

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental a la unidad familiar de extranjeros (madre extranjera de niña mexicana). Inconstitucionalidad e inconventionalidad del artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios

*Fernando Silva García**

SUMARIO: Antecedentes. Consideraciones. Cuestión previa. Estudio. Derecho a la unidad familiar. Efectos de la sentencia de amparo. Resolución. Recurso de revisión. Cumplimiento de sentencia.

ANTECEDENTES¹

Una mujer de nacionalidad colombiana inició el trámite migratorio de regularización por unidad familiar con motivo del matrimonio que contrajo con un mexicano, el cual lo realizó ante la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México, autoridad que resolvió negar su regularización de situación migratoria, debido a la consulta que realizó a las listas de control migratorio en la que encontró su registro vigente.

* Juez de Distrito.

¹ Sentencia de veintidós de enero de dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado Octavo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, en el Juicio de amparo 680/2017.

Ante tal circunstancia, la mujer colombiana inició nuevamente el trámite migratorio de regularización por unidad familiar, ahora, con motivo del nacimiento de su hija, sin embargo, le fue negada la regularización de situación migratoria por el motivo antes descrito.

Motivos por los cuales promovió un juicio de amparo por propio derecho y en representación de su hija y solicitó el amparo y la protección de la Justicia Federal ante los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, contra las siguientes autoridades:

El Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos; la Secretaría de Gobernación; el Director de Atención a Trámites “B” del Instituto Nacional de Migración; y el Subdirector de Atención a Trámites “F” de la Dirección de Atención a Trámites “B” del Instituto Nacional de Migración.

Los actos reclamados consistieron en la inconstitucionalidad del artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración; el Reglamento de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público; el artículo 47, fracción III y último párrafo de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios; y el oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete, por medio del cual le negaron a la parte quejosa el trámite migratorio de regularización por unidad familiar, en consecuencia, se le concedía un plazo improrrogable de veinticinco días naturales, contados a partir del día siguiente en que surtiera efectos la notificación de dicho oficio, para salir del país.

La parte quejosa manifestó que el acto reclamado violaba en su perjuicio los derechos fundamentales contenidos en los artículos 1, 4, 8, 14, 16, 33 y 89, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se previno a la parte quejosa para que: a) exhibiera documento idóneo con el que acreditara la patria potestad que ejerce sobre su hija; b) precisara si el deseo de reclamar de manera destacada el Reglamento de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, pues no se advertía que el mismo guardara relación alguna con la litis planteada en el presente juicio constitucional; c) en caso de reclamar dicho Reglamento manifestara si lo realizaba con motivo de su entrada en vigor, o bien, con motivo de su primer acto de aplica-

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

ción; d) aclarara si señalaba como autoridad responsable al Director de Atención a Trámites “F” o al Director de Atención a Trámites “B” del Instituto Nacional de Migración, habida cuenta que en el apartado de autoridades responsables hacía referencia al “F” y en el apartado de actos reclamados señalaba al “B”; e) manifestara bajo protesta de decir verdad cuándo le fue notificado el oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete y si alguna de las autoridades señaladas como responsables había pretendido, con fundamento en el oficio que se reclamó o en uno diverso, deportarla; f) exhibiera copias del escrito aclaratorio, en virtud de que resultaban necesarias para el traslado de las autoridades responsables.

Aunado a lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Amparo, se concedió la suspensión de plano para el sólo efecto de que las autoridades responsables no obligaran a abandonar el país a la parte quejosa; lo anterior, en virtud de que, de consumarse el acto reclamado, se ocasionarían daños y perjuicios de imposible reparación.

Asimismo, a efecto de que el Juzgado Federal contara con mayores elementos para analizar la admisión de la demanda de amparo se requirió al Subdirector de Atención a Trámites del Instituto Nacional de Migración, para que en el plazo de veinticuatro horas remitiera copia certificada del expediente migratorio de la quejosa, del oficio reclamado y de la constancia de notificación de este.

El Subdirector de Atención a Trámites en la Dirección de Atención a Trámites “B” en la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México, exhibió las constancias relativas al trámite migratorio de: *“Regularización de su Situación Migratoria por Unidad Familiar”* y el seguimiento de trámite migratorio de la *“Expedición de tarjeta de residente por renovación.”*

El Presidente de la República y el Secretario de Gobernación realizaron manifestaciones en torno a la suspensión de plano concedida a la parte quejosa, asimismo, la parte quejosa desahogó la prevención formulada por el Juzgado de Distrito.

Se tuvo por recibido el escrito presentado por la parte quejosa en cumplimiento al requerimiento formulado en autos, sin embargo toda vez que se advirtieron discrepancias en relación con las manifestaciones formuladas por la quejosa, ya que del acta de naci-

miento de su hija se advirtió que la quejosa manifestó ser de nacionalidad egipcia no obstante que señaló en el escrito inicial de demanda ser de nacionalidad colombiana, por tal motivo, se requirió a la peticionaria de amparo para que aclarara dicha circunstancia.

La parte quejosa desahogó la prevención y el Juzgado de Distrito admitió a trámite la demanda de amparo, solicitó el informe justificado a las autoridades responsables, se dio la intervención que legalmente le corresponde al Agente del Ministerio Público de la Federación de su adscripción y se fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia constitucional.

Las autoridades responsables rindieron sus informes justificados y se requirió al Titular de la Dirección General de Control y Verificación del Instituto Nacional de Migración para que en el plazo de tres días informara el origen, motivo, causas inmediatas y/o fundamentación de la alerta migratoria restrictiva en contra de la quejosa, así como de las constancias que tomó en consideración para emitir la misma.

Posteriormente, el Subdirector del Centro Nacional de Alertas del Instituto Nacional de Migración, informó que la parte quejosa de nacionalidad colombiana se encontraba relacionada en un proceso de investigación en el cual se detectaron personas extranjeras que presentaron trámites ante la oficina del Instituto Nacional de Migración en Tlalnepantla de Baz, Estado de México exhibiendo documentación presuntamente falsa, razón por la cual el Instituto Nacional de Migración en ejercicio de sus atribuciones inició una denuncia penal en contra de diversas personas de las cuales se generó la noticia criminal radicada en la Fiscalía de Asuntos Especiales de la Procuraduría de Justicia del Estado de México.

Por tal motivo, se requirió al Director de Atención a Trámites “B” de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México, para que remitiera las constancias de notificación realizadas a favor de la parte quejosa respecto de las resoluciones emitidas e informara si la quejosa interpuso algún medio de defensa contra dichas resoluciones.

Al respecto la parte quejosa realizó manifestaciones con relación a las constancias exhibidas por las autoridades del Instituto Nacional de Migración, posteriormente, se le concedió término

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

legal para ampliar su demanda, derecho que ejerció con oportunidad en el que señaló como nuevas autoridades responsables:

La Subdirectora de Atención a Trámites “C” de la Dirección de Trámites “A” de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México; el Director de Atención a Trámites “A” y el Jefe de Atención a Trámites “C”, ambos del Instituto Nacional de Migración.

Los nuevos actos reclamados consistieron en la inconstitucionalidad del artículo 146, último párrafo del Reglamento de la Ley de Migración; el artículo 47, fracción III y último párrafo de los Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios, publicados en el Diario Oficial de la Federación el ocho de noviembre de dos mil doce con motivo del primer acto de aplicación consistente en el oficio de 30 de marzo de 2017, por medio del cual se negó a la parte quejosa el trámite migratorio de regularización por unidad familiar, en consecuencia, se le concedió un plazo de veinticinco días naturales, para salir del país; y el oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, a través de la cual se le negó a la quejosa el trámite migratorio de regularización por unidad familiar, en consecuencia, se le concedía un plazo de veinte días naturales para abandonar el país.

Las autoridades responsables rindieron sus informes justificados respecto de la ampliación de la demanda de amparo.

Posteriormente, una vez substanciado el juicio de amparo en todas sus etapas, y desahogadas las pruebas ofrecidas por las partes, la audiencia constitucional inició el diecinueve de enero de dos mil dieciocho.

CONSIDERACIONES

El Juzgado de Distrito reconoció el riesgo inminente que tuvo la quejosa derivado de los actos del Instituto Nacional de Migración, ya que iniciaría en su contra un proceso migratorio con la finalidad de proceder a su deportación o a su retorno asistido y obligarla a abandonar el territorio nacional al surtirse en la especie el supuesto previsto en el artículo 115 de la Ley de Migración.²

² El artículo 115 de la Ley de Migración establece: “*El Instituto contará con los mecanismos de retorno asistido y deportación para hacer abandonar el territo-*

FERNANDO SILVA GARCÍA

Al respecto, en el caso, cobró especial relevancia la excepción contenida en la fracción IV, artículo 17 de la Ley de Amparo, que alude a que la demanda podrá presentarse en cualquier tiempo, cuando los actos importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, *deportación*, destierro, cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o la incorporación forzosa al servicio del Ejército, Armada o Fuerza Aérea Nacionales.

Por ello, al consistir el acto reclamado en la deportación de la quejosa -ante su situación migratoria irregular-, el juicio de amparo puede ser promovido en cualquier tiempo y no está sujeto al plazo legal genérico previsto en el artículo 17 de la Ley de Amparo para el ejercicio de la acción constitucional.³

Ahora, con fundamento en el artículo 74, fracción I de la Ley de Amparo, se precisaron los siguientes actos reclamados:

Autoridades responsables	Actos reclamados
Presidente de la República	La expedición, orden de publicación, rúbrica, refrendo y expedición del Reglamento de la Ley de Migración publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiocho de septiembre de dos mil doce, en específico, el artículo 146, último párrafo.

rio nacional a aquel extranjero que no observó las disposiciones contenidas en esta Ley y su Reglamento”.

³ Para mayor referencia, consúltese la tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito Época, Décima Época, Registro: 2004829, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXVI, noviembre de 2013, tomo 2, Materia: Común, Tesis: IX.3o.17 K (10a.), página: 981, cuyo rubro es el siguiente: ACTOS DICTADOS FUERA DE PROCEDIMIENTO QUE AFECTAN A LA LIBERTAD PERSONAL. CONFORME AL ARTÍCULO 17, FRACCIÓN IV DE LA LEY DE AMPARO, LA DEMANDA PROMOVIDA EN SU CONTRA NO ESTÁ SUJETA A PLAZO ALGUNO.

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

Autoridades responsables	Actos reclamados
Secretario de Gobernación	Artículo 47, fracción III y último párrafo de los Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios, publicados en el Diario Oficial de la Federación el ocho de noviembre de dos mil doce. ^a
Subdirectora de Atención a Trámites “C” de la Dirección de Trámites “A” de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México.	El oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la parte quejosa y se le concedió el plazo de veinte días naturales contados a partir de que surtiera efectos la notificación de dicha resolución para salir del país.
Comisionado del Instituto Nacional de Migración.	
Director de Atención a Trámites “A”, del Instituto Nacional de Migración.	
Jefe de Atención a Trámites “C”, del Instituto Nacional de Migración.	
Subdirector de Atención a Trámites “F” de la Dirección de Trámites “B” de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México.	El oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la quejosa y se le concedió el plazo de veinticinco días naturales contados a partir de que surtiera efectos la notificación de dicha resolución para salir del país.

^a El artículo 47, fracción III y último párrafo de los Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios, establece: “El Instituto negará la regularización de situación migratoria a la persona extranjera en los siguientes casos:

[...]

III. Cuando sus antecedentes en los Estados Unidos Mexicanos o en el extranjero puedan comprometer la soberanía nacional, la seguridad nacional o la seguridad pública.

Lo anterior, aun cuando las personas extranjeras se encuentren en las hipótesis previstas en los artículos 133 y 134 de la Ley.”

El Juez de Distrito determinó la inexistencia del acto reclamado consistente en el oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la parte quejosa y se le concedió el plazo de veinte días naturales contados a partir de que surtiera efectos la notificación de dicha resolución para salir del país, toda vez que al rendir sus respectivos informes con justificación negaron el acto que les fue reclamado, por lo que, ante la negativa de las responsables correspondía a la parte quejosa el ofrecimiento de pruebas para desvirtuarla sin que lo hicieran así.

Por lo anterior, cobró firmeza la negativa de las autoridades de mérito y se sobreseyó el juicio de amparo respecto del acto que se les atribuyó, de conformidad con el artículo 63, fracción IV, de la ley de la materia.

Ahora, se tuvo por cierto el acto reclamado al Presidente de los Estados Unidos Mexicanos consiste en la expedición, orden de publicación, rúbrica, refrendo y expedición del Reglamento de la Ley de Migración publicado en el Diario Oficial de la Federación veintiocho de septiembre de dos mil doce, en específico el artículo 146, último párrafo, así como el acto reclamado al Secretario de Gobernación consistente en los Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios, toda vez que su certeza quedó plenamente acreditada, en tanto que por su naturaleza, son de conocimiento general, al haberse publicado tales ordenamientos en el Diario Oficial de la Federación y, por consiguiente, no son objeto de prueba en términos de los artículos 86 y 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicado supletoriamente a la Ley de Amparo.

Asimismo, se tuvo por cierto el acto reclamado al Subdirector de Atención a Trámites “F” de la Dirección de Trámites “B” de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México, consistente en el oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la parte quejosa y se le concedió el plazo de veinticinco días naturales para salir del país, toda vez que al rendir su informe con justificación reconoció la existencia del acto reclamado.

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

También se tuvo por cierto el acto reclamado de la Subdirectora de Atención a Trámites “C” de la Dirección de Trámites “A” de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México, consistente en el oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la parte quejosa y se le concedió el plazo de veinte días naturales para salir del país, toda vez que al rendir su informe con justificación reconoció la existencia del acto reclamado.

Ahora, se analizó el cambio de situación jurídica respecto del oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis a través del cual se negó a la parte quejosa la regularización de su situación migratoria por unidad familiar con motivo del matrimonio contraído con un mexicano, por lo que se advirtió de oficio la causal de improcedencia contenida en la fracción XVII del artículo 61 de la Ley de Amparo.

En ese sentido, derivado de que la parte quejosa solicitó nuevamente la regularización de su situación migratoria por unidad familiar con motivo del nacimiento de su hija en el territorio nacional, de las constancias de autos no obró probanza alguna que acreditara que el vínculo matrimonial entre la quejosa y el mexicano aún subsista.

De modo que se consideró consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas por cuanto hace al oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, pues no tuvo efecto práctico alguno pronunciarse respecto si debió o no resultar procedente la regularización de la situación migratoria de la quejosa, debido a que existe un nuevo procedimiento incoado por la parte quejosa en la que solicitó por segunda ocasión la regularización de su situación migratoria, pero por razones diferentes.

En ese orden de ideas, se consideró que la resolución contenida en el oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete cambió la situación jurídica de la quejosa, respecto de su situación migratoria determinada previamente a través del diverso oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, por lo que se colige que la determinación contenida en este último oficio ya no podría surtir sus efectos.

Por tanto, es inconcuso que se actualice la causa de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XVII, de la Ley de Amparo respecto del oficio con número de folio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, en consecuencia, se sobreseyó el juicio en cuanto a este acto reclamado con fundamento en el artículo 63, fracción V, de ese ordenamiento.

CUESTIÓN PREVIA

Derecho fundamental de residencia de una persona extranjera por ser progenitora de una niña nacional a la luz de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso Gerardo Ruiz Zambrano contra la Oficina Nacional de Empleo de Bélgica.

El Juzgado de Distrito motivó la sentencia de amparo con el asunto C-34/09 resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, correspondiente al *Caso Ruiz Zambrano contra la Oficina Nacional de Empleo de Bélgica*, cuya litis consistió en el alcance del derecho de residencia de nacionales de un Estado tercero, progenitores de dos niños ciudadanos de la Unión Europea.

El señor Gerardo Ruiz Zambrano -de nacionalidad colombiana- demandó un pronunciamiento respecto de la posibilidad de extender el derecho de residencia en un Estado miembro de la Unión Europea -Bélgica- por ser progenitor de dos ciudadanos comunitarios, ya que en su calidad de ascendente es responsable de la manutención de sus hijos -de nacionalidad belga- al tiempo que también solicitaba se le eximiera del requisito de obtener un permiso de trabajo en el Estado miembro de acogida para tal efecto.

Sobre el particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que la no concesión del permiso de residencia al progenitor de dos ciudadanos comunitarios implicaría que deberían abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores.

En consecuencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que la denegación de un permiso de residencia a una

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro de la Unión en el cual residen sus hijos, cuya manutención asume y la negativa de conceder un permiso de trabajo a esta persona tiene por efecto privar a los niños el ejercicio pleno de los derechos que les confiere el Estatuto de Ciudadanos de la Unión Europea, así como una violación al derecho a la vida en familia.

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió en el sentido de que el Derecho de la Unión se opone a que un Estado miembro deniegue, por un lado, a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos, ciudadanos de la Unión Europea, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, conceder un permiso de trabajo a dicho nacional de un Estado tercero, en la medida en que tales decisiones privarían a los niños el disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión Europea.

ESTUDIO

El estudio de la sentencia de amparo se realizó en primer momento respecto de la inconstitucionalidad de los artículos 146, último párrafo del Reglamento de la Ley de Migración, y 47, fracción III y último párrafo de los Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios, para ello analizó el derecho a la igualdad y no discriminación, desde la perspectiva del principio de universalidad, el derecho a la unidad familiar, tal y como se expone a continuación.

Principio de universalidad de los derechos fundamentales. En la doctrina se hace referencia a la universalidad de los derechos fundamentales como concepto de titularidad de los derechos que se adscriben a las y los seres humanos, lo que se encuentra íntimamente relacionado con el principio de igualdad.

Se ha pensado que lo que convierte en fundamental un derecho en términos valorativos y teóricos es su estructura igualitaria; es decir, el hecho de proteger intereses o necesidades tendencialmente generalizables o incluyentes, y por ello, indisponibles e inalienables. Eso sería, precisamente, lo que distinguiría un de-

recho fundamental de un privilegio, cuya estructura es, por definición, tendencialmente selectiva, excluyente y alienable.⁴

Se ha entendido que los rasgos principales de los derechos humanos se centran en la racionalidad, la abstracción, así como en la pretensión de validez general de los criterios de moralidad contenidos en aquéllos,⁵ lo que genera que sean válidos para cualquier momento y espacio de la historia. Así, desde una perspectiva filosófica y como *deber ser* externo al derecho positivo, se ha afirmado que todos los derechos fundamentales tendrían que estar anclados en la condición de persona y/o de capaz de obrar, y no ya en la ciudadanía.⁶

En ese orden de ideas, se ha dicho que el universalismo de los derechos fundamentales representa:

- 1) Que con el requisito de ser humano se es titular de los derechos humanos, y basta sólo con esa condición en cualquier contexto y circunstancia;
- 2) Que los derechos fundamentales no se sitúan en el ámbito del derecho positivo, pues ello supondría una contextualización y una diferencia de acuerdo con el tenor de cada sistema jurídico. Para esta tesis son excluyentes la universalidad de los derechos y su atribución exclusiva a sujetos de un ordenamiento jurídico concreto;
- 3) Que los derechos humanos están inscritos en el campo de la ética; de ahí su denominación como derechos morales (valores universales);
- 4) Que la descontextualización de los derechos les desvincula de instituciones concretas, de culturas históricas, y de escuelas filosóficas o religiosas;
- 5) Que ello conduce a la consideración de todos los seres humanos como agentes morales, con la superación de las moralidades positivas *locales*, en favor de una ética co-

⁴ Véase Pisarello, Gerardo. *Los Derechos Sociales y sus Garantías*, op. cit., p. 37-38.

⁵ Se hará referencia central a la posición mantenida en Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid: UC3M, 1999, p. 297-320.

⁶ Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*, p. 120.

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

mún y general, de un código realmente impersonal de acción moral; y,

- 6) Que, ese planteamiento, exige una gran abstracción en la formulación de los derechos y la ausencia de un escenario concreto, lo que supondría la presencia de obligaciones generales, y no meramente posicionales.⁷

En la práctica jurídica, el tema relativo a la titularidad de los derechos fundamentales guarda relación con la capacidad jurídica abstracta para estar comprendido dentro de la protección que suponen las normas sobre derechos y libertades. En relación con ese aspecto, la doctrina ha señalado que la adquisición de la personalidad puede identificarse con la capacidad para ser titular de los derechos inviolables reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional. Se ha dicho, en consecuencia, que, aunque el ordenamiento haya querido dispensar un trato desigual a los gobernados y no convertirlos simultáneamente en titulares de todos los derechos, distinguiendo, por ejemplo, entre nacionales y extranjeros, sí ha decidido conferirles a todos la misma abstracta capacidad para alcanzar dicha titularidad desde el momento en que adquieren personalidad.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha comenzado a hacer realidad, paulatinamente, la universalidad de los derechos humanos, por ejemplo, en el tema migratorio, a través de las siguientes directrices, presentes en los casos que se indican a continuación:

- a) La política migratoria de los Estados miembros debe respetar los derechos humanos de las personas migrantes. Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos, por lo tanto, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.⁸

⁷ *Ídem.*

⁸ Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

- b) El principio de no discriminación debe respetarse tratándose de migrantes. La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas, por ello los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR

Derecho de la niñez a la convivencia familiar. Separación injustificada de la niña de su núcleo familiar. Inconvencionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las niñas y niños tienen derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, además, está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁹ V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,¹⁰ 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos; estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el disfrute mutuo de la conviven-

⁹ El artículo 12.1 establece: “*nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*”

¹⁰ El artículo v dispone: “*toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.*”

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

cia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos no sólo tiene como objetivo preservar el individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, sino que, además, este artículo supone obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar.

En relación con el derecho a la familia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia que la separación de niñas y niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana¹¹ (Caso la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211).

Derecho de las niñas y niños en procedimientos de expulsión de sus padres en materia migratoria. Las autoridades deben considerar el interés superior de la niñez al emitir sus determinaciones. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado la relación intrínseca existente entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niñas y niños. En ese sentido, el Tribunal Interamericano ha estimado que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección a favor de la niñez, sino también a favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.¹²

Por ende, la separación de niñas y niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho,¹³

¹¹ *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

¹² Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 66; y Caso Forneron e hija Vs. Argentina, párr. 116.

¹³ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párrs. 71 y 72, y Caso Forneron e hija Vs. Argentina, párr. 116.

pues inclusive las separaciones legales de las niñas y niños de su familia sólo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior de la niñez, son excepcionales y, en lo posible, temporales.¹⁴

Además, la separación de niñas y niños de sus madres y padres, pueden en ciertos contextos poner en riesgo la supervivencia y desarrollo de estos, los cuales deben ser garantizados por el Estado según lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de las niñas y niños, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo.¹⁵

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la participación de niñas y niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes contra su familia, sus madres y padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de la niñez, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados. En atención a los criterios señalados, la Corte Interamericana consideró que en ese caso las y los niños tenían el derecho a que se protegieran de manera especial sus garantías del debido proceso y a la protección de la familia en los procedimientos administrativos que derivaron en su expulsión y la de sus madres y padres. En ese sentido, la Corte

¹⁴ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 77.

¹⁵ Cfr.- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párrs. 66 y 71. En el mismo sentido, el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” dispone que *“todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre”*.

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

Interamericana advirtió que Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo Pacheco Tineo debieron haber sido considerados parte interesada o activa por las autoridades en esos procedimientos, pues resultaba evidente que su conclusión o resultados podrían afectar sus derechos o intereses.

De esta forma, el Tribunal Interamericano señaló que independientemente de si fue presentada una solicitud específica de asilo a su favor en atención a su situación migratoria y sus condiciones, el Estado tenía el deber de velar por su interés superior, por el principio de *non refoulement* y por el principio de unidad familiar, lo cual requería que las autoridades migratorias estatales fueran especialmente diligentes en agotar todos los medios de información disponibles para determinar su situación migratoria y, en su caso, adoptar la mejor decisión en cuanto al Estado al que procedía enviarlos en caso de expulsión. Sin embargo, no consta en ninguna de las decisiones de la Fiscalía o del SENAMIG que se tomara en cuenta, así fuera mínimamente, el interés de la niñez.

Es decir, el Estado trató a los niños como objetos condicionados y limitados a los derechos de la madre y padre, lo cual atenta contra su calidad como sujetos de derechos¹⁶ y contra el sentido del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En conclusión, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos consideró que el Estado es responsable por la violación del derecho a la protección de los niños y de la familia, recono-

¹⁶ La consideración de las y los niños como verdaderos “*sujetos de derecho*” es un nuevo paradigma instaurado por el derecho internacional de los derechos humanos, ya que ha sido reconocido por diferentes Tribunales, Cortes Constitucionales y Cortes Supremas de la región. En este sentido, véase en general, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-356/11 y C-357/11, sentencia del 6 de diciembre de 2012, párr. 75 y 82; Corte Constitucional de Colombia, Caso Raquel Estupiñón Enríquez, en nombre propio y en representación de sus dos hijos menores de edad, presenta acción de tutela c/Resolución 230 del Departamento Administrativo de Seguridad, Sentencia T-215/96, del 15 de mayo de 1996; y Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, recurso de amparo, interpuesto por Edwin Zumbado Duarte, a favor de Noemi Cruz Izaguirre, contra Director General de Migración y Extranjería, sentencia del 5 de diciembre de 2008.

cidos en los artículos 19 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 8.1, 22.7, 22.8, 25 y 1.1 de la misma (Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.).

Principio de unidad familiar. En materia migratoria, la autoridad de los Estados para regular quién puede ingresar, permanecer o abandonar su territorio, está limitada por el derecho internacional, *“especialmente por el principio de unidad familiar como eje rector y el reconocimiento del interés superior de la niñez”*.¹⁷

El derecho a la unidad familiar ha sido establecido en varios instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 163 contempla a la familia como *“elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”*

Una de las razones más frecuentes para la disolución de la unidad de la familia de la persona migrante es la expulsión del país huésped, *“en estos casos, los países huéspedes están obligados por la ley internacional a encontrar el justo equilibrio entre sus propios intereses (orden público o seguridad) y el derecho fundamental de los migrantes al respeto de su vida y unidad familiar en una relación de proporcionalidad.”*¹⁸

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 23 de noviembre de 2010, dictada en el caso Vélez Lóor vs Panamá, señaló que en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migra-

¹⁷ Derechos de la infancia, migrantes y unidad familiar. UNICEF 2010.

¹⁸ Migración y familia. Fundamentos de Gestión de la Migración. Vol. II. Organización Internacional para las Migraciones, pág. 13. Consultable en la liga: http://www.crmsv.org/documentos/iom_emm_es/v2/v2s05_cm.pdf

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

torias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos de las personas migrantes.

Los artículos 17.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señalan que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, y que toda niña o niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de ser menores requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Asimismo, el diverso 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que dicho artículo forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia.¹⁹

En relación con el principio de unidad familiar y el correlativo deber del Estado de impedir que un niño sea separado de sus padres velando por el interés superior de la niñez, se desprende que *“cualquier decisión relativa a la separación de las niñas o niños y su familia, debe estar justificada por su interés superior”*.²⁰

Por su parte, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé la obligación que tienen los Estados de velar porque la o el niño no sea separado de su madre y padre contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior de la niñez. Dicho artículo, en su párrafo cuarto, contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores.

Respecto al derecho a la vida familiar de las niñas y niños en el marco de procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios, la Corte Interamericana

¹⁹ Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra*, párr. 170.

²⁰ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 17/2002, párrafo 73.

de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, sostuvo que en aquellos supuestos en que la niña o niño tienen derecho a la nacionalidad, ya sea por naturalización o por cualquier otra causa establecida en la legislación interna del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados -a raíz de una situación migratoria irregular- o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, resulta axiomático que el menor conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como consecuencia de ello, el disfrute de la convivencia con sus padres.

En la citada opinión, la Corte Interamericana sostuvo que la ruptura de la unidad familiar mediante la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño resulta desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al padre a abandonar el territorio por causa de una infracción administrativa, por lo que señaló que cualquier órgano que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual, evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño.

A fin de sopesar los intereses en conflicto -facultad del Estado de implementar su política migratoria frente al derecho de los niños al disfrute de la vida de familia- el citado Tribunal señaló que es necesario evaluar que la medida impuesta por el Estado esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática.

En esa tesitura, resulta patente que existe un derecho fundamental de ambos progenitores extranjeros y de la niñez nacional a la unidad familiar por lo que es obligación del Estado impedir que un niño o niña sean separados de sus padres cuando ello no encuentre justificación en su interés superior.

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

Ahora, en México, el artículo 4 Constitucional señala que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia, que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos, y el Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Asimismo, los artículos 13, fracción IV y 22 de la Ley General de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reconocen el derecho de éstos a vivir en familia y señalan que las autoridades -federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México- en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a establecer políticas de fortalecimiento familiar para evitar la separación de niñas, niños y adolescentes de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley de Migración señala que el Estado mexicano garantizará a las personas migrantes que pretendan regularizar su situación migratoria en el país el derecho a la preservación de la unidad familiar.

Respecto a la regulación migratoria, el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes, y que el ejercicio dicho derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil y de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

La Ley de Migración, en su título sexto denominado: “*del Procedimiento Administrativo Migratorio en Materia de Regulación Migratoria*”, prevé la regulación relativa a los procedimientos para la regularización migratoria de personas extranjeras.

En específico, el artículo 132 de la Ley de Migración señala que las personas extranjeras tendrán derecho a solicitar la re-

FERNANDO SILVA GARCÍA

gularización de su situación migratoria, cuando: carezcan de la documentación necesaria para acreditar su situación migratoria regular; la documentación con la que acrediten su situación migratoria se encuentre vencida, o hayan dejado de satisfacer los requisitos en virtud de los cuales se les otorgó una determinada condición de estancia.

Al respecto, el diverso 43 de la Ley de Migración señala que las autoridades migratorias podrán negar la expedición de la visa, la internación regular a territorio nacional o su permanencia a los extranjeros que se ubiquen en alguno de los siguientes supuestos:

“I. Estar sujeto a proceso penal o haber sido condenado por delito grave conforme a las leyes nacionales en materia penal o las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, o que por sus antecedentes en México o en el extranjero pudieran comprometer la seguridad nacional o la seguridad pública;

II. Cuando no cumplan con los requisitos establecidos en la ley, su reglamento y otras disposiciones jurídicas aplicables.

III. Cuando se dude de la autenticidad de los documentos o de la veracidad de los elementos aportados.

IV. Estar sujeto a prohibiciones expresas de autoridad competente, o

V. Lo prevean otras disposiciones jurídicas...”

Por su parte, el artículo 133 de la Ley de Migración establece que el Instituto podrá regularizar la situación migratoria de las personas extranjeras que se ubiquen en territorio nacional y manifiesten su interés de residir de forma temporal o permanente en territorio nacional, siempre y cuando cumplan con los requisitos de la citada ley, su reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables. Asimismo, el citado precepto señala con independencia de lo anterior, tienen derecho a la regularización de su situación migratoria las y los extranjeros que se ubiquen en territorio nacional y que, entre otros supuestos, acrediten ser padre, madre, hija, hijo o tener la representación legal o custodia de persona mexicana o extranjera con condición de estancia de residente.

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

Principio de jerarquía normativa. El principio de jerarquía normativa, tutelado en el artículo 133 constitucional, consiste en que la validez de las disposiciones reglamentarias o administrativas, para efectos de aplicación, interpretación o integración normativa, se encuentra supeditada a que guarden congruencia con las normas legales existentes sobre la materia específica de regulación de que se trate y se sujeten a los principios jurídicos que emergen directamente de la ley, de la Constitución Federal y de los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte.

Lo anterior implica que los acuerdos y disposiciones reglamentarias, antes que oponerse, deben tener fundamento en normas sustentadas en otras de nivel superior, como lo son las leyes —al emanar del poder legislativo— las cuales, a su vez, están supeditadas, en cuanto a su validez, a otras normas de mayor jerarquía, que culminan en la Ley Fundamental del país, la cual entraña la suprema razón de validez del orden jurídico. Por tanto, las normas contenidas en un reglamento u otro ordenamiento administrativo, aun siendo expresas, no pueden válidamente regir contra la voluntad manifiesta del texto de la ley ni oponerse a sus lineamientos normativos.²¹

Jerarquía normativa tratándose de restricciones a los derechos humanos. Con relación a las restricciones a los derechos humanos, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de éstos no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana sobre Derecho

²¹ Tesis: I.4o.A.496 A del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, septiembre de 2005, Tomo XXII, página 1529, de rubro: “PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA. DEBEN RESPETARLO LAS DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS O ADMINISTRATIVAS PARA SU VALIDEZ EN CASOS DE APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN O INTEGRACIÓN.”

Humanos es permitida a la luz del artículo 30 de dicho tratado, consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por una ley en sentido formal y material.²² En materia migratoria, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, señaló que tratándose de medidas restrictivas del derecho a la preservación de la unidad familiar, deben estar previstas en una ley en sentido formal y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Ahora, ante tales consideraciones el Juzgado de Distrito advirtió que la litis consiste en analizar la constitucionalidad y convencionalidad de los artículos 146, último párrafo del Reglamento de la Ley de Migración y 47, fracción III y último párrafo de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios, así como del oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la quejosa a la luz de los derechos fundamentales a la igualdad, unidad familiar y legalidad -cuya violación alegó la parte quejosa en sus conceptos de violación-.

La parte quejosa tildó de inconstitucionales e convencionales la fracción III, inciso b), y último párrafo del artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración, así como el diverso 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios, al estimar que son violatorios del principio de jerarquía de la norma, al establecer mayores requisitos que la Ley de Migración para el otorgamiento de la regularización migratoria por unidad familiar e igualdad, al establecer un trato discriminatorio -entre personas extranjeros y nacionales- respecto a la protección del derecho a la unidad familiar.

²² Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 176, y *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 27 y 32.

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

En primer término, se analizó el contenido del artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración, el cual, contrario a lo que alegó la parte quejosa, no establece mayores requisitos que la Ley de Migración para el otorgamiento de la regularización migratoria, pues éste únicamente señala que -en general- para la atención de las solicitudes de regularización de situación migratoria, la autoridad, previa verificación del cumplimiento de los requisitos aplicables y de las listas de control migratorio, emitirá la resolución que corresponda, esto es, el precepto invocado establece como pautas para que la autoridad migratoria atienda las solicitudes de regularización la verificación del cumplimiento de los requisitos previstos en las disposiciones aplicables y de las listas de control migratorio, sin limitarla a que niegue las solicitudes por algún supuesto en específico.

Asimismo, el artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración tampoco prevé algún límite a lo señalado por el artículo 133 de la Ley de Migración, relativo a que las personas extranjeras que acrediten ser padre, madre, hija o hijo de persona con condición de estancia de residente tienen derecho a la regularización de su situación migratoria con independencia de que cumplan con los requisitos previstos la normativa aplicable.

En ese sentido, se destaca que el artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración no niega el derecho a la unidad familiar, en tanto que no contiene supuestos que impliquen la separación del menor de sus padres injustificadamente.

En relación a los principios de igualdad y unidad familiar, se consideró que el citado artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración tampoco los inobserva, pues si bien tanto la Ley de Migración como su reglamento establecen diversos requisitos para que las personas extranjeras puedan permanecer en el país, tales como adjuntar a la solicitud de regularización el documento oficial que acredite su identidad, así como documento del que se desprenda el vínculo con mexicano o persona extranjera con residencia regular en territorio nacional; el pago de la multa respectiva; la verificación del cumplimiento de los requisitos aplicables y las listas de control migratorio; el documento migratorio vencido en caso de que se hubiera excedido el período de estancia inicialmente otorgado; comparecer ante la autoridad

migratoria para solicitar la regularización cuando así se le cite; los cuales no son exigibles tratándose de personas nacionales, tal distinción resulta proporcional, pues está sustentada en las políticas migratorias del Estado mexicano encaminadas a controlar el ingreso y salida de su territorio respecto de personas que no son nacionales.

Al respecto, se debe tener presente que para que las diferencias normativas puedan considerarse proporcionales, es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados, cuya pertinencia debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Para lograrlo, la justificación objetiva y razonable a que se remite debe ser valorada ya sea con base en lo expuesto en el proceso legislativo o inclusive lo expresado en el propio texto de la ley, a efecto de contar con elementos suficientes que permitan determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto o preceptos reclamados.

Lo aseverado es así, si se considera que las normas legales son producto de un proceso legislativo que únicamente constituye una herramienta interpretativa de ley, en la medida en que el juzgador considere que las razones ahí contenidas son determinantes para fijar el alcance y sentido de la norma, por lo que si el legislador omite expresar las razones por las cuales se considera necesario emitir una norma, de ninguna manera pueden conllevar a que por ese sólo hecho resulte inconstitucional un precepto legal al carecer de argumentos que sustenten su finalidad e idoneidad, pues con ello no se determina inequívocamente el resultado del test de constitucionalidad respectivo.

En ese sentido, el más Alto Tribunal ha sostenido que tratándose de actos de autoridad legislativa el requisito de fundamentación se satisface cuando el legislador actúa en el ámbito y límites de la Constitución y la motivación se colma cuando las leyes que emite se refieren a relaciones sociales que deben regularse jurídicamente y, si bien del derecho humano de igualdad ante la ley

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

deriva un mandamiento vinculante para el legislador ordinario, que le exige dar trato igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual; lo cierto es que dada la posición constitucional del legislador, en virtud de su legitimidad democrática, no se exige que toda diferenciación normativa deba ser justificada en la exposición de motivos o bien, en todo el proceso legislativo, sino que es suficiente que la finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable.

Establecido lo anterior, en el caso no se actualizó un trato desproporcional a las personas extranjeras que buscan regularizar su situación migratoria derivado del contenido del artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración ya que los requisitos para tal efecto, a saber: adjuntar a la solicitud de regularización el documento oficial que acredite su identidad, así como documento del que se desprenda el vínculo con mexicano o persona extranjera con residencia regular en territorio nacional; el pago de la multa respectiva; la verificación de la inexistencia de registro vigente en las listas de control migratorio; el documento migratorio vencido en caso de que se hubiera excedido el período de estancia inicialmente otorgado; comparecer ante la autoridad migratoria para solicitar la regularización cuando así se le cite; todos ellos forman parte de los mecanismos de control de la política migratoria del Estado México.

Sobre este tema la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de que los Estados guardan un ámbito de amplia discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias por lo que en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias,²³ pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos hu-

²³ La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, entre otros) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 163.

manos establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁴

Máxime que tal como se precisó con anterioridad, el artículo 10 de la propia Ley de Migración señala que el Estado mexicano garantizará a los migrantes que pretendan regularizar su situación migratoria en el país el derecho a la preservación de la unidad familiar. Y es precisamente en aras de garantizar el citado derecho que el diverso 133 de la Ley de Migración establece que las personas extranjeras que acrediten ser padre, madre, hija o hijo, o tener la representación legal o custodia de persona mexicana o extranjera con condición de estancia de residente, tienen derecho a la regularización de su situación migratoria con independencia de que cumplan con los requisitos previstos la normativa aplicable.

Por tales motivos, el artículo 146 del Reglamento de la Ley de Migración no resultó inconstitucional ni inconveniente, de ahí que se negó el amparo a la quejosa.

Ahora, la quejosa también reclamó el artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 8 de noviembre de 2011, emitidos por el Secretario de Gobernación, así como la resolución de treinta de marzo de dos mil diecisiete, como primer acto de aplicación de dicha norma.

El artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios viola el derecho fundamental de ambos progenitores y de la niña o niño a la unidad familiar en tanto que propicia la ruptura de dicho lazo al impedir la regularización de la situación migratoria de un progenitor de una niña o niño mexicano.

Sobre el particular, la Corte Interamericana sostuvo que la ruptura de la unidad familiar mediante de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la

²⁴ Asunto *Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 18 de agosto de 2000, Considerando cuarto.

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño resulta desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al padre a abandonar el territorio por causa de una infracción administrativa, por lo que señaló que cualquier órgano que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual, evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño.

En esa tesitura, resulta inconcuso que el artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios vulnera el derecho fundamental a la unidad familiar del progenitor y del menor nacional, máxime que es obligación del Estado impedir que un niño sea separado de sus padres cuando ello no encuentre justificación en el interés superior del menor.

Asimismo, el artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios resulta violatorio del principio de jerarquía normativa -consistente en que la validez de las disposiciones administrativas se encuentra supeditada a que guarden congruencia con las normas legales existentes sobre la materia de que se trate- pues la citada norma limita la procedencia de la regularización migratoria en los casos referidos en el párrafo anterior, con independencia de que se trate de extranjeros que sean madres o padres de hijas e hijos mexicanos, no obstante el artículo 133 de la Ley de Migración establece que en tales casos las personas extranjeras tendrán derecho a la regularización migratoria aun cuando no se acrediten los requisitos previstos en la normativa aplicable.

Esto es, aun cuando el artículo 133 de la Ley de Migración reconoce el derecho a la unidad familiar de hijas e hijos mexicanos -por lo que no les exige que acrediten los diversos requisitos que la ley prevé para regularizar su situación migratoria- el diverso 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios lo desconoce; de ahí que sea violatorio del principio de jerarquía normativa.

Aunado a lo anterior, el artículo impugnado contraviene el principio de legalidad, toda vez que como se precisó párrafos atrás, las restricciones al goce y ejercicio de los derechos humanos deben estar previstas en una ley en sentido formal y material y, en el caso, la restricción al derecho a la unidad familiar de las personas extranjeras se encuentra contenida en uno de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios emitidos por el Secretario de Gobernación, ordenamiento que no constituye una ley en sentido formal, por lo que existe una clara inobservancia al principio de legalidad y de jerarquía normativa.

Máxime que tal como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, la medida impuesta por el Estado debe cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, lo que no ocurrió en el caso, porque limita de forma generalizada la regularización migratoria en supuestos genéricos, sin prever la posibilidad de un análisis individualizado de cada caso, no obstante que, como ya se precisó, tales restricciones deben contemplar la posibilidad de analizar las circunstancias particulares en aras ponderar el derecho al disfrute de la vida familiar frente a la política migratoria del Estado, de lo que se sigue que dicho límite tampoco es proporcional, pues una medida que no limitara de forma genérica el derecho citado sería menos restrictiva, máxime que para que el Estado pueda implementar sus políticas migratorias y, en específico, sancionar infracciones administrativas relacionadas con irregularidades migratorias, no es necesario establecer un límite indiscriminado en los casos referidos en párrafos que preceden.

Lo anterior también resultó violatorio al principio de igualdad y de universalidad de los derechos humanos, máxime que, desde la perspectiva del Juzgado de Distrito, el artículo 1 Constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impide que los poderes públicos emitan actos o normas que impliquen un trato diferenciado exclusivamente por razones de nacionalidad, que priven o restrinjan a las personas extranjeras del derecho a la unidad familiar en los términos expuestos.

Por tales motivos, el artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios es contrario a los principios

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

de igualdad, legalidad, jerarquía normativa, al interés superior de la niñez, a los derechos a la vida familiar y a que las niñas y niños no sean separados de ambos progenitores contra la voluntad de éstos, en consecuencia, lo procedente fue conceder el amparo y protección de la justicia a la parte quejosa.

Ahora, el Juzgado de Distrito consideró que la autoridad administrativa negó la regularización migratoria a la parte quejosa porque de la revisión en las listas de control migratorio se encontró registro vigente a su nombre, sin que la responsable señalara mayores elementos o razones por las que el hecho de que se haya encontrado tal registro implicaba, per se, la negativa al citado trámite.

La determinación alcanzada por la autoridad migratoria es violatoria al derecho fundamental de la progenitora y de la niña a la unidad familiar, ya que ordenó a la parte quejosa a abandonar el país sin considerar que las infracciones administrativas derivadas de su internamiento irregular al territorio nacional no son motivo suficiente y justificado para expulsarla del país.

Efectivamente, las infracciones cometidas por la parte quejosa deben seguir su cauce procesal respectivo, en el que en su caso, la autoridad migratoria de estimarlo conducente, se encuentra en la posibilidad de imponer las sanciones administrativas o realizar las denuncias correspondientes, sin embargo, en ningún caso se justifica que pueda sancionarse a la personas extranjera infractora -progenitora de la niña mexicana- con la expulsión del territorio nacional en tanto que dicha medida resultó desproporcionada en estos supuestos por los motivos que supuestamente se le atribuyen.

Al respecto, se sostiene que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño resulta desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al padre a abandonar el territorio nacional por causa de una infracción administrativa, habida cuenta que cualquier medida que implique la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del

mismo modo, una decisión individual, evaluando y determinando el interés superior de la niñez, lo que en el caso no acontece.

Fijado lo anterior, respecto a la alerta migratoria que motivó la expulsión de la quejosa del territorio nacional ante la negativa del Instituto Nacional de Migración de regularizar su situación migratoria, el Subdirector del Centro Nacional de Alertas del Instituto Nacional de Migración comunicó que la quejosa se encontraba relacionada en un proceso de investigación en el cual se detectaron un número aún no definido de personas extranjeras que presentaron trámites ante la oficina del Instituto Nacional de Migración en Tlalnepantla de Baz, Estado de México, exhibiendo documentación presuntamente falsa, razón por la cual el Instituto Nacional de Migración en ejercicio de sus atribuciones e inició denuncia penal en contra de diversas personas de las cuales se generó la noticia criminal incoada en la Fiscalía de Asuntos Especiales de la Procurador General de Justicia del Estado de México.

Sin embargo, la noticia criminal no puede considerarse motivo suficiente para negar la regularización migratoria por unidad familiar, pues tal como se precisó con anterioridad, tratándose de separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores se deben contemplar las circunstancias particulares del caso concreto para garantizar una decisión individual en la que se evalúe el interés superior de la niñez.

En efecto, si bien el Subdirector de Atención a Trámites “F” de la Dirección de Trámites “B” de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México señaló que se actualizaban en contra de la quejosa los supuestos previstos en el artículo 43, fracciones I y IV de la Ley de Migración, no precisó cuál de dichos supuestos se actualizaba al haberse encontrado el registro referido, lo que implicó una deficiente fundamentación y motivación de la resolución impugnada y, por ende, inobservancia al principio de legalidad.

De esta forma toda vez que de los actos reclamados no se puede conocer con certeza el origen y los hechos que motivaron la emisión de la alerta migratoria en contra de la quejosa y su registro en las listas de control migratorio, por ser precisamente el

Universalidad de los derechos humanos, derecho fundamental...

sustento de la negativa del trámite migratorio por unidad familiar solicitado por ésta, es que los oficios reclamados carecieron de la debida y suficiente fundamentación y motivación.

En ese orden de ideas, el Juzgado de Distrito arribó a la convicción de que tornó ilegal el acto reclamado, la circunstancia de que la negativa a regularizar la situación migratoria de la quejosa, haya sido con motivo del registro vigente en las listas de control migratorio, respecto de la cual se desconoce su origen, así como la autoridad que la emitió.

Aunado a lo expuesto, se consideró que el oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la parte quejosa, violó el derecho a la vida familiar, toda vez que el hecho de detectar un registro vigente a nombre de alguna persona en las listas de control migratorio o cualquier otra irregularidad, por sí, no puede considerarse motivo suficiente para negar la regularización migratoria por unidad familiar, pues tal como se precisó con anterioridad, tratándose de separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores se deben contemplar las circunstancias particulares del caso concreto para garantizar una decisión individual en la que se evalúe el interés superior de la niñez, lo que no ocurrió en el caso, pues la responsable se limitó a señalar que la negativa a la regularización solicitada se debió a los resultados obtenidos del “registro vigente en las listas de control migratorio”, sin exponer mayores razones por las que arribó a tal negativa.

Por tales motivos, ante la inconstitucionalidad e inconveniencia del oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la parte quejosa, se procedió a conceder el amparo y protección de la justicia federal.

EFFECTOS DE LA SENTENCIA DE AMPARO

El amparo y protección de la justicia federal se otorgó para el efecto de que el artículo 47, último párrafo de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios se desincorporara

de la esfera jurídica de la parte quejosa y no le sea aplicado en el futuro.

Concesión que se hizo extensiva al oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través del cual se resolvió negar el trámite migratorio a la quejosa, a fin de que emitiera una nueva en la que aplicara el artículo 133 de la Ley de Migración, y otorgara la regularización migratoria por unidad familiar a la parte quejosa.

RESOLUCIÓN

El Juzgado de Distrito determinó sobreseer el juicio respecto del acto reclamado al Comisionado del Instituto Nacional de Migración, al Director de Atención a Trámites “A” y al Jefe de Atención a Trámites “C”, ambos del Instituto Nacional de Migración consistente en el oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis a través del cual se negó el trámite migratorio a la quejosa y se le concedió el plazo de veinte días para salir del país; así como el acto reclamado a la Subdirectora de Atención a Trámites “C” de la Dirección de Trámites “A” de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México consistente en el oficio de veintiséis de agosto de dos mil dieciséis a través del cual se negó el trámite migratorio y se le concedió el plazo de veinte días naturales para salir del territorio nacional.

Asimismo, la Justicia de la Unión no amparó ni protegió a la quejosa contra el artículo 146, último párrafo del Reglamento de la Ley de Migración reclamado al Presidente de la República y al Secretario de Gobernación.

Finalmente, la Justicia de la Unión Amparó y Protegió a la quejosa contra el artículo 47 de los Lineamientos para Trámites y Procedimientos Migratorios y contra el acto que reclamó al Subdirector de Atención a Trámites “F” de la Dirección de Trámites “B” de la Delegación Federal del Instituto Nacional de Migración en la Ciudad de México, consistente en el oficio de treinta de marzo de dos mil diecisiete a través de los cuales se le negó el trámite migratorio y se le concedió un plazo para abandonar el país.

RECURSO DE REVISIÓN

La autoridad responsable Secretaría de Gobernación, interpuso recurso de revisión en contra de la sentencia que dictó el Juzgado de Distrito, quien por turno correspondió conocer al Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito,²⁵ y mediante resolución dictada en la sesión de veintiséis de abril de dos mil dieciocho, se confirmó la sentencia recurrida.

CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA

El Juzgado Federal inició el procedimiento cumplimiento de la ejecutoria de amparo y requirió a las autoridades responsables realizar las acciones correspondientes para dar cumplimiento a la ejecutoria. Derivado del análisis de las constancias exhibidas por las autoridades responsables, el Juzgado Constitucional solicitó constancias para mejor proveer a la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración, respecto de la cancelación de alerta migratoria a nombre de la quejosa; dicha autoridad desahogó el requerimiento e informó que otorgó la condición de estancia residente permanente a favor de la parte quejosa, porque acreditó ser madre de una niña mexicana.

Por tales motivos, el veintinueve de junio de dos mil dieciocho, el Juzgado de Distrito dictó el pronunciamiento de cumplimiento de la ejecutoria de amparo, mediante el cual analizó las gestiones realizadas por las autoridades responsables y tuvo por cumplido el fallo protector, en consecuencia, remitió al archivo judicial el expediente de amparo como asunto concluido.

²⁵ El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, admitió a trámite el recurso de revisión interpuesto por la autoridad responsable y lo registró con el número de expediente: RA-55/2018.