libertades*, núm. 3, España, 1994.

Herdeggen, Matthias, *Derecho internacional público*, México, UNAM, 2005.

Hernández, María del Pilar, "Obligatoriedad de las Resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas en el derecho nacional. A propósito del 50 aniversario de la entrada en vigor de la carta de San Francisco", *Boletín*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie, año XX, núm. 88, enero-abril de 1997.

Henderson, Humberto, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 39, enero-junio de 2004.

Hobsbawm, Eric, *Historia del Siglo XX*, Argentina, Grijalbo Mondadori, 1998.

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*.

Jongitud, Jaqueline, "El derecho al desarrollo en el ámbito de las Naciones Unidas", *Notas críticas*, México, Universidad Veracruzana, 2008.

Keeley, Brian, *International Migration, the Human Face of Globalization*, Francia, OECD, 2009.

Mazuelos Bellido, Ángeles, "Soft Law: Mucho ruido y pocas nueces", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, diciembre de 2004.

"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?sectio n=espectaculos&article08n1esp,* consultado el 3 de octubre de 2011.

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.

Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", *DOXA*, núm. 4, 1987, en *http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/index.htm.*

Lean Lim, Lin, "Growing Economic Interdependence and its implications for international Migration", *United Nations: Population Distribution and Migration,* Estados Unidos, 1998.

Ley Orgánica de la administración Pública Federal.

Ley sobre la celebración de Tratados.

Ley del diario oficial de la federación y gacetas gubernamentales.

Ley de Migración.

Ley del notariado de Veracruz.

Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo.

Ley para familia del Estado de Hidalgo.

Ley del Registro Civil para el Estado de Nuevo León.

Locke, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, 5a. ed., México, Porrúa, 2008.

Maguid, Alicia, "Migración Internacional, factores socioeconómicos y políticas migratorias en el Cono Sur de América Latina", en González Gu-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

TIÉRREZ, Carlos (coord.), *Relaciones Estado-Diáspora: la perspectiva de América Latina y el Caribe*, México, SRE-UAZ-IME-ANUIES, t. II.

MÁRMORA, Lelio, *Las políticas de las migraciones internacionales*, México, Paidós, 2003.

MARTÍNEZ PIZARRO, Jorge *et al. Lógica y paradoja: libre comercio, migración limitada. Memorias del Taller sobre migración Internacional y procesos de Integración y cooperación regional*, Chile, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía-División de Población-Fondo de Población de Naciones Unidas, 2005.

MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, "La Persona jurídica", *Revista de Derechos Privado,* nueva época, año III, núm. 7, enero-abril de 2004.

MASSEY *et al.*, "Teorías de las migración Internacional; una revisión y Aproximación", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 5, núm. 10, julio-diciembre de 2008.

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*.

MICHEL Elena, "Navarrete celebra promulgación de Ley de Migración", *El Universal*, en *http://www.eluni versal.com.mx/notas/767728.html.*

MILLARD, Eric, "Positivismo y derechos humanos", trad. de R. Guibourg, *Mesa redonda en la Universidad Nacional de Mar de Plata*, Argentina, mayo de 2008.

MONTAÑO, Jorge, "Misión en Washington. De la aprobación del TLCAN al préstamo del rescate", en GONZÁLEZ, María de Lourdes y GONZÁLEZ, Gabriela, "El Trabajo Migratorio de indocumentados en México", *Migraciones Internacionales*, vol. 5, núm. 2, julio-diciembre de 2009.

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*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vol. 40.

MORALES, Patricia, *Indocumentados mexicanos*, México, Grijalbo, 1981.

MORENO LUCE, Martha, "El fundamento de los derechos humanos", *Letras Jurídicas,* vol. 15, enero-junio de 2007.

MULLER UHLENBROCK, Claus, "Del *Ius publicum europeaeum* a la gobernabilidad global. Estrategias, fases y fundamentos de la juridificación", en BECERRA RAMÍREZ, Manuel *et al.* (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales*, México, UNAM, 2008.

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

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Comisión de Derechos Humanos", 56 periodo de sesiones, 25 de noviembre de 1999, pp. 90-108. en *www.letraese.org.mx/Informejahangir.doc.*

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, "Examen de los Informes presentados por los Estados partes en virtud del Artículo 40 del Pacto", 66 período de sesiones, 16, 22 y 23 de julio de 1999, párr. 6, en *www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/d ocs/CCPR-C-99-1_sp.doc.*

———, observación general, núm. 6, El derecho a la vida, art. 6, 30/04/1982, en *http://www.unhchr. ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?Opendocument.*

———, observación general, núm. 3, Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a Nivel Nacional (artículo 2), CCPR/C/13, Estados Unidos, 29 de julio de 1981.

Naciones Unidas, Comité para la eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación núm. XXX sobre la discriminación contra los no ciudadanos, apartado 1o., *Responsabilidad de los Estados partes en la Convención.*

———, *Folleto informativo*, núm. 12, "Lucha contra la discriminación racial: acción de las Naciones Unidas" Ginebra, 1999, en *http://www.unhchr.ch/spanish/html/.*

Naciones Unidas, Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, "Examen de los informes presentados por los Estados partes de Conformidad con el artículo 73 de la Convención. México", Estados Unidos, 2005.

———, "Informe del Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares", noveno y décimo periodos de sesiones, Estados Unidos, 2009.

———, "Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, México", 2011.

———, "Informe del Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares", séptimo periodo de sesiones, Estados Unidos, 2008.

———, documento de trabajo CMW/C/2/L.1, segundo periodo de sesiones 22 de marzo de 2005.

Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, observación general núm.32, artículo 14, "El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia", CCPR/C/GC/32, en *http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/74/PDF/G0743774.pdf?OpenElement,* consultado el 23 de agosto de 2007.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

———, Comunicación, núm. R.25/112, 27 período de sesiones, 8 de abril de 1986, en *http://www.unhchr.ch/tbs/doc .nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/2b7d046b653e1a4bc1256f5e005a5b3b/$FILE/112-1981s.pdf.*

———, Comunicación, núm, 1341/2005, 89 período de sesiones, 12 al 30 de marzo de 2007, en *http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/ab5e-76d737cf362fc12572d500488560? Opendocument.*

———, observación general núm. 32, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, (artículo 14), CCPR/C/GC/32, Estados Unidos, 23 de agosto de 2007.

———, "Informe Inicial que los Estados partes debían presentar en 1984. Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con el artículo 40 del Pacto", 10 de julio de 1996, en *http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol) /CCPR.C.31.Add.4.Sp?Opendocument*.

———, observación general núm. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 de marzo de 2004.

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), E/C.12/2004, 11 de agosto de 2000.

———, "Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales", E/C.12/2000/13, 2 de octubre de 2000.

———, observación general núm.14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, (artículo 12).

———, observación general núm. 3, "La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes", (artículo 2.1).

———, observación general 13, Derecho a la educación (artículo 13), E/C.12/1999/10, Estados Unidos, 15 de noviembre al 3 de diciembre de 1999.

———, observación general 11, Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14), E/C.12/1999/4, Estados Unidos, del 26 de abril a 14 de mayo de 1999.

Naciones Unidas, Resolución de la 183 sesión plenaria de Asamblea General de Naciones Unidas 217 (III), del día 10 de diciembre de 1948.

———, Resolución de la 243 sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 317 (V), del día 17 de noviembre de 1949.

———, "Objetivos del Milenio, Informe 2011", United Natios, Estados Unidos, 2011, en *http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG _Report_2011_SP.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

———, Resolución de la 325 sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 428 (V), del día 14 de diciembre de 1950.
———, Resolución de la 325 sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 428 (V), del día 14 de diciembre de 1950.
———, Resolución de la 841 sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 1386 (XIV), del día 20 de noviembre de 1959.
———, Resolución de la 1261 sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1904 (XVIII), del día 20 de noviembre de 1963.
———, Resolución de la 1406 sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2106 (XX), del día 21 de diciembre de 1965.
———, Resolución de la 1496 sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 (XXI), del día 16 de diciembre de 1966.
———, Resolución de la 1496 sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 (XXI), del día 16 de diciembre de 1966.
———, Resolución de la 1496 sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 (XXI), del día 16 de diciembre de 1966.
———, Resolución de la 408 sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 638 (VII), del día 20 de diciembre de 1952, sobre la situación de los refugiados en Palestina.
———, Resolución de la 398 sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 660 (VII), del día 25 de noviembre de 1952 la necesidad de instruir a los gobiernos en su protección.
———, Resolución de la 1829, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2542 (XXIV), del día 11 de diciembre de 1969.
———, Resolución de la 1829, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2542 (XXIV), del día 11 de diciembre de 1969.
———, Resolución de la 1829, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2542 (XXIV), del día 11 de diciembre de 1969.
———, Resolución de la 1833, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2626 (XXV), del día 24 de octubre de 1970.
———, Resolución de la 1833, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 2626 (XXV), del día 24 de octubre de 1970.
———, Resolución de la 2229, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 3201 (sexto periodo extraordinario de sesiones), del día 1o. de mayo de 1974.
———, Resolución de la 90, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 33/162, del día 20 de diciembre de 1978.
———, Resolución de la 90, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 33/163, del día 20 de diciembre de 1978.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

———, Resolución de la 83, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 35/56, del día 5 de diciembre de 1980.
———, Resolución de la 116, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 40/144, del día 13 de diciembre de 1985.
———, Resolución de la 97, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 41/128, del día 4 de diciembre de 1986.
———, Resolución de la 61, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 44/25, del día 20 de noviembre de 1989.
———, Resolución de la 71, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 45/199, del día 21 de diciembre de 1990.
———, Resolución de la 55, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 55/25, del día 8 de enero de 2001.
———, Resolución de la 55, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 55/2, del día 13 de septiembre de 2000.
———, Resolución de la 55, sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 63/117, del día 10 de diciembre de 2008.
———, Resoluciones 1514 (XV), Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales del día 4 de diciembre de 1960,
———, Resolución 1541 (XV), Principios que deben servir de guía a los Estados miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del artículo 73 de la Carta del 15 de diciembre de 1960.
———, Resolución 2625 (XXV) Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, del 24 de octubre de 1970.
———, Resolución de la 90 Sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas 33/163, del día 20 de diciembre de 1978.
Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación 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.
———, "Recomendación General, núm. 26, sobre las trabajadoras migratorias", 42 periodo de sesiones 4 de abril de 2008.
———, Recomendación General núm. 21.
———, "Recomendación General núm. 21, La igualdad en el Matrimonio y en las Relaciones Familiares", 13 periodo de sesiones 4 de abril de 1994.
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 período de sesiones, 2011, párr. 35 y 37. Naciones Unidas,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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 período de sesiones, 2005.

———, 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, período de sesiones, 2002.

———, observación general, núm 13, "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", 60 período de sesiones, 2011.

Nikken, Pedro, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* 1989.

———, "El artículo 2o. 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 2003, en *http://www.international justiceproject.org/englishOAS.pdf.*

———, "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,* vol. 3, España,Civitas, 2003.

Nino, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del Derecho", Argentina, Astrea, 1990.

Notimex, "Ley de Migración consolida política del país: Blake", *El Universal*, 24 de mayo de 2011, en http://www.eluniversal.com.mx/notas/767644.html consultado el 30 de agosto de 2011.

O`Donell, 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.*

———, "Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano", Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Colombia, 2004.

Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Los Derechos de los No ciudadanos", Suiza, Editorial de Naciones Unidas, 2005.

———, *Folleto Informativo*, núm. 24, "La Convención Internacional sobre los Trabajadores migratorios y su Comité, Ginebra Suiza, Naciones Unidas, mayo de 2006.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Olmos, Gil, José, "La matanza de Tamaulipas, sólo una muestra", *Proceso,* núm 1765, 29 de agosto de 2010.

Organización Internacional de las Migraciones, "Comunicado de Prensa: Promulgación Nueva Ley de Migración en México", en: http://www.oim.org.mx/news/comunicado_oim_%2025may2011.pdf, México, 25 de mayo de 2011.

Organización Internacional del Trabajo, Recomendación sobre los trabajadores migrantes, (núm. 86).

———, Convenio 147 sobre la marina mercante (normas mínimas) de 1976, con su Protocolo de 1996.

———, Convenio 180 sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques de 1996.

———, Convenio 179 sobre la contratación y la colocación de la (gente de mar) de 1996.

———, Convenio 166 sobre la repatriación de la (gente de mar) de 1987.

———, Convenio 178 sobre la inspección del trabajo (gente de mar) de 1996.

———, Convenio 165 sobre la seguridad social de la (gente de mar) de 1987.

———, Convenio 164 sobre la protección de la salud y la asistencia médica (gente de mar) de 1987.

———, Convenio 163 sobre el bienestar de la (gente de mar) de 1987.

———, Convenio 146 sobre las vacaciones anuales pagadas (gente de mar) de 1976.

———, Convenio 145 sobre la continuidad del empleo (gente de mar) de 1976.

———, Recomendación sobre los trabajadores migrantes, (núm.151).

———, Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, (núm. 29).

———, Recomendación, Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, (núm. 105).

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

———, "Veinticinco preguntas y respuestas sobre Salud y derechos humanos", *Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos*, núm. 1, julio de 2002.

Ortega y Gasset, José, *El tema de nuestro tiempo*, 32a. ed., México,Porrúa, 2010.

Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho Internacional Público,* 3a. ed., México,Oxford University Press, 2004.

———, "Los derechos humanos de los inmigrantes irregulares y la Declaración Universal de los Derechos Humanos", en Caballero Ochoa, José Luis *et al.* (coords.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, México, Porrúa, 2009.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

———, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular,* México,Porrúa, 2011.

Otero, Silvia, *Agentes federales deben ser investigados: ONU, El Universal*, 22 de enero de 2011, en *http://www.eluniversal.com.mx/nacion/183178.html.*

Pacto de Derechos civiles y políticos.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pagliari, Santiago, "El Derecho Internacional Público, funciones, fuentes, cumplimiento y la voluntad de los Estados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, núm. 4, 2004.

Pardo, Marcia, "Reseña de programas sociales para la superación de la pobreza en América Latina", *Serie Estudios estadísticos y prospectivos*, núm. 20, Chile, CEPAL, 2003.

Peces-Barba, Gregorio, "La universalidad de los derechos humanos", *DOXA*, núm. 15 y 16, 1994, en *http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_07.pdf.*

Peddie, Francis, "Una presencia incómoda: la colonia japonesa de México durante la segunda guerra mundial", *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, núm. 32, julio-diciembre de 2006.

Pellegrino, Adela, "Las tendencias de la Migración Internacional en América Latina y el caribe", *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 165, 2000.

———, Documento de trabajo "Caracterización demográfica del Uruguay", Chile, Programa de Población, Universidad de la República, 2003, en *http://www.anep.edu.uy/historia/clases/clase 20/cuadros/15_Pellegrino-Demo.pdf,* .

Pérez Luño, Antonio-Enrique, "Las generaciones de derechos humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, septiembre-diciembre, 1991.

———, "Dogmática de los Derechos Fundamentales y transformaciones del sistema constitucional", *Teoría y realidad constitucional,* España, Universidad Nacional de educación a distancia, núm. 20, 2007.

Peters, María de Jesús, "ONG piden frenar Ley de Migración", *El Universal*, 22 de febrero de 2011, en *http://www.eluniversal.com.mx/estados/79654.html.*

Peyrano, Guillermo, "El derecho personalísimo a la salud y su protección", en Barbero, Omar U., *Derecho a la salud*, Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, 2007.

Portes, Alejandro, "Migración y desarrollo: perspectivas desde el sur", *Colección Migración*, México, INM, OIM, 2007.

Prati Rousselet, Catherine, "Promoción de ¿qué derechos?", *Excélsior*, en *http://excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_nota=763612*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara, 2005.

"PRI busca modificar Ley de Migración", *El Universal*, 7 de marzo de 2011, en *http://eleconomista.com.mx/sociedad/2011/03/07/pri-busca-modificar-ley-migracion*, consultado el 30 de marzo de 2011.

Quezada, María Félix, *La migración Hñähñu del valle del Mezquital, Estado de Hidalgo, México, CDI, 2008.*

Rambaut, Rubén *et al*. "The Myth of Inmigrant Criminality and the Paradox of Assimilation: Incarceration rates among Native and foreign-born men", *Inmigration Policy Center, American Inmigration Law Foundation*, Estados Unidos, 2007.

Ramos Jorge, "La política migratoria funciona mal: FCH", *El Universal*, México en *http://www.eluniversal.com.mx/nacion/185696.html,* miércoles 25 de mayo de 2011, consultado el 29 de agosto de 2011.

Reglamento del Registro Civil para el Estado de Chiapas.

Reglamento Interno del Registro Civil para el Estado de Chihuahua.

Reglamento del Registro Civil para el Estado de Sinaloa.

Reglamento del Registro Civil para el Estado de Jalisco.

Reglamento del Registro Civil para el Distrito Federal.

Reglamento del Registro Civil para el municipio de Querétaro.

Reyes Tépach, E., "Principales países expulsores de emigrantes en el mundo, 2010", en *http://www.remesasydesarrollo.org/estadisticas/principales-paises-expulsores-de-emigrantes-en-el-mundo-2010-millones-de-personas/*.

Rodríguez, E. *et al.*, "Flujo de entradas de extranjeros por la frontera sur terrestre de México registradas por el Instituto Nacional de Migración", *Instituto Nacional de Migración*, México, en *http://www. Inm.gob.mx/Paginas / foros/primerforo/insumos/dossierestadistico.pdf*.

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.

Roldán Dávila, Genoveva, "Política migratoria y derechos humanos", *Diversa. Revista de Cultura Democrática*, núms. 2 y 3, México, Xalapa, agosto de 2001.

Ruiz de Santiago, Jaime, *Derecho Internacional de los Refugiados*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Perú, Fondo Editorial, 2001.

Sagués, Nestor Pedro, "Obligaciones Internacional y Control de Convencionalidad", *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2010.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

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*, noviembre de 2000, en *http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/ oscgv/Conf/EL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20A%20LA%20PROTECCION%20DE%20LA%20SALUD.pdf.*

Sandoval, Alfonso, "Políticas de población: viejos y nuevos desafíos", en García, Brígida y Ordorica, Manuel (coords.), *Los grandes problemas de México. Población*, vol. I, México, El Colegio de México, 2010.

Santofimio G., Jaime Orlando, *Acto administrativo. Procedimiento, Eficacia y validez,* 2a.ed., México, UNAM.

Saldaña, Javier, "¿Derechos Morales o Derechos Naturales? un análisis conceptual desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin", *Anuario Mexicano de Derecho Comparado,* vol. 25, núm. 116, 1997.

Saravia, J., *La solidaridad con los migrantes en la vida y en la biblia,* México, Obra Nacional de la Buena Prensa, 2007.

Sarrible, Graciela, "Propuesta de Cambios en el concepto de Migración Internacional", *Revista Scripta Nova,* Universidad de Barcelona, núm. 94, agosto de 2001.

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/MEMOR15.PDF.*

Secretaría de Salud, "Código de Conducta para el Personal de Salud", en *http://www.hgm.salud.gob.mx/de scargas/pdf/dirgral/codigo_conducta.pdf.*

"Segob aplaude nueva Ley de Migración", *El Universal*, 29 de abril de 2011, en *http://www.elu niversal.com.mx/notas/762322.html.*

Skoczek, María, "Globalización y Migraciones a caballo de los siglos XX y XXI", *Actas Latinoamericanas de Varsovia,* t. 27, integración versus globalización, efectos sociales, económicos y especiales, Universidad de Warsawa, Instituto de Países en Desarrollo 2004, en *http://www.wgsr.uw.edu.pl/pub/uploads/actas04/04-skoczek.pdf.*

Smith, Rebecca, "Derechos Laborales y Derechos humanos de los migrantes en Estatus irregular en Estados Unidos", *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes,* México, Programa de Cooperación

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005.

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://imprasc.net:29572/PerfilesNaciona les/Do cuments/M%C3%A9xico/F05.pdf* .

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/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225.*

———, "Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 5 de julio de 2011", en *http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno /Documents/Taquigraficas/2011/Julio/ pl20110705v3.pdf.*

———, tesis: P./J. 13/2002, "Derecho a la vida. su protección constitucional", Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* XV, febrero de 2002.

———, "Definitividad. Las excepciones a este principio son de aplicación estricta", Con número 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.

———, Contradicción de tesis: 1/2006-PL "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", Novena Época, Pleno de la SCJN, t. XXVII, febrero de 2008.

———, "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 con número 170578, Novena Época, Instancia, Pleno, Fuente, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVI, diciembre de 2007.

Sutcliffe, Bob, *"Nacido en otra parte. Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad"*, en w*ww.hegoa.ehu. es/dossierra/migracion/Nacido_en_otra_parte.pdf*, España, Facultad de Ciencias Económicas de Bilbao, 2010, consultado el 7 de febrero de 2011.

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.

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*, Colombia, Funda-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ción Restrepo Barco y UNICEF, 2000, en *http://www.unicef.o rg/colombia/pdf/ed ucacion.pdf.*

UNESCO, Constitución de la UNESCO, 2o. párrafo preambular, en *http://portal.unesco.org/es/files/16835/10668181001l6nov1945. pdf/16nov1945.pdf.*

———, "*Maritain Pide Unidad de Acción", El Correo*, vol. 1, núm. 1, febrero de 1948.

———, "Kit Informativo", *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los migrantes*, Francia, UNESCO, 2005.

Vásquez, José Dionicio, "La Migración Internacional como estrategia de Reproducción familiar en la región oriente de Tlaxcala", *Tesis de Doctorado en Desarrollo Regional*, Colegio de Tlaxcala, 2007.

Vásquez, Javier, "El Derecho a la Salud", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 40.

Velasco, Juan Carlos, "Dejando atrás las fronteras. Las Políticas migratorias ante las exigencias de la Justicia Global", *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura,* España, julio-agosto de 2010.

Villafuerte-Solís, Daniel, "Migración y desarrollo en la era de la globalización", *Revista de Comercio Exterior,* vol. 56, núm. 12, diciembre.

Villán Durán, Carlos, "Los Derechos humanos y la inmigración en el marco de las Naciones Unidas", *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Migrantes",* México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005.

Vitale, Ermanno, *"Derechos y razones. Lecciones de los clásicos y perspectivas contemporáneas",* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

Welti Chanes, Carlos, "La Ley General de Población y el contexto internacional", en Valdez, Luz María, *La Ley de Población a treinta años de distancia. Reflexiones, análisis y propuestas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

Zaldívar, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

Zamora Salicrup, José Luis, "El Cambio una necesidad del Ser", *Memoria del X Congreso Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. IV, 1981.

Zamudio, Patricia *et al.* "Cambio de la migración en el estado de Veracruz: Consecuencias y retos", *Sociedad Mexicana de Demografía-Colegio de la Frontera Sur*, México, 2001.

Zincone, Giovanna, "Los cuatro significados de la ciudadanía y las migraciones: Una aplicación al caso italiano", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

¿Realidad o discurso? Los derechos humanos de los migrantes centroamericanos en México, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 25 de junio de 2014 en los talleres de Litográfica Dorantes, S. A. de C. V., Oriente 241-A, núm. 29, colonia Agrícola Oriental, delegación Iztacalco, 08500, México, D. F. Se utilizó tipo Baskerville 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 154 kilos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*)

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas