

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT
UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO



**MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
Y ADMINISTRATIVO**

**"El debido proceso como derecho fundamental a la
Luz del artículo 33 constitucional"**

**Trabajo académico que para obtener el grado de
Maestra en Derecho**

PRESENTA:

LIC. MARLEY SÁNCHEZ CASILLAS

DIRECTOR:

DOCTOR ALDO RAFAEL MEDINA GARCÍA

TEPIC, NAYARIT; ABRIL DE 2014.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT
UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO



**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y
ADMINISTRATIVO**

***“El debido proceso como derecho fundamental a la Luz del
artículo 33 constitucional”***

**Trabajo académico que para obtener el grado de Maestra en Derecho,
presenta la:**

Lic. Marley Sánchez Casillas

Director de Tesis:

Doctor Aldo Rafael Medina García

*Gracias a dios y a la vida, por permitirme terminar
este proyecto y ver realizada una de mis metas.*

A mi familia y amigos por estar conmigo siempre.

*Y a mis Maestros por su impulso y apoyo refrendo
mi admiración y respeto.*

***“El debido proceso como derecho fundamental a la Luz
del artículo 33 constitucional”***

**LIC. MARLEY SÁNCHEZ CASILLAS
DOCTOR ALDO RAFAEL MEDINA GARCÍA**

INDICE

CAPITULO I

Introducción	6
I. Debido proceso	10
1.1 Proceso. Concepto y características	10
1.1.1 Procedimiento. Concepto	11
1.1.2 Algunos antecedentes del debido proceso	12
1.1.3 Un concepto debido proceso	14
1.2 Derechos fundamentales y su protección en el estado constitucional y democrático de derecho	15
1.2.1 Clasificación de los derechos fundamentales	16
1.2.1.1 Derechos de libertad	18
1.2.1.2 Derechos de la seguridad jurídica	21
1.3 Extranjero. Concepto	23
1.3.1 Los extranjeros en el derecho internacional privado	23
1.4 Política migratoria en México	24
1.4.1 Principios en los que se sustenta la política migratoria	28
1.5 Reforma constitucional en materia de derechos humanos	30
1.5.1 Significado jurídico de la reforma. Perspectiva del derecho	33

comparado

CAPITULO II

2.	Derecho internacional de los derechos Humanos	35
2.1	Evolución histórica de la regulación de los derechos humanos	35
2.2	Soberanía, derechos humanos y migración	38
2.3	El derecho internacional en materia de derechos humanos	39
2.3.1	Diferencias entre el derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario	40
2.3.2	Semejanzas entre el derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario.	42
2.3.3	Derechos humanos de los migrantes	42
2.4	Principios rectores en materia de derechos humanos	44
2.5	Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos	48
2.5.1	Costumbre internacional	48
2.5.2	La doctrina en materia de derechos humanos	49
2.5.3	La jurisprudencia en materia de derechos humanos	50
2.5.4	Los tratados internacionales	50
2.5.4.1	Principios de los tratados	51

2.5.4.2	Los tratados en materia de derechos humanos	52
2.5.4.3	Reservas en los tratados en materia de derechos humanos	52
2.5.4.4	Jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos	54
2.6	Organismos Internacionales	55
2.6.1	La Corte Interamericana en el Sistema Regional de Protección a los Derechos Humanos	58
2.6.2	Comisión Interamericana de Derechos Humanos	59
2.6.3	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)	60
2.6.4	OIM (Organización Internacional para las Migraciones)	61

CAPITULO III

3.	Derecho fundamental al debido proceso	62
3.1	El debido proceso en el marco constitucional	62
3.1.1	El debido proceso constitucional	63
3.2	Principios del debido Proceso	65
3.3	El debido proceso como derecho	66

fundamental	67
3.4 Derechos que implica el Debido Proceso	70
3.5 Acceso a la Justicia	71
3.5.1 Elementos de la acción de la justicia	72
3.5.2 Improcedencia de la acción de la justicia	73
3.5.3 El derecho al acceso a la justicia	73
3.6 El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva	76
3.6.1 La Tutela jurisdiccional efectiva como una obligación de hacer	77
3.6.2 Como una obligación de dar	77
3.6.3 Valoración comparativa de vinculaciones y obligaciones	78
3.7 Protección Procesal de las libertades	81
3.8 Derecho a la seguridad jurídica	82
3.8.1 Garantía de audiencia	83
3.8.2 Garantía de legalidad	85
3.9 Extranjeros y el debido proceso legal	87
3.9.1 El Debido proceso en el procedimiento administrativo	88
3.9.2 El debido proceso en la jurisprudencia en la Corte Interamericana de Derechos	

Humanos

CAPITULO IV

4.	Artículo 33 constitucional. Análisis a la luz de la reforma en materia de derechos humanos	92
4.1	El artículo 33 constitucional previo a la reforma y el debido proceso	92
4.1.1	El artículo 33 constitucional y compromisos internacionales	94
4.2	Procedimiento de expulsión antes de la reforma constitucional	96
4.3	El artículo 33 constitucional reformado y el debido proceso	101
4.4	Procedimiento administrativo de deportación en la actualidad	103
4.5	Procedimiento migratorio de expulsión en España	108
4.5.1	Similitudes y diferencias del procedimiento de expulsión en España y la deportación en México.	113
	Conclusiones	116
	Bibliografía	118

I. Introducción

Antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio del 2011, el marco jurídico en materia migratoria en México estaba integrado tanto por instrumentos de fuente internacional y regionales ratificados por el Gobierno Mexicano, así como por instrumentos de la normativa nacional y acuerdos o documentos binacionales o locales. Estos ordenamientos, especialmente la Ley General de Población y su Reglamento, fueron severamente criticados por su imprecisión por lo que se refiere a aspectos discrecionales o a la ausencia de garantías en el debido proceso de los migrantes, originando con esto que las discrecionalidades de estos ordenamientos, generaran ambigüedades y contradicciones en esos ordenamientos jurídicos, provocando condiciones para el desarrollo de prácticas violatorias de los derechos de los extranjeros, limitando por ende su acceso a la justicia.

Este problema se originaba del contenido y espíritu del artículo 33 de nuestra Constitución, el cual por su carácter de norma superior constituía un recurso a la disposición del Ejecutivo para la aplicación subjetiva y arbitraria del procedimiento de expulsión sin fundamento, explicación y defensa de los extranjeros, quedando desfasado en virtud, de la evolución de los derechos humanos, así como la adopción de nuestro país de una serie de instrumentos jurídicos internacionales que pusieron en cuestionamiento este precepto constitucional, situando a México en una postura irresponsable derivado de los tratados internacionales, a pesar de que se interpusieran reservas no lo eximia de tener una actitud bastante incongruente con su discurso de protección de derechos humanos y bastante retrograda en comparación con la evolución de estos mismos derechos, esto lo puso en riesgo de ser sujeto de responsabilidad internacional por causas de denegación de justicia e incumplimiento de sus obligaciones internacionales derivadas los tratados internacionales.

Lo anterior, llevo a Las Comisiones Unidas de Población, Fronteras y Asuntos Migratorios, de Justicia de la Cámara de Diputados a presentar al Senado una propuesta de reforma a varios artículos de la Constitución dentro de los cuales se encuentra el artículo 33, la

cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del año 2011, en estas se reconoce a nivel *Constitucional los derechos humanos*, por la preocupación de México de apegarse al cumplimiento de estos derechos. El citado precepto constitucional mantiene la facultad del Estado para expulsar a los extranjeros, como una práctica internacional, y como el mismo derecho internacional de los derechos humanos lo permite, pero concediéndoles las garantías de legalidad y de audiencia contenidas en el artículo 14 y 16 constitucionales, estableciendo una coherencia con la Constitución y el marco internacional.

Al margen de esta reforma constitucional, entra en vigor el 25 de Mayo del año 2011 la Ley de Migración y el 28 de septiembre del año 2012 el Reglamento de la ley de Migración, en los cuales se dignifican los derechos humanos de los extranjeros otorgándoles el derecho de un debido proceso, para la mejor procuración e impartición de justicia con la finalidad de determinar su situación migratoria en nuestro país.

Precisamente esta reforma que tiene que ver con el fenómeno migratorio constituye el objeto central del presente trabajo de investigación, puesto que este es un tema interesante, polémico y con consecuencias jurídicas de carácter internacional.

En razón de lo mencionado, me permito señalarles el siguiente planteamiento de problema: Con la reforma constitucional favorablemente México ha reconocido formalmente a los migrantes el derecho fundamental a tener un debido proceso para que se determine su situación migratoria, logrando con esto que sus derechos humanos sean constitucionalmente protegidos, de esta manera, estamos en presencia de un nuevo procedimiento en materia migratoria.

Si bien es cierto, la reforma constitucional de y la Ley de Migración son de reciente creación y se encuentran en pleno desarrollo, hasta este momento de manera teórica contamos con disposiciones e instituciones que respetan los derechos fundamentales de los migrantes, sin embargo, aún no contamos con organismos que se encarguen de su defensa jurídica, ni si quiera en las defensorías de oficio se ha planteado esta posibilidad,

esto tomando en consideración que la mayoría de los extranjeros, no cuentan con recursos para acceder a los servicios jurídicos .

Luego entonces resulta incongruente que no se establezca en la Ley *¿quién o qué institución apoyará o representará al migrante si este lo desea, en un procedimiento de deportación?* Esto en virtud, que la Ley de Migración sólo contempla que el Instituto Nacional de Migración firmará convenios con asociaciones civiles que los apoyen y representen, por lo que, resulta incongruente que se pretenda que el INM sea juez y parte en este procedimiento y considero que es el Estado quien debe cubrir esta necesidad, debido a los compromisos internacionales que ha adquirido nuestro País en los tratados y convenios internacionales, de igual forma, debemos ponderar que gran parte de los extranjeros que se encuentran de manera irregular en el País son centroamericanos y sus condiciones económicas no le permiten contratar servicios jurídicos. Lo que nos lleva a deducir que con la reforma constitucional se cumplió con obligaciones internacionales que nuestro País no atendía, pero se debe de pensar en cómo tendrán acceso a este nuevo procedimiento jurídico los extranjeros ya que no debemos perder de vista que la principal finalidad de estos procesos son proteger los derechos humanos de los migrantes.

Si valoramos que el “*debido proceso*”, es el derecho humano que otorga la Constitución a toda persona para que se asegure un resultado justo y equitativo dentro de un proceso, una defensa adecuada y una tutela judicial y si consideramos la situación vulnerable de algunos extranjeros que se encuentran de manera irregular en el país y garantizamos su derecho a que sea representado si así lo requiere, en su proceso de deportación estamos protegiendo sus derechos humanos y se está en presencia de un debido proceso.

Por lo que, se debe considerar que los ordenamientos jurídicos en materia migratoria no contemplan organismos o instituciones que respalden los derechos humanos de los migrantes, resultando incongruente que el INM funja como juez y parte, para determinar su situación migratoria, por esta razón el Estado tiene la necesidad y obligación de crear una *Fiscalía Federal de Atención al Migrante*, en la cual se les brinde asesoría legal sobre su situación migratoria y jurídica, previniendo con esto situaciones que vulneren sus derechos humanos.

La estructura de mi investigación se compone de cuatro capítulos. El primer capítulo se denomina *“Marco conceptual del debido proceso”*, en éste me aboco a los conceptos claves del desarrollo de mi investigación, como son proceso, procedimiento, debido proceso, derechos fundamentales, extranjero y política migratoria, ya que son la base de mi tema principal. El segundo capítulo se denomina *“Derecho internacional de los derechos humanos”*, en él se desarrolla el marco jurídico internacional que regula los derechos humanos, y la importancia de los derechos de los migrantes reconocidos en instrumentos internacionales de los cuales México forma parte. El tercero se denomina *“El derecho fundamental al debido proceso”*, en este apartado se analiza el debido proceso como una garantía eficaz dentro del procedimiento y como un derecho humano de la persona al acceso a la justicia sin distinción de condición de nacional y extranjero; y por último, el cuarto capítulo denominado *“Artículo 33 constitucional. Análisis a la luz de la reforma en materia de derechos humanos”*, en este se analiza los alcances del artículo 33 constitucional antes y después de la reforma en materia de derechos humanos de junio del 2011, su trascendencia y alcances jurídicos internacionales dentro del procedimiento administrativo migratorio para la expulsión o deportación de extranjeros.

CAPITULO I

MARCO CONCEPTUAL DEL DEBIDO PROCESO

1. Debido proceso

1. 1 Proceso. Concepto y características

El *Proceso*, es una institución dialéctica por su propia naturaleza, por su constante movimiento. Es una forma racional de hacer algo, de llegar a un determinado fin. Pero, cuando se orienta su aplicación al mundo de derecho este lo transforma y lo dota por necesidad, de características propias, diseñando una función social ya que es un instrumento de convivencia que conlleva, deber hacerlo, a la paz. El legislador, lo plasma a través de su función política estableciendo un método jurídico llamado proceso. Este señala el referido jurista debemos concebirlo como una garantía de las prerrogativas humanas en sus distintas dimensiones, sobre todo, cuando nos situamos en los protagonistas, las partes; sujetos principales que desdoblaron según sus intereses una serie de actos concatenados para alcanzar la pretensión jurisdiccional en camino a conseguir respuestas tuteladoras en cualquier tiempo del desarrollo procesal.¹

Por otra parte, se ha señalado que el proceso es una forma de solución de conflictos que se define, generalmente, como un conjunto de actos unidos por la relación procesal y que, normado por un procedimiento, tiene por objeto la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada;² y sus características son:

a) Es un acto jurídico procesal autónomo, porque, concurren en su formación y desarrollo todos los requisitos de existencia y validez prescritos por la Constitución y la ley para que tenga vida propia como acto jurídico procesal, se valora de esa manera, puesto que su nacimiento, desenvolvimiento y término están regulados por la normativa procesal.

b) *Es dinámico*, la ciencia procesal y el sistema positivo hacen del proceso una figura dinámica que nace, se desarrolla y termina.

¹ GARCIA MORELOS. Gumesindo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, 2ª Edición, México, Ubijus, 2009, p. 22.

² COLOMBO CAMPBELL, Juan, *El debido proceso constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004. p.110

c) *El proceso es complejo porque está compuesto por un conjunto de actos y hechos procesales vinculados entre sí.*

d) *Es un acto solemne.* Desde su nacimiento la solemnidad está en el proceso, por los lugares donde se ventila o desahoga, por la presencia de las partes, la indumentaria de los jueces y sus formalidades lo confirman.

e) *El proceso tiene sujeto, objeto y causa,* nos indica que al proceso recurren varias partes, estableciendo que para que se forme la relación procesal y nazca el proceso se requiere, a lo menos, la concurrencia de dos de ellos, de entre los cuales el que nunca puede faltar es el tribunal.

f) *Mérito o límite del proceso,* el proceso limita en la competencia específica del tribunal, materia a la que me referiré a propósito de los principios orgánicos del *debido proceso.*

g) Los efectos finales de la sentencia que ponen término al proceso afectarán al conflicto que se resolvió a través de él.

1.1.1 Procedimiento. Concepto

En primer lugar hay que señalar que todo proceso está sometido a la ritualidad de un procedimiento, por lo que lo define como el conjunto de reglas anticipadas que gobiernan su tramitación. El proceso cumplirá con más o menos formalidades atendiendo a la naturaleza del conflicto que debe resolver, antecedente que deberán necesariamente considerar el constituyente y el legislador para fijar la norma de procedimiento que lo regula.³

También se ha definido al procedimiento como el conjunto de normas anticipadas por las cuales se tramita el proceso.⁴ Reglas de la *litis* procesal que obligan al juez, a las partes y a los terceros que intervienen en él. Consagran en lo esencial las garantías del debido proceso; entre ellas, el postulado que exige que tanto el tribunal como las partes conozcan con anticipación las reglas que deberán observar en sus distintas fases de desarrollo.

³ ibidem, p. 14

⁴ Real Academia de la lengua Española, <http://www.rae.es/rae/html>, consulta realizada el 22 de mayo del 2011.

En razón de lo anterior, podemos definir que el procedimiento, por su naturaleza, es preestablecido al proceso, generalmente lo contempla la ley y contiene normas irrenunciables, de orden público, que regulan la actividad del juez y de los sujetos involucrados, en la iniciación, prosecución y término del proceso.

1.1.2 Algunos antecedentes del debido proceso

En la actualidad el debido proceso es considerado como una de las conquistas más importantes que ha logrado la lucha por el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Existen algunos antecedentes que nos señalan, que la garantía del debido proceso se remontan a la carta magna de 1215, en la que el rey Juan Sin Tierra, otorga a los nobles ingleses entre otras garantías la del *due process of law*, consignada en la cláusula 48 de ese documento que disponía que "ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus partes, según la ley del país". De la lectura de la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra, se aprecia que el debido proceso se consagra incluso para proteger la libertad de la persona humana antes de iniciado el proceso judicial propiamente dicho, presentándose la detención y la prisión como excepciones a la libertad, las mismas que se concretizan previo juicio.⁵

Para algunos otros constitucionalistas⁶, el debido proceso también tiene sus orígenes *due process of law anglosajon*, y se descompone en debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales, y el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales.⁷ Su incorporación al constitucionalismo latinoamericano a ha matizado sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, que sean razonables y el adjetivo al

⁵ BERAUN Max y MENTARI Manuel, *Visión Tridimensional del Debido Proceso*, www.justicia.org.pe/jvn/05/art/visiontridi.doc, consultado 13 de enero 2012.

⁶ NOWAK Jhon y ROTUNDA Ronald, *La doctrina Marshall*, <http://manglar.uninorte.edu.co/bisistream/10584/1610/1/doc>, consultado 22 de enero 2011.

⁷ LANDA, Cesar, "Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional", *DIKE, Portal de información y opinión legal*, Perú, Pontificia Universidad Católica de Perú, www.pucp.edu.pe, consulta realizada el 05 de julio del 2012

cumplimiento de ciertos recaudos formales de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia.⁸

Por su parte la doctrina y la Jurisprudencia, han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona, natural o jurídica, y no solo un principio o un derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida el debido proceso en el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetados por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia.⁹

El debido proceso es de origen estrictamente judicial, se ha ido extendiendo pacíficamente como debido procedimiento administrativo ante las entidades estatales - civiles y militares- y debido proceso parlamentario ante las cámaras legislativas, así como el debido proceso inter privados aplicable al interior de las instituciones privadas.¹⁰

La garantía del debido proceso fue incorporado, a la mayor parte de las constituciones del siglo XX, no solo del resto del continente americano sino de todo el mundo, además fue incluida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en cuya cláusula 8 se establece que "toda persona tiene un recurso para ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la constitución o por la ley " este principio se complementa con la cláusula 10, en la que se preceptúa que" toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones y para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".¹¹

En la actualidad el debido proceso es considerado como una de las conquistas más importantes que ha logrado la lucha por el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

⁸ SAGÜES, Nestor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, Tomo 2, p 328

⁹ BUSTAMANTE, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, Lima, Ara editores, 2001, p p 236

¹⁰ SAENZ, Luis, La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, 1999, pp. 483-564.

¹¹ CHICHIZOLA, Mario, "El debido proceso como garantía constitucional", *Revista jurídica la ley*, Buenos Aires, 1983-c. pp. 910-912. www.justiciaviva.org.pe/jvnn/05/art/visiontridi.doc

1.1.3. Un concepto debido proceso

El debido proceso, se define como aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y en definitiva la plena eficacia del derecho.

Algunos otros llaman al *debido proceso legal en el derecho procesal contemporáneo* como el relativo a lograr y preservar la igualdad...". Por lo tanto, considera, "El debido proceso legal es, pues, un concepto moderno íntimamente referido a la validez y legitimidad de un proceso judicial", más adelante agrega "a través del debido proceso legal podemos hallar ciertos mínimos procesales que nos permiten asegurar que el proceso como instrumento sirve adecuadamente para su objetivo y finalidad...".¹²

Debemos tener en cuenta que la garantía del debido proceso se encuentra normalmente consagrada en forma expresa en la Constitución política, en cuyo caso las disposiciones que se refieren a la materia serán exigibles, como toda norma constitucional lo es, más la aplicación de los principios que la configuran cobrará aún mayor relevancia cuando el país no cuente con una constitución escrita, como igualmente en el evento de que su texto no las contemple expresa o satisfactoriamente.

Al respecto, se ha llegado a sostener que el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción pueden, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial. De esta manera, el proceso se constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a los justiciables el acceso a la justicia, entendida esta como valor fundamental de la vida en sociedad.¹³

¹² QUIROGA LEÓN, Anibal, *El debido proceso legal en el derecho procesal contemporáneo* <http://blog.pucp.edu.pe/item/121396/el-debido-proceso-legal-en-el-peru>, consulta realizada el 23 de abril del 2011.

¹³ TICONA POSTIGO, Victor, *El debido proceso civil* 1ra. Edición, Perú, Edil Lima, 2003 p. 120

Por lo antes referido, el debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción; ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez interviniente en el conflicto.

1.2 Derechos fundamentales y su protección en el estado constitucional y democrático de derecho

Derechos fundamentales son aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado; por ese sólo hecho y por qué el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado.¹⁴

Algunos juristas establecen que los *derechos fundamentales* son derechos humanos positivados. La definición que da surge a partir de un análisis de comparación y descarte entre éstos y los derechos humanos, y después de desechar las definiciones taxativas propuestas hasta entonces. Su proposición contiene dos ingredientes elementales: el factor histórico y social de los derechos humanos y la existencia de un sistema de valores previo. También diferencia las libertades públicas de los derechos fundamentales, al señalar que las primeras son libertades tradicionales de signo individual cuya finalidad es garantizar la esfera de autonomía subjetiva, mientras los segundos comprenden tanto libertades tradicionales como derechos sociales.¹⁵

Otros definen los *derechos fundamentales* son: todos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista a sí mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.¹⁶

¹⁴ CARBONELL, Miguel, *Derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004 p. 26

¹⁵ PÉREZ LUÑO Antonio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004 p. 213

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 19-20.

En esta definición, encontramos el término "status" determinado por la identidad de la "persona" y/o "ciudadano" y/o "capaz de obrar". Estas vertientes se asumen en dos parámetros sobre las que se fundan las divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre los derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, que corresponden respectivamente, a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar.

Cruzando las dos distinciones obtenemos cuatro clases de derechos: los derechos humanos, que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, el derecho a la vida y a la integridad de la persona; etc., el derecho a la salud y a la educación y a las garantías penales y procesales; los derechos públicos, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos (como el derecho a residencia); el derecho del trabajo; los derechos civiles; derechos políticos (derechos reservados a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho al voto).

1.2.1 Clasificación de los derechos fundamentales ¹⁷

Al realizar una clasificación de los derechos fundamentales y analizar sus distintos tipos se puede acudir a varias teorías o puntos de vista, considerando que se pueden clasificar considerando que se pueden clasificar:

1. Desde una perspectiva de dogmática jurídica, los derechos fundamentales pueden clasificarse atendiendo al lugar en el que se ubican dentro del texto constitucional, o bien dependiendo del tipo de protección que se les otorga (por ejemplo, si son protegibles a través del juicio de amparo o si su violación puede o no plantearse directamente ante un órgano jurisdiccional), por mencionar dos posibles criterios a tomar en cuenta.
2. Desde un punto de vista de la teoría de la justicia o de la filosofía política, de los derechos puede clasificarse atendiendo el valor o bien jurídico protegido (derecho de igualdad, libertad y derechos de participación democrática).

¹⁷ CARBONELL, Miguel, *op. cit.* : nota 12, p. 44.

3. Desde el punto de vista de la teoría del derecho, los derechos se clasifican atendiendo su estructura, justamente al tipo de relación jurídica que crean y a las posibilidades normativas (en sentido lógico, no en sentido jurídico positivo) que desarrollan.

Finalmente desde una óptica sociológica del derecho o de historia de los derechos, se puede dar una clasificación que permita conocer la evolución.

Tomando en consideración el objeto o bien protegido y la finalidad que se persigue con la protección, en relación a los derechos como dignidad del hombre, se dividen:

- A) Personalísimos. En estos derechos se protege a la persona en si como tal persona, con independencia de la vida social y de sus relaciones con los demás.
- B) Derechos de Sociedad, comunicación y participación, son aquellos que protegen a la persona en el ámbito de la sociedad civil, favoreciendo el libre tráfico entre todos sus miembros y su intervención en las relaciones sociales.
- C) Derechos Políticos. Estos favorecen la participación de sus titulares en la formación de la voluntad estatal y en la configuración de los poderes y de los órganos públicos, del Estado, de las comunidades locales y en algunos Estados Federales o autonómicos en los poderes políticos y no sólo administrativos.
- D) Derechos a la seguridad jurídica. Tienen una autonomía propia y son el ejemplo más patente de derechos fundados en el valor de la seguridad jurídica, más que en la libertad, aunque su consecuencia consista en un razonamiento de la libertad. Se diferencia de la categoría de los derechos personalísimos en que trascienden del ámbito exclusiva y aisladamente privado, por su importancia social y de los derechos de su sociedad, comunicación y participación. A través de las garantías procesales, que benefician al individuo, producen la tranquilidad, la certeza y el saber a qué atenerse y tienen trascendencia social.
- E) Derechos de participación. Son los derechos políticos vistos desde esta perspectiva y suponen una acción positiva de sus titulares que tiene que ser amparada y promocionada por los poderes públicos y por las instituciones, a través de la voluntad contribuyen a la participación a la formación de la voluntad política y a la toma de decisiones de éstos y también pueden acceder a la administración para formar parte de ella como funcionarios para intervenir en el procedimiento de elaboración de

disposiciones administrativas como usuarios en la fiscalización de los servicios públicos o para ser oídos y producir alegaciones en los procedimientos administrativos.

F) Derechos de prestación. A diferencia de los derechos como no interferencia, suponen una acción positiva, normalmente de los poderes públicos aunque también puede ser de los particulares excepcionalmente, para ayudar a la satisfacción de necesidades básicas que no pueden ser resueltas por la propia y exclusiva fuerza del afectado. No siempre estamos ante una necesidad de carácter económica, pueden ser culturales, educativas e incluso jurídicas, pero el trasfondo siempre es económico.

1.2.1.1 Derechos de libertad

La palabra *libertad*, significa “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y no obrar, por lo que es responsable de sus actos”, así como estado o condición de quien no es esclavo”.¹⁸

El Jurista Ignacio Burgoa señala que jurídicamente, la libertad no puede ser solo subjetiva. La vida social impide al hombre desplegar al hombre su voluntad como si estuviera aislado. Por lo que conviene tener presente que la correcta de la marcha de todo conglomerado humano debe regirse por un principio de orden, sustento de la armonía y por ende la sana convivencia social. Entonces la libertad social es la relevante para el derecho, que no desconoce la trascendencia de los actos humanos surgidos del ejercicio de la libertad subjetiva. Es decir, si el acto de un individuo aislado interfiere en la evolución pacífica de la sociedad, el orden jurídico debe señalar las prevenciones necesarias para que la libertad individual no altere la social.

Al respecto Montesquieu, señala en su obra *El espíritu de las leyes* que “No hay una palabra que ha ya recibido significaciones tan diferentes y que haya conmovido los espíritus de tantas maneras como la palabra «libertad»”; señalo también el muy distinto entendimiento que desde siglos atrás se hacía de la libertad: *Unos la consideran como la facultad de deponer a quien han dado un poder tiránico; otros como la facultad de elegir a quién*

¹⁸ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, t. II, 22ª. Ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 1372

*deben obedecer; otros como el derecho a ir armados y poder ejercer la violencia; otros como el privilegio de no ser gobernados si no por un hombre de su nación o por sus propias leyes. Hace tiempo cierto pueblo hizo consistir la libertad en el uso de llevar una larga barba. Unos han adjudicado ese nombre a una forma de gobierno y han excluido de él a las de más. Los que gustaban del gobierno republicano la han asociado con ese gobierno; los que disfrutaban del gobierno monárquico la han situado en la monarquía. En fin, cada cual ha llamado libertad al gobierno que se ajustaba a sus costumbres o a sus inclinaciones.*¹⁹

Sin duda alguna el término libertad es muy variado, pero comúnmente entendemos por esta como la potestad que tiene el hombre para desarrollarse en todos los ámbitos. Para que el ser humano pueda llegar sus metas son necesarias la inteligencia y la libertad, esta última consiste en las posibilidades que se tienen para escoger esos fines y medios necesarios para lograr el pleno desarrollo de la potencialidades humanas.

a) libertad social, manifestación de la libertad, que trasciende a la esfera del individuo y es perceptible a los demás de ahí que las restricciones de la libertad individual social sólo puedan justificarse para que los demás disfruten de esa libertad; por ello siempre está limitada y esos límites se contienen en la constitución.

b) Libertad de educación: contemplada en el artículo 3º constitucional, que establece: "todo individuo tiene derecho a recibir educación, el Estado impartirá educación primaria y secundaria.

c) Libertad de procreación: El tercer párrafo del artículo 4º constitucional, establece la garantía de libertad de procreación, decidir libremente cuántos hijos tendrá cada pareja. La decisión libre del número de hijos es un derecho subjetivo público. Se establece así una limitación de contenido o material para que la autoridad fije el límite de cada pareja.

d) Libertad de ocupación: Contemplada en el artículo 5º constitucional, señala que a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución

¹⁹ DE SECONDAT, Charles Louis, Barón de Montesquieu. *El espíritu de las leyes*, Edición Electrónica 2010, www.laeditorialvirtual.com.ar. consulta realizada 23 julio 2011

gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

e) Libertad de expresión, el artículo 6º constitucional, señala que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado. Esta garantía regula la manifestación de ideas que no se gráfica.

f) Libertad a la manifestación de ideas en forma gráfica. Se refiere sobre la libertad de imprenta. Artículo 7º constitucional establece, es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores e impresores, coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública

g) Libertad de pedir información a las autoridades se consolida en el derecho de petición, establecido en el Artículo 8º constitucional el cual dice: los funcionarios respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido; la cual tiene la obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

h) Libertad de Asociación y Reunión: Artículo 9º. No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; personalmente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país, ninguna reunión armada tiene derecho a deliberar. No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto, a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas por intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee. En materia política, solo los ciudadanos de la República pueden reunirse o asociarse.

i) Libertad de poseer armas en el domicilio y de portarlas en los términos que fije la ley. (Artículo 10º constitucional)

j) Libertad de Tránsito, se contempla en el artículo 11 constitucional que dice: Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

Las autoridades administrativas pueden limitar el ejercicio en términos de leyes de inmigración y emigración (Ley General de Población, Ley de Migración) lo que representa la base constitucional de visas, pasaportes, formas migratorias, etc.

k) Libertad Religiosa, contemplada en los artículos 24 y 130 constitucionales, los cuales a la letra señalan:

Art. 24. Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.

Art. 130. El principio histórico de la separación Estado y la iglesia orienta las normas contenidas en el presente artículo.

1.2.1.2 Derecho de seguridad jurídica

La palabra "seguridad" deriva del latín securitas, -atis, que significa "cualidad de seguro" o "certeza", así como "cualidad de seguro" o "certeza" de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación de su aplicación".²⁰

Al respecto, se ha establecido también que los derechos de la seguridad jurídica, son los que más guardan relación con el concepto de Estado de derecho en sentido formal. Ese Estado de derecho en sentido formal puede entenderse, como "el conjunto de reglas del

²⁰ Ibidem pag. 204

juego”, que los órganos públicos deben respetar en su organización y funcionamiento interno y, lo que quizá sea todavía más importante para la materia de los derechos fundamentales, en su relación con los ciudadanos. Se trata del concepto *formal* de Estado de derecho como Estado en el que las autoridades se encuentran sujetas a la ley (o, más en general, a las normas jurídicas).

En lo particular considero, que uno de los valores fundamentales en el mundo del derecho es la seguridad jurídica y comúnmente lo definimos como la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, les serán asegurados por la sociedad, protección y reparación. Las garantías de seguridad jurídica son las prescripciones jurídicas que impone el constituyente a todas las autoridades, en el sentido de que éstas deberán cumplir con determinados requisitos, condiciones o procedimientos para afectar válidamente la esfera jurídica de los gobernados. Por lo que, se les considera como limitaciones de procedimiento a la autoridad para afectar la esfera jurídica del gobernado. La relevancia de esta garantía de seguridad jurídica, dio cuenta a la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en la Tesis 1ª./J.31/99, la cual señala:

“.....las garantías de seguridad jurídica que se encuentran consagradas en la Constitución General de la República, son las base sobre las cuales descansa el sistema jurídico mexicano, por tal motivo, éstas no pueden ser limitadas porque en su texto no se contengan expresamente los derechos fundamentales que tutelan. Por el contrario, las garantías de seguridad jurídica calen por sí mismas, ya que ante la imposibilidad material de que en un artículo se contengan todos los derechos públicos subjetivos del Gobernado, lo que no se contenga en un precepto constitucional, debe encontrarse en los demás, de tal forma, que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y por lo tanto, en estado de indefensión. (...) ²¹ la *seguridad jurídica*¹⁸ es la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, sus papeles, su familia, sus posesiones o sus derechos serán respetados por la autoridad; si ésta debe

²¹ Tesis 1ª./J.31/99. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. t. IX. Mayo de 1999, p. 85

afectarlos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias.²²

1.3 Extranjero. Concepto

La palabra *extranjero* proviene del vocablo latino "*extraneus*" que tiene como significado "*extraño*" es decir aquellas personas ajenas a un país determinado.²³

Se considera al extranjero como "... la persona física o moral que no reúne los requisitos establecidos por el sistema jurídico de un Estado determinado para ser considerada como nacional",²⁴

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala en su Artículo 33, que "Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución. El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país."

1.3.1. Los extranjeros en el derecho internacional privado

Se ha considerado a la condición jurídica de los extranjeros como "... los derechos de que los extranjeros gozan en cada país, no puede existir un conflicto entre dos legislaciones, ya que, se aplica la ley interna del país donde se invoca el goce de un derecho."²⁵

Por otro lado, en este sentido, indica: "... la condición jurídica de extranjeros estará integrada por los diversos derechos y obligaciones imputables en un Estado a las personas físicas o morales que no tienen el carácter de nacionales".²⁶

²² BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 34a. Edición, México, Porrúa, 2002, pp 504 -505

²³ Diccionario Enciclopédico Espasa, Tomo 11 8ª Edición, Madrid, Reino de España, Editorial Espasa Calper, 1979, p 235

²⁴ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional privado*, México, Editorial Porrúa, 1992, p. 240

²⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma del derecho internacional privado*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1958, p 234.

²⁶ *Ibidem* p. 230

Por tanto, la condición jurídica de los extranjeros involucra derechos y obligaciones relacionados con las personas físicas o morales que carecen de la nacionalidad del Estado en el cual se establecen.

En mi opinión, la condición jurídica de los extranjeros está determinada por los derechos y obligaciones que tienen las personas físicas y morales extranjera.

1.4 Política migratoria en México

La política migratoria se entiende como el conjunto de programas y acciones gubernamentales para incidir en la tendencia de los flujos d población migratoria, sobre sus consecuencias en los territorios de su competencia y sobre las condiciones de sus causas y trayectorias, buscando mitigar sus efectos negativos y potenciar los positivos, del esquema de atribuciones fijadas por el derecho migratorio.²⁷

Esta política tiene que conciliar las eventuales divergencias que pudieran surgir al interior o en la interpretación de las líneas mencionadas, pero sobre todo, tiene que ser congruente con lo que México demanda, exige o promueve al exterior. En este sentido los compromisos internacionales de México en materia de Derechos Humanos adquieren una relevancia especial y constituyen un marco normativo de carácter obligatorio por ser convenciones o tratados internacionales.²⁸

En los últimos años, los avances en tecnología y comunicaciones han acompañado la tendencia mundial a una mayor libertad en el intercambio de bienes, servicios, información y capitales; al tiempo de incidir en una mayor y más intensa movilidad internacional de personas, sea por razones de esparcimiento, trabajo, familiares, estudios, negocios con el objetivo de visitar o residir de manera temporal o permanente en países distintos a los de su nacimiento. Tan solo en la última década se duplicó el número de visitantes extranjeros que ingresan a nuestro país de manera documentada por sus fronteras aéreas, terrestres y marítimas hasta alcanzar una cifra que supera los 21 millones de entradas.²⁹

²⁷ BICHES HINOJOSA, Miguel, *Derechos y política migratoria en México*, México, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, 2011, p.37

²⁸ CARRAL CUEVAS, Magdalena, *Derechos humanos y flujos migratorios*, México, CNDH, 2004, p. 89

²⁹ Ley de Migración, Primera edición, México, SEGOB - INM, 2011 p. 13 y14

Como es sabido, México es un país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes internacionales. Como país de origen, México enfrenta los desafíos de una voluminosa de emigración hacia los Estados Unidos de América, cuyos orígenes se remontan al último cuarto del siglo XIX pero que se volvió masiva durante los últimos veinte años, hasta alcanzar 12 millones de personas, de los cuales más de la mitad se encuentran sin documentos migratorios que acrediten su legal estancia en el país del norte.

La migración irregular de tránsito por México, fundamentalmente centroamericana con destino final a los Estados Unidos, se ha incrementado durante los últimos quince años, periodo en el que se alcanzó un promedio de 150 mil eventos por año, la mayoría de los cuales termina siendo retenido y retornado a su país de origen por las autoridades migratorias mexicanas y estadounidenses.

En este contexto y en cumplimiento a los compromisos internacionales de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala señalado en el artículo 2 incisos 1 y 2 lo siguiente: 1. "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 y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción a alguna raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social; y 2. "Cada estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueron necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.³⁰

En esta tesitura, la actualización y armonización de la legislación migratoria nacional resulta fundamental para impulsar un modelo de gestión migratoria que salvaguarda el estado de derecho, la democracia y los derechos humanos, que permita ocuparse de la

³⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_pacto_dcp.pdf. consulta realizada 23 de enero del 2012

seguridad nacional y pública y, al mismo tiempo, velar por la seguridad humana y la integridad de los migrantes nacionales y extranjeros, promoviendo los principios de tolerancia y de la no discriminación y combatiendo eficazmente el tráfico, la explotación de los migrantes y de las redes criminales a la migración.

Por esta razón, se debe definir una política migratoria que considere las múltiples dimensiones y complejidad del fenómeno migratorio en México comprometiéndose: a) Reconocer los aportes del desarrollo nacional de la emigración mexicana e incorporar de elementos para su protección y asistencia durante sus viajes de ida y de retorno, así como durante su estancia en el país de destino y su reinserción en la sociedad mexicana cuando retornaban; b) Reconocer las tensiones o problemas para el mercado de trabajo nacional que podrían derivarse de una emigración masiva, pero a la vez facilitar los flujos de visitantes e inmigrantes que pueden contribuir al desarrollo económico, social y cultural de nuestro país, promoviendo una migración regulada y acorde con las necesidades del trabajo y el desarrollo nacional; c) Fundamentar la gestión migratoria en la salvaguarda del Estado de Derecho, de la democracia y de los Derechos Humanos, promoviendo la seguridad nacional y pública, y al mismo tiempo, velando por la seguridad humana de los migrantes nacionales y extranjeros; d) Prevenir y controlar con determinación la migración indocumentada, salvaguardando la integridad y los derechos humanos de los migrantes; e) Combatir eficazmente el tráfico, la y las redes criminales asociadas a la migración; f) Fomentar la integración de las poblaciones migrantes a la sociedad receptora y la cohesión social y; h) Promover los principios de la tolerancia y de la no-discriminación.³¹

La estrategia nacional de desarrollo se ha modificado sustancialmente durante las últimas tres décadas con el propósito de insertar a México en la dinámica de un mundo cada vez más globalizado. Esta nueva estrategia de desarrollo se caracteriza, entre otras cosas, por el inédito incremento del comercio internacional de México, los crecientes flujos de inversión extranjera directa, la afluencia de capitales transnacionales, el incremento del flujo de turistas; llevando con esto a nuestro país a reformar varios marcos normativos, por los tratados y convenciones internacionales que había suscrito, ya que, la normatividad nacional en materia migratoria no había sufrido modificaciones integrales

³¹ SOLIS CAMARA, Fernando. *"México una política migratoria con sentido humanitario"*. México. SEGOB-INM. 1998

durante los últimos 70 años, a pesar del crecimiento del movimiento migratorio en México. Esta modernización en México de la legislación migratoria resulta fundamental para facilitar los flujos de personas documentadas que complementan los esfuerzos de la población mexicana en el impulso al desarrollo económico, social y cultural del país.

La ley de Migración³², establece en su artículo segundo, que la *Política Migratoria* es el conjunto de decisiones estratégicas para alcanzar objetivos determinados que con fundamento en los principios generales y demás preceptos migratorios contenidos en ley, se plasman en el Reglamento, normas secundarias, diversos programas y acciones concretas para atender el fenómeno migratorio en México de manera integral, como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes.

El Procedimiento que la Secretaría de Gobernación realiza para tomar las definiciones de la política migratoria en México, se contempla el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Migración³³:

- I. Formular propuestas de política migratoria y recoger las demandas y los posicionamientos de los Poderes de la Unión, de los gobiernos de las entidades federativas, de los gobiernos de los municipios y de las delegaciones del Distrito Federal, de las dependencias y entidades cuyo ámbito de competencia se relacione con la materia migratoria, de las personas físicas, del sector académico y de la sociedad civil organizada;
- II. Analizar las recomendaciones formuladas por organismos internacionales en materia migratoria y de derechos humanos;
- III. Considerar lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales en la materia de los cuales sea Parte el Estado mexicano, y
- IV. Analizar las propuestas a que se refiere este artículo, a través de los mecanismos previstos en el presente Capítulo.

Para la toma de decisiones en materia de política migratoria, se podrá solicitar la opinión del Consejo Nacional de Población cuando la formulación de acciones específicas de política requiera elementos de análisis socio demográfico.

³² Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación 25 de mayo del 2011

³³ Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación 28 de septiembre del 2012

Las propuestas que se formulen ante la Secretaría deberán presentarse por escrito y expresar necesidades específicas de los procesos y servicios migratorios, y podrán ser realizadas por los Poderes de la Unión, los gobiernos de las entidades federativas, los gobiernos de los municipios y de las delegaciones del Distrito Federal, las personas físicas, el sector académico y la sociedad civil organizada. Toda propuesta deberá ser acompañada de su respectiva justificación, basada en estudios, investigaciones o datos estadísticos que sustenten su pertinencia y ser congruente con los principios establecidos en el artículo 2 de la Ley.³⁴

1.4.1 Principios en los que se sustenta la política migratoria³⁵

La política migratoria del estado mexicano se sustenta en los siguientes principios:

- a) Respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria, con especial atención a grupos vulnerables como menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera edad, así como víctimas del delito.
- b) Congruencia de manera que el Estado mexicano garantice la vigencia de los derechos que reclama para sus manifestaciones en el exterior, en la admisión, ingreso, permanencia, tránsito, deportación y retorno asistido de extranjeros en su territorio.
- c) Enfoque integral acorde a la complejidad de la movilidad internacional de personas, que atienda las diversas manifestaciones de migración en México como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes, considerando sus causas estructurales y sus consecuencias inmediatas y futuras.
- d) Responsabilidad compartida con los gobiernos de los diversos países y entre las instituciones nacionales y extranjeras involucradas en el tema migratorio.

³⁴ Artículo 6 del Reglamento de la Ley de Migración.

³⁵ Op.cit. not. 29 p. 25

- e) Hospitalidad y solidaridad internacional con la personas que necesitan un nuevo lugar de residencia temporal o permanente debido a condiciones extremas en su país de origen que ponen en riesgo su vida o su convivencia, de acuerdo con la tradición mexicana en este sentido, los tratados y el derecho internacional.
- f) Facilitación de la movilidad internacional de personas, salvaguardando el orden y la seguridad. Este principio reconoce el aporte de los migrantes a las sociedades de origen y destino. Al mismo tiempo, pugna fortalecer la contribución de la autoridad migratoria a la seguridad pública y fronteriza, a la seguridad regional y al combate contra el crimen organizado, especialmente en el combate al tráfico o secuestro de migrantes, y a la trata de personas en todas sus modalidades.
- g) Complementariedad de los mercados laborales con los países de la región, como fundamento para una gestión adecuada de la migración laboral acorde a las necesidades nacionales. Equidad entre nacionales y extranjeros, como indica la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, especialmente en lo que respecta a la plena observancia de las garantías individuales.
- h) Reconocimiento a los derechos adquiridos de los migrantes, en tanto que los extranjeros con arraigo o vínculos familiares, laborales o de negocios en México han generado una serie de derechos y compromisos a partir de su convivencia cotidiana en el país, aun cuando puedan haber incurrido en una situación migratoria irregular por aspectos administrativos y siempre que el extranjero haya cumplido las leyes aplicables.
- i) Unidad familiar e interés superior de la niña, niño y adolescente, como criterios prioritario de internación y estancia de extranjeros para la residencia temporal o permanente en México, junto con las necesidades laborales y las causas humanitarias, en tanto que la unidad familiar es un elemento sustantivo para la conformación de un sano y productivo tejido social de las comunidades de extranjeros en el país.
- j) El Poder Ejecutivo determinará la política migratoria del país en su parte operativa, para lo cual deberá recoger las demandas y posicionamientos de los otros Poderes

de la Unión, de los gobiernos de las entidades federativas y de la sociedad civil organizada, tomando en consideración la tradición humanitaria de México y su compromiso indeclinable con los derechos humanos, el desarrollo y la seguridad nacional, pública y fronteriza; etc.

1.5 Reforma constitucional en materia de derechos humanos

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, ha cambiado el rostro constitucional de los Derechos Humanos en México y ofrece varias novedades importantes, las cuales pueden cambiar de manera profunda la forma de concebir, interpretar y aplicar tales derechos.

En este sentido me abocare analizar algunos puntos de la reforma que se relacionan con el tema que me ocupa:

1) La denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución cambia, deja atrás el antiguo concepto de "garantías individuales". A partir de la reforma se llama "De los derechos humanos y sus garantías". La expresión derechos humanos es mucho más moderna, denota un sentido más universal que las garantías individuales y es la que se suele utilizar en el ámbito del derecho internacional.

Al analizar la frase completa "los derechos humanos y sus garantías", encontramos que no evoca dos tipos de derecho, por una parte los derechos humanos y, las garantías individuales, sino que alude a los derechos humanos y técnicamente, a los instrumentos que le sirven de garantía; esto es, los medios a través de los cuales se busca su eficacia, cuando las autoridades lo desconozcan o de plano lo transgredan, que básicamente son los previstos en los artículos 97, 99, 102, 103, 105 y 107 constitucionales, es decir la facultad de investigación que se deposita en el CNDH. En este sentido la alusión de "garantías" en la denominación apuntada no tiene ni debe dársele el significado tradicional, sino el moderno de medios constitucionales para la protección de los derechos humanos, es especial de tipo judicial.³⁶

³⁶ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, www.juridicas.unam.mx/inst/direc/datper/htm?p=jorgec, consultado 23 de agosto del año 2012

2) El artículo primero constitucional, en vez de "otorgar" los derechos, ahora simplemente los "reconoce". A partir de la reforma se reconoce que toda persona "goza" de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales. La Constitución se abre de forma clara y contundente al derecho internacional de los derechos humanos, demostrando de esa manera una vocación cosmopolita muy apreciable.

3) En el mismo artículo primero constitucional se recoge la figura de la "interpretación conforme", al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrada no solamente por la carta magna, sino también por los tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.³⁷

4) Se incorpora en el párrafo segundo del artículo primero constitucional el principio de interpretación "pro personae", muy conocido en el derecho internacional de los derechos humanos y en la práctica de los tribunales internacionales encargados de la protección y tutela de los mismos derechos. Este principio supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano.

5) Se señala, en el párrafo tercero del artículo primero, la obligación del Estado mexicano (en todos sus niveles de gobierno, sin excepción) de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. De esta forma queda claro que todo derecho humano "reconocido" por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas.

³⁷ CARBONELL, Miguel. *La Reforma constitucional en materia de Derechos Humanos principales novedades*, México, 2012. <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>, consultada 25 de julio del 2012

6) Las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.

7) El Estado mexicano, señala el artículo 1 constitucional a partir de la reforma, debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

8) Se otorga rango constitucional al asilo para toda persona que sea perseguida por motivos políticos y se reconoce de la misma forma el "derecho de refugio" para toda persona por razones de carácter humanitario. Esto amplía la solidaridad internacional que históricamente ha tenido México hacia las personas que sufren violaciones de derechos en sus países de origen, para quienes deben estar completamente abiertas las puertas el territorio nacional.

12) Tomando como base lo que señala la Convención Americana de Derechos Humanos, se modifica el artículo 33 constitucional, para efecto de modular la facultad del Presidente de la República para hacer abandonar el territorio nacional a las personas extranjeras. Anteriormente esa facultad se ejercía de forma totalmente arbitraria, sin que se le diera ningún tipo de derecho de ser oído y vencido en juicio a la persona extranjera afectada. Con la reforma ya se señala que se debe respetar la "previa audiencia" y que la expulsión solamente procede en los términos que señale la ley, siempre que se siga el procedimiento que la misma ley establezca. También será una ley la que deberá determinar el lugar y el tiempo que puede durar la detención de un extranjero para efecto de su posible expulsión del territorio nacional. Es decir estamos ante un debido proceso en materia migratoria.

13) Se adiciona I fracción X del artículo 89 constitucional para efecto de incorporar como principios de la política exterior del Estado mexicano, la cual corresponde desarrollar al Presidente de la República, "el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos". Esto implica que los derechos humanos se convierten en un eje rector de la diplomacia mexicana y que no se puede seguir siendo neutral frente a sus violaciones. Si se acreditan violaciones de derechos humanos, México debe sumarse a las condenas

internacionales y aplicar las sanciones diplomáticas que correspondan según el ordenamiento jurídico aplicable.

Esta reforma sin duda es trascendental en nuestro marco jurídico, algunos juristas la analizan desde dos grupos: 1. Estos cambios se derivan básicamente de la armonización constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos; y 2. Cambios operativos o al sector de garantía, estos indican en las posibilidades procesales de hacer valer los derechos ante los operadores jurídicos, por lo que se les otorga herramientas para tal efecto. (Garantías de los derechos a efecto de que sean exigidos por las vías competentes) ³⁸

1.5.1 Significado jurídico de la reforma. Perspectiva del derecho comparado

De manera general, la narrativa constitucional mexicana se armoniza por fin con el esquema completo de vinculación con los tratados internacionales sobre derechos humanos en la mayoría en los Estados constitucionales, y se define en la siguiente ruta: la ratificación de los instrumentos, la aceptación expresa de la competencia contenciosa de los tribunales a cargo de su aplicación e interpretación; la incorporación de los tratados al orden interno a efecto de que puedan ser aplicados a los operadores jurídicos y que contribuye a la adopción del derecho interno como lo establece la Convención Americana de los Derechos humanos y en definitiva, un reconocimiento de la incidencia constitucional de estos tratado en razón de su contenido normativo, lo que se precisa en la interpretación conforme. ³⁹

La particularidad del derecho Mexicano a la reforma, implica que en la nueva redacción constitucional, es necesario apreciar que se abre una vía paralela de órdenes normativos en la interpretación de las normas sobre derechos humanos hacia la constitución y tratados. "las normas relativas de derechos humanos se interpretaran de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia." Con esto podemos deducir, que haber acertado en un diseño semejante al derecho comparado, no implica que

³⁸ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, Op Cit nota 127, p. 40

³⁹ CABALLERO OCHOA, José Luis, *La Cláusula de Interpretación conforme y el Principio Pro Persona (1º Segundo Párrafo de la Constitución)*, México, 2011, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/6.pdf>.

la constitución se supedita a la norma convencional, sino que se trata de un reconocimiento de un sistema de interpretación de contenidos normativos a otros ordenamientos, como el principio pro persona.

Es importante refutar que el hecho de que la Constitución se interprete de conformidad con los tratados internacionales no lesiona la supremacía constitucional, sino que reconoce la conformación de un bloque de constitucionalidad, por medio de derechos integrados.

CAPÍTULO II

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. Evolución histórica de la regulación de los derechos humanos

El reconocimiento universal de los derechos humanos como inherentes a la persona es un fenómeno reciente. En las culturas griegas y romanas es posible encontrar consideraciones que reconocen derecho a las personas más allá de toda ley, como la concepción cristiana expresaba el reconocimiento radical del ser humano, como creación a imagen y semejanza de Dios y la igualdad de todos los seres humanos, estas ideas no se plasmaron en Instituciones políticas ni jurídicas de la antigüedad.⁴⁰

Desde los antecedentes ingleses como la Carta Magna de 1215, el Acta de Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1689, la definición actual de derechos humanos surge hasta el siglo XVII con las declaraciones estadounidenses, y desde luego, con la declaración de los Derechos del Hombre y el ciudadano proclamada en París en 1789. Se ha llegado a afirmar que es a partir de esa Declaración, cuando el derecho interno de los Estados desarrolla un orden jurídico orientado al reconocimiento y a la protección de los derechos fundamentales de las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados de que se trate.⁴¹

Los derechos introducidos en las Constituciones en los Estados de América del Norte, en las leyes fundamentales americanas promulgadas en el siglo XIX perfeccionaron dichos derechos clásicos e iniciaron los primeros intentos para regular los primeros instrumentos jurídicos para su tutela, tales como la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes de origen norteamericano, el habeas corpus de creación inglesa y posteriormente el amparo inspirado en el modelo mexicano.⁴²

⁴⁰ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, P. 1

⁴¹ ORTIZ AHLF, Loretta. *Derecho internacional público*. México, Oxford, 2010, p. 410

⁴² FIX ZAMUDIO, Héctor. *Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en latinoamericana*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 3.

En el siglo XX, la protección de los derechos humanos evolucionó a partir de que los individuos se consideraron "objetos" del derecho internacional, hasta la concepción actual de que son "sujetos" del derecho internacional, esto derivado de las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial provocando que se iniciara el movimiento actual a favor de los derechos humanos y se considerara un asunto susceptible de ser regulado por el derecho internacional.

En 1945 se incluyeron en la Carta de la ONU disposiciones que reflejan un compromiso claro de la comunidad de Estados con la protección y defensa de los derechos humanos, con esto se inicia el procedimiento de internacionalización de los derechos humanos.

La consagración constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, se habían desarrollado en las legislaciones ordinarias de Estados Unidos y de Europa, y comienza en la Constitución Federal Mexicana del 5 de febrero de 1917, con el inicio del constitucionalismo social, que fue desarrollado al finalizar la primera guerra mundial por la Constitución Alemana de Weimar y otras cartas de Europa Occidental. Refiere también, que el derecho Internacional de los Derechos Humanos surge con la creación de las naciones unidas en 1945, las cuales aprobaron en 1948, la Declaración Universal de los Derechos humanos, enfatiza que la "libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".⁴³

Se ha establecido también que los Gobiernos Latinoamericanos, han suscrito documentos más significativos de los derechos fundamentales, tales como Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (diciembre de 1966). La Convención Americana de los Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969, y luego el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de San Salvador, de 1988;⁴⁴ así como la Convención Americana de los Derechos Humanos y todos ellos han reconocido de manera expresa la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴³ Idem.

⁴⁴ CANCELADO TRINDADE, Antonio Augusto, *"La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, estudios básicos de derechos humanos I"*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, pp 32 -62.

A su vez, en el ámbito internacional se ha avanzado en establecer convenciones o tratados destinados a brindar protección a ciertos grupos de personas: Apátridas, mujeres, niños, trabajadores. También se han originado sistemas de protección a ciertas ofensas o delitos, especialmente grave *contra los derechos humanos, como la trata de personas, la discriminación racial, el genocidio, la tortura y la desaparición forzada de personas.*

La internacionalización de los derechos humanos en el contexto del Estado Constitucional contemporáneo, ha contribuido fundamentalmente en los siguientes rubros:

I. A complementar el catálogo de los derechos humanos establecidos en la propia Constitución, a partir de los instrumentos internacionales suscritos en la materia, de tal modo que estos llegan incluso a ostentar un nivel de primer orden de normatividad interna, tal como sucede en nuestro país posterior a la reforma constitucional del 10 de junio del 2011.

II. El derecho internacional de los derechos humanos ha contribuido a que los Estados finalmente dejen de considerar a los derechos como un conjunto de limitaciones al poder soberano, sino por el contrario, como facultades atribuidas al género humano en conjunto y a cada persona en lo individual, que el mismo estado reconoce y tutela al introducirlos en la ley fundamental, y los garantiza a través de los instrumentos procesales idóneos. En este contexto, es posible afirmar que los organismos internacionales de protección a los derechos humanos son, interlocutores primordiales respecto a la "globalización" de estos bienes fundamentales y en el respeto a la dignidad humana y, ulteriormente, referente obligado en la consecución de la democracia.⁴⁵

Desde la perspectiva de la doctrina del derecho internacional, los derechos humanos se clasifican, de acuerdo con su contenido y orden de aparición, en tres generaciones:

- a) Primera generación: derechos civiles y políticos.
- b) Segunda generación: derechos económicos, sociales y culturales; y
- c) Tercera generación: derechos de solidaridad, ejemplo derecho a la paz

⁴⁵ AMADO RIVANEIRA, Alex, "Evolución del derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, España. Agosto - Diciembre 2006, http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num18/Art.18_PDF. Consultado 18 de enero del 2012.

2.2. Soberanía, derechos humanos y migración

La soberanía debe entenderse desde dos aspectos; el interno: la libre determinación del Estado para regular su organización política, jurídica, social y comercial interna; y el aspecto externo: Es la independencia y autonomía del Estado en su relaciones con los demás miembros de la comunidad internacional.⁴⁶

Un principio jurídico aceptado por la mayor parte de las Constituciones del mundo es que, todo país tiene el derecho soberano de controlar sus fronteras y de decidir quién puede entrar y quién no, a su territorio. De una manera análoga a la evolución del concepto de soberanía de una dimensión absoluta a una relativa, la noción de un ejercicio de esa soberanía, ligado al derecho de controlar las fronteras y de decidir y ejecutar la política nacional de inmigración, ha venido cambiando, de una rigidez absoluta, a una modalidad relativa, ligada a la evolución jurídica de los derechos humanos.⁴⁷

En ese proceso evolutivo se ha generado una aparente contradicción entre dos ejercicios de soberanía. Uno, derivado del derecho soberano de decidir y definir quién es nacional y quién es extranjero, ejercicio de soberanía del cual se deriva esa distinción plasmada en la mayor parte de las Constituciones del mundo. Esa distinción, hecha como un ejercicio de soberanía, está ligada íntimamente al principio de que todo país tiene el derecho soberano de controlar sus fronteras y de decidir quién puede entrar y quién no, a su territorio. Obviamente, tal ejercicio de soberanía implica un derecho correlato que privilegia a los nacionales respecto a los extranjeros en su derecho a entrar libremente a su propio país, derecho del cual son excluidos por definición los extranjeros o inmigrantes, salvo ciertos requisitos.

Se ha establecido que no hay Soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos.⁴⁸ Dicho principio, ha inspirado la concertación de diversos acuerdos internacionales que establecen la supremacía de los derechos humanos sobre el derecho soberano de los países para controlar sus fronteras y establecer su política de

⁴⁶ ORTIZ AHLF, Loretta, Op. cit. Not. 34, pág. 257

⁴⁷ BUSTAMANTE, Jorge A, *La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/8.pdf>, consultado 3 de agosto del 2012.

⁴⁸ Ibidem, p. 127

inmigración. Es decir, no es que desaparezca tal derecho soberano, sino que no puede ejercerse en violación de los derechos humanos, sobre todo cuando un país ha aceptado una normatividad internacional que lo obliga a protegerlos sin distinción de nacionalidad otorgándoles preeminencia sobre sus propias leyes, como lo señala el artículo primero de la Carta de los derechos y deberes del hombre de la OEA.

Para ser admitido como nuevos Estados miembros de la Unión Europea. Los países aspirantes tienen que demostrar no solamente su completa aceptación de las normatividades internacionales, sino su completa disposición para cumplir con esas normatividades, las cuales muchas de ellas tienen que ver con los derechos humanos de los migrantes.⁴⁹

2.3 El derecho internacional en materia de derechos humanos

Comúnmente se conoce al Derecho Internacional como un sistema de reglas contempladas por los Estados para regular sus conductas y relaciones. Se desarrolló a partir de la necesidad de crear mecanismos y reglas de mutuo acuerdo para resolver pacíficamente los conflictos y disputas.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) supone, un conjunto de acuerdos entre dos o más Estados en los que se establecen normas mínimas en cuanto al trato que los ciudadanos deben recibir de los gobiernos y en cuanto a los límites y obligaciones que tienen los poderes públicos para actuar frente a las personas.⁵⁰

El movimiento internacional de los derechos humanos se fortaleció con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Redactada como "un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse", en la Declaración, por primera vez en la historia de la humanidad, se establecen claramente los derechos civiles, políticos,

⁴⁹ La organización Internacional para la migración (OIM) hizo una compilación de las principales normatividades referidas específicamente a los derechos humanos de los migrantes internacionales. En esa compilación de la OIM identifico como derechos centrales de los migrantes en un documento oficial expedido en 1996, los siguientes derechos: derecho a la vida; prohibición a la esclavitud y del comercio de esclavos; prohibición a detenciones arbitrarias prolongadas, prohibición de la tortura o de cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante; prohibición a la discriminación racial, etc.

⁵⁰ ORTIZ AHLF, Loretta, op. cit., nota 24, p. 410

económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar. A lo largo de los años lo establecido en la Declaración ha sido ampliamente aceptado como las normas fundamentales de derechos humanos que todos deben respetar y proteger. La Declaración Universal, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, forman la llamada "Carta Internacional de Derechos Humanos".⁵¹

Sin duda alguna, una serie de tratados internacionales de derechos humanos y otros instrumentos adoptados desde 1945 forman la base jurídica a los derechos humanos inherentes y han desarrollado el conjunto de derechos humanos internacionales. La mayoría de los Estados también han adoptado constituciones y otras leyes que protegen formalmente los derechos humanos fundamentales.

El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que los Estados deben respetar. Al pasar a ser partes en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de estos derechos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.⁵²

2.3.1 Diferencias entre el derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario

El derecho internacional humanitario contiene normas aplicables en situaciones de conflicto armado. Dado a su naturaleza de derecho de excepción, aplicable en situaciones

⁵¹ Oficina del alto Comisionado para los Derechos Humanos, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>, consultada 07 de agosto del 2012

⁵² Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>, consulta realizada el 24 de enero del 2012, 21:00

extremas, su puesta en práctica en los ordenamientos jurídicos internos reviste una importancia particular para garantizar el respeto de la normativa que contiene.⁵³

De acuerdo con algunos doctrinarios, el derecho internacional humanitario puede definirse en la actualidad como *"el componente de derechos humanos en el derechos de guerra"*. Las principales diferencias en estas materias son:

- Su evolución. Los derechos humanos comenzaron por ser protegidos exclusivamente en el ámbito interno de los Estados y trascendieron al grado que en la actualidad su regulación es por el derecho internacional. En cambio el derecho humanitario nació para regir conflictos armados en el orden internacional.
- Su ámbito de aplicación. El derecho internacional de los derechos humanos, además de su aplicación contiene un conjunto de normas específicas destinadas a aplicarse cuando la crisis adquiera una gravedad que constituya una amenaza para la comunidad, y el derecho internacional humanitario es precisamente en situaciones de excepción.

El derecho internacional de los derechos humanos cuenta con un sin número de mecanismos de protección, unos de carácter judicial, otros de carácter semijudicial. En el marco de las Naciones Unidas, tiene fundamentalmente la Comisión de Derechos Humanos y a nivel regional la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Comisión Europea de Derechos Humanos, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estos mecanismos, tienen la característica de que no solo el Estado tiene la posibilidad de recurrir a ellos, sino que también los individuos pueden hacerlo.

Por lo señalado, puedo precisar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos protege a todos los individuos sin excepción alguna, mientras que el Derecho Internacional Humanitario protege solo a ciertas categorías de personas.

⁵³ PELLANDINI, Cristina, El derecho internacional humanitario y el ordenamiento jurídico interno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/23.pdf>, consulta 06 de agosto del 2012.

2.3.2 Semejanzas entre el derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario.

El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, están inspirados en el deseo de proteger al hombre contra la arbitrariedad y tienen una zona común aplicable en todo tiempo y lugar; compuesta por una serie de normas que tienen el carácter de normas imperativas o de *ius cogens*, las cuales deben ser aplicadas independientemente de la voluntad de los Estados o de los individuos, y no pueden ser derogadas o renunciadas. Estas garantías, que en el campo de los derechos humanos han sido llamadas el núcleo duro de los derechos humanos, se reflejan en lo denominado, principios comunes a los Convenios de Ginebra y a los derechos humanos.⁵⁴

1. Principio de inviolabilidad, consiste en que el individuo tiene derecho al respeto de su vida, integridad física y moral y de los atributos inseparables de la personalidad.

2. *Principio de la no-discriminación*, las personas serán tratadas sin distinción alguna fundada en la raza, el sexo, la nacionalidad, el idioma, la clase social, la fortuna, las opiniones políticas, filosóficas.

3. *Principio de seguridad*, el individuo tiene derecho a la seguridad de su persona. La denominada zona común de estos dos ordenamientos, se refiere básicamente a los siguientes derechos: El derecho a la vida y a no ser privado de la misma arbitrariamente, sino en virtud de sentencia definitiva de un tribunal competente; El derecho a la integridad física, psíquica, y moral. La prohibición de la esclavitud y la servidumbre. El Principio de legalidad y de irretroactividad de las leyes; etc.

2.3.3 Derechos humanos de los migrantes

Dentro de los derechos humanos de los migrantes, nos encontramos la problemática de que no existe un instrumento internacional que abarque la totalidad de los derechos a ser reconocidos y protegidos.⁵⁵ Al respecto, algunos países alegan que tal instrumento no es

⁵⁴ ICTET, Jean, *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario*, Colombia, Tercer Mundo Editores, 1997.

⁵⁵ Joan Fitzpatrick, *The Human Rights of Migrants* en Aleinkoff & Chetail, Ed. *Migration and International Legal Norms* (the Hague: Aser Press, 2003), p.170

del todo necesario,⁵⁶ en tanto que, los migrantes cuentan con una serie de derechos ya recopilados y reconocidos en los más de 50 distintos instrumentos que integran el régimen internacional de los derechos humanos, como por ejemplo: Convención y Protocolo sobre el estatuto de refugiados; Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños (Protocolo de Palermo); Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y aire (Protocolo de Palermo); Principios básicos para el tratamiento de reclusos; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; reglas de las naciones unidas para la protección de los menores privados de libertad; Convenio 97 de la OIT relativo a los trabajadores migrantes; Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven; etc.

También forman parte del sistema internacional para la protección de derechos humanos de los migrantes las recomendaciones y observaciones generales expresadas por los relatores especiales de las Naciones Unidas y en el ámbito regional, las recomendaciones y observaciones realizadas por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, así como los fallos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

El instrumento jurídico internacional que con mayor amplitud enlista los derechos humanos de los migrantes es la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CTTMF)*, adoptada el 18 de diciembre de 1990. Este instrumento abarca los derechos de todos los trabajadores migratorios documentados e indocumentados. Este instrumento se considera un tratado de los derechos humanos y no gestión migratoria ni de lucha contra la criminalidad, es lamentable, que hasta el momento no haya sido firmada por ningún Estado que se destaque por ser destino de las corrientes actuales migratorias, solo por aquellos Estados que son origen de migraciones, en su caso México, que es un país de origen, tránsito y destino de migrantes.⁵⁷

⁵⁶ Es el argumento principal de los países receptores de migrantes, especialmente Estados Unidos de América, para no firmar la Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

⁵⁷ Hasta el 11 de febrero de 2008 habían ratificado la Convención los siguientes 40 países: Albania, Argelia, Argentina, Azerbaiyán, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo verde, Chile, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Filipinas, Ghana, Guatemala, Guinea, Honduras, Jamaica, Lesotho, Kyrgystán, Libia, Mali, Marruecos, Mauritania, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Ruanda, Senegal, Siria, Sychelles, Sri Lanka, Tayikistán, Timor del Este, Turquía, Uganda y Uruguay, entre otros.

Con base en los instrumentos internacionales y en la CTTMF en particular, la Organización Internacional para las Migraciones considera los siguientes derechos centrales de los migrantes, independientemente de su estatus migratorio: derecho a la vida; prohibición a la esclavitud y del comercio de esclavos; prohibición de detenciones arbitrarias prolongadas; prohibición de la tortura o de cualquier otro trato cruel, inhumanos o degradante; prohibición de la discriminación racial sistemática; derecho de la autodeterminación; derecho del detenido a un trato inhumano; prohibición de penas con efectos retroactivos; derecho a la igualdad ante la ley; derecho a la no discriminación; y derecho a salir de cualquier país y regresar al propio.⁵⁸ Estos derechos principalmente son derechos civiles, los cuales han de ser respetados por todos los Estados que son parte de los principales instrumentos de protección a los derechos humanos.

2.4 Principios rectores en materia de derechos humanos

I. Autoaplicabilidad de los derechos humanos, su eficacia no depende ni está condicionada a la adopción de normas locales por parte del Estado, sino que son normas directamente operativas que no necesitan de reglamentación interna. Por lo tanto, se entiende que se impone al Estado el deber de adecuar su normatividad interna a lo dispuesto en tales instrumentos internacionales, cuya infracción es motivo de responsabilidad internacional. Contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de los Derechos Humanos en sus artículos 2.1 y 2 respectivamente.⁵⁹

II. *Los derechos humanos son normas del ius cogens.* En los términos del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una norma del ius cogens es una norma que es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados

⁵⁸ BUSTAMANTE, Jorge. *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, 2002, P. 185.

⁵⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 2, 1.º 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 y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".
Convención Americana de los Derechos Humanos, Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. "Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma de la misma naturaleza.

La carta de la ONU en su preámbulo, en sus arts. 1.3, 55 y 56, establece el compromiso del respeto a los derechos humanos, a pesar de que algunos doctrinarios no consideran que dichas disposiciones impliquen obligaciones para los Estados, la corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva "sobre las consecuencias legales para los Estados respecto de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia", dispuso que "no deja duda alguna que, a su juicio, la carta si impone a los miembros de las Naciones unidas obligaciones legales en el campo de los derechos humanos. Por ello, en la medida en que la Carta si impone a los miembros de las Naciones Unidas obligaciones legales en el campo de los derechos humanos".

Por su parte, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH), declaró que la obligación de respetar y garantizar los derechos civiles y políticos es una obligación erga omnes.

III. *Protección complementaria del derecho internacional.* Es una coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados, por lo que la protección internacional no sustituye la tutela procesal que cada país debe brindar dentro de su jurisdicción. Motivo por el cual, las víctimas de violación de un derecho deben agotar los recursos internos antes de recurrir a los mecanismos de protección internacional.

El acceso a la justicia de las víctimas, encuentra en la protección internacional una protección especial cuando en sus propios Estados, por diversas razones, barreras o condicionamientos económicos, políticos, sociales, culturales, etc. se trata de lo que se denomina la protección complementaria, pues se reconoce de un lado la falibilidad de los mecanismos nacionales de protección y por el otro la dimensión internacional y universal de los derechos humanos, lo que habilita su protección internacional.⁶⁰

⁶⁰ LUSVERTI, Carlos F. Activista derechos humanos, Coordinador General del CE de Amnistía Internacional- Venezuela. 2012, consultado 24 de julio del 2012.

IV. Protección del hombre. En el derecho internacional de los derechos humanos el sujeto pasivo siempre es el Estado, por lo tanto, es el sujeto obligado al cumplimiento y respeto de las disposiciones establecidas en los diversos instrumentos internacionales en la materia. El objeto de los tratados en materia de derechos humanos, a diferencia de otro tipo de tratados, los compromisos que asumen las partes son frente a los demás Estados partes, y no en beneficio de las demás partes, los Estados se comprometen ante los demás a respetar los derechos de los habitantes, con independencia de su nacionalidad. Las obligaciones asumidas por los Estados son en beneficio del individuo. Este tipo de obligaciones dan al individuo la calidad de "sujeto" del derecho internacional aunque no en el sentido de capacitarlo para incurrir en obligaciones convencionales, sino simplemente como beneficiario de los derechos que se derivan del tratado.

V. El reconocimiento del *locus standi* al individuo. El derecho internacional reconoce al individuo el *locus standi* o *ius standi*, el derecho propio de recurrir a órganos o mecanismos internacionales para la protección de sus derechos e intereses.

Al respecto, La Convención Americana no reconoce el *locus standi* al individuo al no permitirle el acceso directo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a diferencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, por lo que necesariamente deberá acudir a la Comisión Interamericana (CIDH).⁶¹

VI. Los Derechos no derogables. Son derechos de carácter absoluto, por lo tanto no pueden suspenderse en ninguna circunstancia. Estos derechos son, de conformidad con el art. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos y Civiles y Políticos y el 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los siguientes:

a) Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; b) Derecho a la vida; c) Derecho a la integridad personal; d) Prohibición a la esclavitud y Servidumbre; e) Principios de Legalidad y retroactividad; f) Libertad de conciencia y religión; g) Protección a la familia; h) Derecho al nombre; i) Derechos del niño; j) Derecho a la nacionalidad; k) Derechos Políticos; y l) Garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

⁶¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Artículo 46 Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; ...

Respecto a las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una opinión consultiva, consideró que estas garantías pueden ser de tres tipos:

1. El habeas corpus. La Convención Interamericana de Derechos Humanos, señala en su artículo 7.6, lo siguiente:

“Toda persona privada de la libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido, los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”

El carácter vinculatorio del derecho internacional en materia de derechos humanos, así como de la jurisprudencia de organismos supranacionales, entre ellos, la emitida por la Corte Interamericana de derechos humanos, es una cuestión incompleta en cuanto al establecimiento de medios de protección judicial, ya que no se contempla una garantía especial, por lo que el reconocimiento de los derechos debe ser a la par de esta para alcanzar el pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, sean por fuente constitucional local o fuente internacional.⁶²

2. El amparo, se contempla en el artículo 25.1 de la Convención, el cual señala:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o en la citada convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

3. Las demás garantías inherentes a la preservación del estado de derecho, en base a lo señalado en el art. 29 inciso c) de la Convención⁶³, el cual señala:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido, de excluir todos los derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.”

⁶² GARCIA MORELOS, Gumerindo. *El recurso extraordinario de exhibición de persona (hábeas corpus)*, México, Ed. Ubijus, 2009, p. 19

⁶³ Convención Americana de los Derechos Humanos, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, consultada 23 enero 2011

2.5 Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos ⁶⁴

Para algunos doctrinistas las fuentes principales del derecho internacional de los Derechos Humanos son: a) Fuentes principales, directas o autónomas, aquellas factores de tipo social, político o económico que están aptos para crear o formar normas jurídicas internacionales por si mismas aplicable a las relaciones de los Estados y demás sujetos del DI, como es el caso de los tratados y las costumbres internacionales; y b) Fuentes secundarias, indirectas o heterónomas, aquellas que influyen en la aplicación y creación de las normas jurídicas, pero no son aptas de crearlas por si solas, es decir, influye de manera especial el procedimiento mediante el cual una norma es establecida.

2.5.1. Costumbre internacional

El derecho consuetudinario fue tradicionalmente la principal fuente del derecho internacional. Debido a la falta de un legislador internacional, las relaciones entre Estados se regían por normas no escritas aceptadas por ellos. El proceso de conformación de la norma consuetudinaria tiene importancia en la Asamblea General de las Naciones Unidas y las organizaciones de protección de los derechos humanos, ya que se favorecen mediante resoluciones. En este sentido se ha afirmado que: *"...la Asamblea General no sólo es el Órgano principal de las Naciones Unidas, sino también, es un órgano formado por representantes de todos los Estados miembros... esto significa que la Asamblea General es un foro en la que se reúnen casi todos los Estados, y en el que dichos Estados, después del correspondiente debate, pueden expresar sus opiniones y su voluntad colectiva respecto a los principios y normas jurídicas que han de elegir la conducta de los Estados. Los Estados son los legisladores de la comunidad internacional."* ⁶⁵

⁶⁴ ORTIZ AHLF, Loretta, op cit., nota 24, p. 410

⁶⁵ Jiménez de Aréchega, *Derecho público internacional*, Costarrica, www.derecho.uanh.mx/docsentinea/Capitulos9.pdf, consulta realizada 24 de enero 2012

Al respecto, El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia nos ofrece una definición de la *costumbre Internacional*, al decir que: .." La Corte deberá aplicar... la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como siendo de Derecho".

La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, son un claro ejemplo del proceso de cristalización de normas consuetudinarias de derechos humanos mediante resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos. Esta cristalización de también puede surgir a partir de la celebración de un tratado.

La práctica de los organismos internacionales, puede contribuir a la creación de la costumbre internacional, pues son también sujetos de derecho internacional como ejemplos podemos mencionar, la celebración de tratados con Estados o con otros organismos.

2.5.2 La doctrina en materia de derechos humanos

Son los pronunciamientos adoptados por un órgano competente a fin de interpretar o aclarar el contenido, alcance o valor jurídico de una disposición contenida en la normativa internacional o, eventualmente, una regla o principio del derecho consuetudinario vigente. El sistema universal de derechos humanos, está dotado de cuatro tipos de órganos.⁶⁶

1. Los Comités de expertos independientes establecido por ciertos tratados sobre derechos humanos y cuya competencia se limita a éstos.
2. Los Órganos Políticos de las Naciones Unidas, y en particular la Comisión de Derechos Humanos que tiene un mandato amplio y está compuesta por expertos independientes.
3. La Subcomisión de Derechos Humanos, órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos que tiene un mandato amplio y está compuesta por expertos independientes.

⁶⁶ La doctrina del Comité de Derechos Humanos sobre el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), es la fuente de su competencia para conocer casos, establece que dicha competencia se limita a los derechos, los principios las obligaciones establecidas en los artículos 1 a 5 sólo se toman en cuenta tangencialmente en el examen de casos sometidos en virtud del Protocolo Facultativo.

4. Los mecanismos temáticos, cuya competencia, definido por la Comisión de Derechos Humanos, se limita a temas específicos pero se extiende a todos los Estados miembros de la organización.

2.5.3. La Jurisprudencia en materia de derechos humanos

Hasta la fecha solo tres comités del sistema universal han desarrollado una jurisprudencia sobre los derechos consagrados en los instrumentos correspondientes: el Comité de Derechos Humanos; el Comité para la eliminación de la discriminación racial y el Comité contra la tortura. La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos no sólo es más extensa, sino es amplia al referirse a todos los derechos comprendidos en el PIDCP.⁶⁷

Los órganos jurisdiccionales internacionales competentes en casos de violaciones a derechos humanos suelen apoyar sus sentencias en las opiniones o sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Internacional de Justicia. Las sentencias dictadas por la Corte Interamericana y la Jurisprudencia que de ellas emane, no solo implica un pronunciamiento jurisdiccional que estima parcialmente las pretensiones del afectado y que se limite a establecer reparaciones para el caso concreto, sino que sus consideraciones constituyen criterios generales de validez aplicables para todos los Estados partes, por implicar la interpretación autorizada del contenido concreto, convencionalmente protegido, de los derechos humanos garantizados en el Pacto de San José.

2.5.4. Los tratados internacionales

Kelsen, señala que un *Tratado* es un convenio normalmente celebrado entre dos Estados bajo el derecho internacional general. Es un acuerdo manifestado de voluntad entre dos o más Estados.... tanto en el orden jurídico nacional como internacional atribuyen, ya que, hablamos del orden jurídico nacional hablamos de un contrato y cuando se habla del orden jurídico efectos jurídicos internacional es un tratado.⁶⁸

⁶⁷ HERRERIAS CUEVAS, Ignacio Francisco. *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, Ubijus, México, 2011, p.80

⁶⁸ DE LA GUARDIA, Ernesto. *Derecho de los tratados internacionales*, Argentina, , Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1977, p.49

El artículo 2º (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define al tratado internacional como:

"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."

Considero que una definición más convencional, de un *Tratado*, es cualquier acuerdo internacional que celebran dos o más Estados u otras personas internacionales, y que se regido por el Derecho Internacional. Esta definición es integral pues incluye los acuerdos entre dos o más sujetos del derecho Internacional, que también tienen capacidad de celebrar tratados.

2.5.4.1. Principios de los tratados

1. El principio "pacta sunt servanda".⁶⁹ Este principio afirma la obligatoriedad de los tratados, respecto a las partes, añadiendo, además la necesidad de su cumplimiento de acuerdo con la buena fe. Una explicación de su carácter obligatorio sugiere que al firmar un tratado, las partes adquieren obligaciones cuyo contenido se define en el texto del tratado. El cumplimiento de los compromisos es una regla elemental, y es evidente que constituye uno de los principios fundamentales del DI positivo, y hasta para algunos autores es el principio dominante de todo sistema. Su aplicación requiere, por el contrario la invocación de un cuerpo de reglas complejas que, sin duda, tienen un carácter consuetudinario y que la Comisión de Derecho Internacional ha tratado de codificar.

2. El principio "res inter alios acta".⁷⁰ Un tratado no puede, en principio, obligar a los sujetos que no han participado en él, puesto que no han dado su consentimiento, aunque tiene sus excepciones y en algunos casos crea derechos y obligaciones respecto a terceros.

⁶⁹ Pacta sunt servanda", los tratados deben cumplirse

⁷⁰ "Res inter alios acta", cosa realizada entre otros.

3. Principio "ex consensu advenit vinculum".⁷¹ Se refiere a que el consentimiento es la base de la obligación jurídica, es resultado de la estructura de la sociedad internacional, principalmente formada por Estados, formalmente considerados iguales. Al no haber un ente jurídico superior a ellos y capaz de imponerles una determinada conducta, se supone que deben dar su consentimiento para que nazcan las obligaciones jurídicas de carácter contractual.

4. El principio de respeto a las normas del "ius cogens". Principio incorporado en el artículo 53 de la Convención de Viena, según el cual un tratado sería nulo cuando fuera contrario a una norma imperativa del derecho internacional dejando aparte la enorme dificultad de determinar cuándo una norma internacional es de esa clase, está claro que la aplicación de esta disposición interfiere con la libertad de contratación de los Estados.⁷²

2.5.4.2. Los tratados en materia de derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos no debe confundirse con el derecho de los tratados. El derecho de gentes, los tratados no son la única fuente del derecho internacional de los derechos humanos. Sin perjuicio de la importancia de las fuentes convencionales, los instrumentos de este tipo no agotan el derecho internacional de los derechos humanos; con tratados o sin ellos, los Estados tienen la obligación de respetar de los derechos humanos.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala en el artículo 38, que se deben considerar dos elementos adicionales la obligatoriedad universal y regional de la norma que constriñe a los Estados a respetar y garantizar de los derechos humanos, y el carácter de ius cogens que posee dicha norma.⁷³

⁷¹ "Ex consensu advenit vinculum", del consentimiento deviene la obligación

⁷² Convención de Viena, Art. 56. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("ius cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

⁷³ Art. 38 (Corte Internacional de Justicia). La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen, reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas, de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2.5.4.3. Reservas en los tratados en materia de derechos humanos

El régimen de reservas se encuentra regulado por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969 en la que se especifica que el tratado puede determinar

Las reservas permitidas y las prohibidas; en caso de que el tratado no contemple un régimen pueden formularlas siempre que no sean contrarias al objeto y al fin del mismo tratado.

Sin duda alguna, la adhesión masiva de los países a los tratados en materia de derechos humanos ha hecho en realidad la aspiración al universalismo contenida en la fórmula de Viena y de los estados, en el momento de adherirse a los tratados correspondientes, se recurría en muchas ocasiones a la formulación de reservas que muchas veces limitan de manera considerable el campo y efectividad del tratado, por lo tanto, se limitaba el efecto jurídico y político de tal universalidad.

El seno de la Comisión de Derecho Internacional, señaló atinadamente que “la cuestión de las reservas debe regirse por las disposiciones del tratado mismo” lo que se refiere “no solo a las disposiciones expresas sino también a la intención tácita de las partes y al objeto y naturaleza del mismo.

Si bien es cierto, los tratados de derechos humanos no tienen un carácter especial en virtud de su estructura interna y su carácter normativo, según Allan Pellet; su carácter especial radica en el hecho de que constituyen instrumentos que crean órganos encargados de supervisar su aplicación, por voluntad de las partes, con la facultad de determinar la extensión de los compromisos adquiridos, interpretar el alcance de sus cláusulas, evaluar la licitud de las reservas y definir el alcance de su propia competencia, con la cual la función de dichos órganos es la de ser guardianes de un ordenamiento normativo, esto es, el conjunto de derechos fundamentales de la persona, tarea que va más allá de cualquier base convencional.

2.5.4.4. Jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos

Son las Constituciones Nacionales las que definen el rango de los tratados en materia de derechos humanos dentro de su marco jurídico interno. La jerarquía de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, separadamente de los instrumentos generales, ha cobrado relevancia en los últimos años principalmente en Latinoamérica, incluso hasta el punto de colocarlos por encima de la propia Constitución Política del Estado, ejemplos de esto los encontramos en países como Guatemala, Nicaragua, Colombia, Brasil y Chile entre otros.⁷⁴

Así, la Constitución de Guatemala, reconoce una supra constitucionalidad de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en el artículo 46 de la siguiente manera: "Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tiene preeminencia sobre el Derecho Interno". Por su parte, la Constitución Colombiana de 1991 en su artículo 93 determina que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia "prevalecen en el orden interno" y que los derechos constitucionalmente consagrados serán interpretados de conformidad con los derechos humanos ratificados por Colombia.

Las Constitucionales Nacionales de los Países Americanos incorporan y jerarquizan los instrumentos internacionales de cuatro maneras diferentes: derecho internacional de los derechos humanos que pueden modificar la constitución (Supraconstitucional); derecho internacional de los derechos humanos que se equipara con la constitución (Constitucional); derecho internacional de los derechos humanos por debajo de la constitución pero por encima de las leyes nacionales (supralegal); y derecho internacional de los derechos humanos equiparado a las leyes nacionales (legal).

En nuestro país posterior a la reforma⁷⁵ del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales en materia de derechos

⁷⁴ AYALA CORAO, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, 2002, pp. 41-49.

⁷⁵ Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011.

humanos tienen el mismo rango que nuestra carta magna. En virtud de que la citada reforma cambia la denominación de su capítulo Primero por él: *“De los Derechos Humanos y sus Garantías”*, y en su artículo primero señala:

Artículo 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los *derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.....

Sin duda alguna esta reforma constitucional, ha dado un gran giro en nuestro marco constitucional y judicial, que implica la jerarquización constitucional de los derechos humanos, con esto en materia internacional nuestro país cumple con los compromisos que adquirió en los tratados y convenciones de los que forma parte, con la finalidad de armonizar el derecho internacional consuetudinario con el derecho interno. Establece de manera expresa que los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano poseen jerarquía constitucional, de acuerdo de esta evolución con la materia en la cartas fundamentales en latinoamericanas, además reconoce en forma expresa el principio *pro persona*, para la aplicación de la norma más favorable a los afectados por la violación de los derechos fundamentales, es decir, la interna o la internacional.

2.6 Organismos internacionales

Las Organizaciones Internacionales, son sujetos del derecho internacional privado creados mediante un tratado, con personalidad jurídica diferente a las de sus miembros, con la finalidad de gestionar intereses colectivos de un grupo de Estados o de la

comunidad internacional. Son universales por tener composición y competencia supra-regionales y son de naturaleza distinta. Características:⁷⁶

- I. Se crean mediante un tratado, estatuto o carta, en la que por lo general se determina su organización, composición, finalidades y funciones.
- II. Están integradas por sujetos de derecho internacional, generalmente Estados, por lo que reciben el nombre de organizaciones internacionales.
- III. Gozan de personalidad jurídica propia, por lo tanto, son titulares de derechos y obligaciones.
- IV. Están dotados de órganos permanentes, que son distintos independientemente de los miembros de la organización.

Los tratados constitutivos de organizaciones internacionales se rigen por la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969 y por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

La adquisición de *estatus miembro*, depende de los términos del tratado constitutivo de la organización y por lo general se sujeta a ciertas condiciones; por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas estipula que solo podrán ser miembros de la organización: *...los Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en esta Carta y que, a juicio de la Organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo.*

Las Organizaciones Internacionales, conforme al ámbito territorial de acción, se clasifican en universales y regionales. Las primeras están abiertas a todos los Estados de la comunidad internacional, y se admiten como miembros a países de cualquier parte del mundo y su actividad se extiende al territorio de los Estados miembros, por ejemplo la ONU, la Organización Mundial de la Salud (OMS); las regionales, limitan a su actuación a

⁷⁶ 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, www.hchr.org.mx/files/doc/oc/Libros/LibroODonnell.pdf, consultado 03 de Agosto del 2012

un área geográfica determinada en el tratado que las constituye. Por ejemplo, Organización de Unidad Africana y Organización de Estados Americanos (OEA), etc.

Estos son algunos Organismos Internacionales gubernamentales, multilaterales, privados y ONG, que se ocupan de la defensa de los derechos humanos: Alianza para un mundo responsable, plural y solidario; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: (ACNUR); Amnistía Internacional; Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos; Asociación para los Derechos de la Mujer y el Desarrollo; Brigadas Internacionales de Paz; Centro de Derechos Reproductivos; Centro de Documentación, Investigación e Información de los Pueblos Indígenas; Centro por la Justicia y el Derecho Internacional; Comisión Andina de Juristas; Comisión Interamericana de Derechos Humanos Comisión Interamericana de Mujeres; Comisión Internacional de Juristas Comisión para la defensa de los Derechos Humanos en Centro América; Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer; Comité Internacional de la Cruz Roja; Conecta Sur: Consejo de Derechos Humanos; Convención Europea de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Coordinadora Contra la Represión Institucional y Policial; Corte Internacional de Justicia; Derechos Human Rights; Diakonia; ECPAT Internacional; Federación Iberoamericana del Ombudsman; Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer; Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia; Fondo de Población de Naciones Unidas; Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe; Fundación Rigoberta Menchu Tum; HelpAge Internacional; Human Rights Watch; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Instituto Interamericano del Niño; Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente; Plataforma de Información del Pueblo Indio; Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo; Programa de Acción Mundial para los Impedidos; Proyecto Desaparecidos; Red Latino Americana y Caribeña por la defensa de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes; Save the Children; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Unión Europea, Derechos Humanos y Democracia.⁷⁷

⁷⁷ Organismos Internacionales <http://www.sre.gob.mx/paises/oi.htm>, consulta realizada 21 enero 2012.

En atención al desarrollo del presente trabajo me abocare un poco a analizar algunos organismos relacionados con el tema principal:

2.6.1 La Corte Interamericana en el Sistema Regional de Protección a los Derechos Humanos. ⁷⁸

Creada en 1959 en Chile, fue hasta 1967 cuando se elevó a rango de órgano principal de la organización, mediante el Protocolo de Buenos Aires de 1967. Esta Convención la que determina su estructura, competencia y procedimiento; y conjuntamente con la Corte Interamericana de Derechos Humanos es uno de los órganos encargados de la protección de los derechos humanos en el sistema Interamericano. Los tres pilares de esta Comisión son: El Sistema de Petición Individual; El monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros, y la atención a líneas temáticas prioritarias.

Funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

1. Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alega que Estados Miembros de la OEA han ratificado la Convención Americana o aquellos Estados que aún no la han ratificado han violado derechos humanos.
2. Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados Miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en determinado Estado Miembro, cuando lo considera apropiado.
3. Realiza visitas a los países para analizar en profundidad de la situación general y/o para investigar una situación específica.
4. Estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas, lleva a cabo y publica informes sobre temas específicos; tales como, las medidas que deben adoptarse para garantizar un mayor acceso a la justicia; Los efectos que tienen los conflictos armados internos en ciertos grupos; La situación de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, de las mujeres, de las y los trabajadores/as migrantes y sus familias, de las personas privadas de libertad, de los defensores/as de derechos humanos, de los pueblos indígenas, de las personas afrodescendientes y de las personas

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/info_consultas.cfm consulta realizada el 23 enero del 2012, 21:30.

privadas de libertad; Sobre la libertad de expresión; La seguridad ciudadana y el terrorismo y derechos humanos.

5. Organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios y reuniones con representantes de gobiernos, instituciones académicas, entidades no gubernamentales y otros, con el objetivo principal de divulgar información y fomentar el conocimiento amplio de la labor del sistema interamericano de derechos humanos.

6. Recomienda a los Estados Miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del Continente, etc.

2.6.2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH, al igual que el Comité de Derechos Humanos del Sistema Universal, es un órgano compuesto por expertos independientes. Es una de las entidades del sistema interamericano de protección de derechos humanos, tiene su sede en Washington, D.C.; La Comisión está integrada por 7 personas de reconocida trayectoria en derechos humanos, electos a título personal y no como representantes de ningún gobierno. La competencia de la CIDH para conocer casos de violaciones de los derechos humanos proviene de distintas fuentes, de las cuales las más relevantes son las siguientes:⁷⁹

- Competencia original para conocer violaciones de derechos humanos en todos los Estados miembros de la OEA, derivada de su Estatuto.⁸⁰
- Competencia para conocer denuncias de violaciones de los derechos reconocidos por la Convención Americana por un Estado Parte.⁶⁴
- Competencia para conocer violaciones de la libertad sindical y del derecho a la educación, reconocida por el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, con respecto a los Estados Partes en dicho instrumento (art. 19.6).
- Competencia para conocer denuncias de violaciones de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.⁸¹

⁷⁹ El artículo 45 de la Convención Americana establece la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para conocer denuncias de un Estado Parte contra otro, siempre que ambos hayan formulado declaraciones aceptando dicha competencia. Si bien nueve Estados Partes han formulado tales declaraciones, hasta la fecha ninguno de ellos ha invocado esta competencia.

⁸⁰ Esta competencia, aplicable a todos los Estados miembros de la OEA, está reconocida por el artículo 20 del actual Estatuto, aprobado por la Asamblea General mediante resolución 447 (IX-0/79) de 1979 (fue reconocida inicialmente por la primera reforma del Estatuto de la Comisión, adoptada en 1965). El artículo 20 del Estatuto está redactado en forma ambigua, pues no se mencionan denuncias ni violaciones de los derechos humanos sino comunicaciones, sin precisar las fuentes competentes para someterlas, ni la admisibilidad de las comunicaciones *rationae materie*. No obstante, la práctica establecida, así como el Reglamento de la CIDH, dejan clara la naturaleza de esta competencia. El artículo 23 del Reglamento confirma, tácitamente, que ésta se aplica a denuncias de violaciones de los derechos consagrados por la Declaración Americana.

2.6.3 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)⁸²

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) puede considerarse una agencia especializada semi-autónoma: no tiene constitución ni Estados miembros, pero sí Estatuto y presupuesto propio. El Alto Comisionado es nombrado por el Secretario General de las Naciones Unidas, pero rinde cuentas ante el Comité Ejecutivo del Programa compuesto por Estados que se reúnen anualmente.⁸³

A pesar de su nombre, las funciones del Comité Ejecutivo no se limitan a la adopción de recomendaciones sobre las actividades y programas del ACNUR, sino que también adopta conclusiones dirigidas a los Estados sobre la interpretación y puesta en práctica del derecho internacional de los refugiados. Las funciones del ACNUR incluyen la protección de los derechos de los refugiados, su asistencia material y la búsqueda de soluciones duraderas al problema de los refugiados. La función de protección incluye la defensa de los derechos de los refugiados y solicitantes de refugio mediante el diálogo con los Estados así como, en algunos países, la participación del ACNUR en los mecanismos competentes establecidos por la legislación interna. Estas funciones se desarrollan en el marco de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados o de su Protocolo de 1967 con respecto a todos los Estados Partes y en el marco del Estatuto del ACNUR. Si bien este organismo no está dotado de un mecanismo para examinar denuncias sobre violaciones de los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo, las conclusiones del Comité Ejecutivo sobre cuestiones relativas a la interpretación del derecho internacional de los refugiados pueden considerarse la doctrina más autorizada en la materia. Otra fuente de interpretación importante es el Manual de procedimientos y criterios para la determinación de la condición de refugiado, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado, y fuente de interpretación importante es el Manual de procedimientos y criterios para la determinación de la condición de refugiado,

⁸¹ Esta Convención no establece explícitamente la competencia de la CIDH para conocer denuncias, si bien el último párrafo de su artículo 8 establece que “Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado”. El artículo 23 del Reglamento de la CIDH se refiere a la competencia de ésta sobre denuncias de presuntas violaciones de los derechos reconocidos en esta Convención.

⁸² Agencia de la ONU para los Refugiados ACNUR, <http://www.acnur.org/3/>, consultado 23 de julio 2012

⁸³ El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) también rinde cuentas al Ecosoc.

elaborado por la Oficina del Alto Comisionado, y las directrices que actualizan y completan el Manual, que representan una síntesis de medio siglo de experiencia en la aplicación del derecho internacional de los refugiados.

2.6.4 OIM (Organización Internacional para las Migraciones) ⁶⁴

La OIM, es una Organización intergubernamental creada en 1951, está consagrada al principio de que la migración en condiciones humanas y de forma ordenada beneficia a los migrantes y a la sociedad. Se integra por 146 Estados Miembros y 98 observadores y más de 450 representaciones. Está consagrada al principio de que la migración en forma ordenada y en condiciones humanas beneficia a los migrantes y a la sociedad.

En su calidad de principal organización internacional para las migraciones, la OIM trabaja con sus asociados de la comunidad internacional para: ayudar a encarar los crecientes desafíos que plantea la gestión de la migración a nivel operativo, fomentar la comprensión de las cuestiones migratorias, alentar el desarrollo social y económico a través de la migración; y velar por el respeto de la dignidad humana y el bienestar de los migrantes.

Si bien es cierto que la OIM no tiene un mandato jurídico de protección, sí es un hecho que sus actividades contribuyen a proteger los derechos humanos y tienen por efecto o consecuencia la protección de personas concernidas por la migración.

⁶⁴ Organización Internacional para las Migraciones. <http://www.iom.int/jahia/Jahia/mission/lang/es>, consultado 04 de agosto del 2012.

CAPÍTULO III

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

3.1. El debido proceso en el marco constitucional

Como punto de partida todos los poderes deben de ceñirse en el ejercicio de sus funciones, a lo que manda la constitución. Nuestro marco constitucional establece al debido proceso como la forma natural y racional de solución jurisdiccional de los conflictos que se produzcan en el ejercicio de las funciones públicas o por hechos o actos que se provoquen el quebrantamiento de los derechos esenciales de las personas.

El Poder Judicial debe de obrar de manera tal que no afecte la garantía de defensa en juicio (debido proceso adjetivo) y el legislativo no debe de alterar la sustancia de los derechos por la vía reglamentaria (debido proceso sustantivo). Cuando el conflicto a decidir es constitucional estamos ante la presencia de un debido proceso constitucional.⁸⁵

El proceso jurisdiccional tiene suprema importancia para el derecho procesal constitucional porque es la auténtica protección de las garantías.⁸⁶

Los principales requisitos que deben concurrir para que opere el proceso como forma de solución de conflicto constitucional, son los siguientes:

- a. Existencia de un conflicto de intereses de relevancia constitucional.
- b. La concurrencia interrelacionada y sucesiva de un conjunto de actos procesales que integran el proceso y que emanan del tribunal, de los sujetos legitimados y, eventualmente, de terceros autorizados para actuar en él, materialmente los actos que lo conforman se incorporan al proceso, o a los sistemas alternativos de solución.
- c. El proceso constitucional, al igual que todo proceso, es una relación jurídico procesal, compleja que, limitando en su competencia específica, sirve para resolver mediante la sentencia definitiva el conflicto sub lite sometido a su decisión.

⁸⁵ COLOMBO CAMPBELL, Juan, op. cit., nota 2, p. 162

⁸⁶ En la teoría procesal este pasaje es de suma importancia, porque supone dar vida a una posición distinta al concepto popular que idealiza al proceso como parte vital en la trilogía estructural del derecho procesal como ciencia (jurisdicción, acción y proceso), para dar lugar a una interpretación constitucional sobre el modo que debe tener un procedimiento litigioso para respetar los derechos humanos y otorgar adecuadamente el derecho a la protección jurídica que se promete en los Tratados y Convenciones Internacionales.

d. Todo proceso, en su desarrollo debe ajustarse a una norma de procedimiento, y esta debe de ser preestablecida.

3.1.1 El debido proceso constitucional

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto del debido proceso. De considerarse un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.⁸⁷ A partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar.⁸⁸

Con ello no se decidió que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos. En definitiva, el proceso jurisdiccional tiene suprema importancia para el derecho procesal constitucional porque es la auténtica constitucional porque es la auténtica protección de las garantías. Desde este punto de vista, hasta podría afirmarse que es la única garantía, ya que, con la constitucionalización del proceso se evade y posterga la noción de exigencia individual o derecho subjetivo público. La influencia de la Constitución en el proceso no ha de verse solamente en la cobertura que ofrece una norma fundamental de un Estado cualquiera conformación de una estructura mínima de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un litigio. El sentido trasciende los espacios propios; va más allá de las soberanías resignadas al papel penetrante que tienen los Tratados y Convenciones sobre Derechos

⁸⁷ GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *El debido Proceso en la actualidad*, www.iidpc.org/revistas/2/pdf/73_86.pdf, consultado 10 de agosto 2012.

⁸⁸ No debe creerse que por ser el proceso un instrumento que se construye para una finalidad que le es extrínseca, él mismo (la garantía) no tenga una propia finalidad. Ello así, en la medida que un mismo fin puede lograrse por diferentes caminos o medios, lo cual pone de relieve que el fin no integra la consistencia del medio, aunque ésta debe ser adecuada para alcanzarlo. Por ende, cada medio ha de utilizarse según su propio modo de ser, respetándolo y cambiándolo para que mejor llegue al fin perseguido. Cabe modificar el medio siempre que se mantengan sus aspectos fundamentales, pero no cambiando alguno de éstos, de tal manera que se pierda la manera de ser o consistir del instrumento. Si ello se hace, estamos ante un medio diferente, mejor o peor, pero no ante el mismo.

“El debido proceso como derecho fundamental a la luz del artículo 33 constitucional”

Humanos. La voluntad que se protege no es particular sino la universal del hombre que quiere para sí y por sí, con independencia de los particulares contextos de la relación.⁸⁹

En suma, la constitucionalización del proceso supone crear condiciones para entender lo que “es debido”, hay una construcción específica que comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia fundada que pueda ser ejecutada y cumplida como los jueces han ordenado.

El “debido proceso constitucional” se puede observar desde la plataforma de los más necesitados, obligando a sustanciar un sistema tuitivo, de carácter proteccionista, donde se puede referenciar la miseria humana, las ofensas en la dignidad, las carencias manifiestas de pobres y abandonados, la situación de los niños o las mujeres vejadas, los marginados sociales, los perseguidos, los ancianos, etcétera. Sería ni más ni menos que el derecho a tener un proceso sin resignaciones ni egoísmos adjetivos.⁹⁰

En resumen, la gran alteración que sufre el concepto debido proceso se relaciona con el tiempo cuando se expresa. Mientras la tradición ideológica lo muestra como un concepto abstracto que persigue la perfección de los procedimientos evitando la arbitrariedad o la sinrazón; el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos. Tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es destacar su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos.

El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones de una ley, o en los preceptos de un código; se proyecta más que en los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo.

⁸⁹ En la teoría procesal este pasaje es de suma importancia, porque supone dar vida a una posición distinta al concepto popular que idealiza al proceso como parte vital en la trilogía estructural del derecho procesal como ciencia (jurisdicción, acción y proceso), para dar lugar a una interpretación constitucional sobre el modo que debe tener un procedimiento litigioso para respetar los derechos humanos y otorgar adecuadamente el derecho a la protección jurídica que se promete en los Tratados y Convenciones Internacionales.

⁹⁰ Este pasaje tomado parcialmente de Zagrebetsky, se completa con lo siguiente: La idea de los derechos como pretensiones de la voluntad concuerda, a primera vista, con una visión “defensiva” o negativa de los mismos, es decir, con su concepción como instrumentos de defensa frente a la arbitrariedad del poder. Pero éste es sólo un punto de arranque. A partir de ahí es muy posible que se produzcan desarrollos en sentido “positivo”, como pretensión frente a quien dispone de recursos necesarios o útiles para hacer eficientes, los derechos de la voluntad. Esto puede tener lugar en un sentido intensivo, la efectividad o en un sentido extensivo, la generalización de los derechos. Las pretensiones en las que se sustancian los derechos orientados a la voluntad son, por ello, inagotables, como inagotable es la voluntad de poder o de fuerza a cuyo servicio se orientan.

Comúnmente considerado la sede donde se garantiza la tutela de las posiciones subjetivas y de los derechos reconocidos por la constitución, ya que a través del proceso constitucional se controlan los poderes públicos y se vigila para que las decisiones públicas no vulneren las libertades garantizadas por la constitución.

3.2. Principios del debido proceso

Fundamentalmente son considerados como principios del debido proceso:⁹¹

1. Principio lógico del proceso, es buscar la verdad y evitar el error, ya que el proceso es un método de investigación de verdades.
2. El Principio Jurídico, igualdad de las partes y justicia en la resolución, en la sentencia, significa la igualdad de las partes es la imparcialidad del juzgador y con la situación de equilibrio de los que están peleando dentro del proceso, a fin de que tengan las mismas oportunidades de exposición, de alegatos, de pruebas, de defensa; esto es también lo que se ha llamado principio de la bilateralidad de la instancia, igualdad de oportunidades e imparcialidad del juzgador.
3. El Principio Político, el proceso necesariamente entraña el choque, a veces violento, entre el individuo, y la fuerza estatal a través del proceso jurisdiccional, siempre hay una relación entre sujetos individualmente considerados y el Estado a través de los órganos jurisdiccionales; este principio es de equilibrio para que el sujeto individualmente sea dañado lo menos posible, pero al mismo tiempo logre un beneficio social y equilibrio.
4. Principio económico, de este principio se desprende la economía procesal, economía de esfuerzo, ahorro de tiempo, dinero y esfuerzo.

⁹¹ PINA, Rafael y CASTILLO Larrañaga, José, *Instituciones de derecho procesal*, 10 ed., México, Porrúa, 1974, pp. 32 y 33.

3.3. El debido proceso como derecho fundamental

Los derechos fundamentales como principio y fin en la defensa de la persona humana deben ser los criterios inspiradores de la interpretación y aplicación jurídica en los Estados democráticos de derecho. En la estructura normativa, los derechos fundamentales aparecen consagrados en la Constitución cobrando prevalencia sobre los demás derechos adjetivos que complementan la vida en sociedad del hombre.

Así derechos fundamentales como el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad personal, libertad, debido proceso, libertad de pensamiento, participación, intimidad y los derechos económico–sociales son la piedra angular sobre la cual descansa la superestructura jurídica de las democracias. Los derechos fundamentales son la expresión de un ordenamiento libre ya realizado y al mismo tiempo son el presupuesto para que este se reconstruya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos.⁹²

En efecto, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales, que permiten accionarlos no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos; y segundo, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional. De esa manera, la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales, como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de esta manera que, a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho; pero, en cualquiera de ambos supuestos su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales. En consecuencia, «las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los

⁹² PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alejandro, El Derecho al Debido Proceso en el Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos, *el derecho al debido proceso en el sistema interamericano sobre derechos humanos*, Perú, Universidad Mayo de San Marcos, 2005, p. 3

derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso ⁹³

En efecto, plantearse los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas, supone actualizar las garantías procesales de cara a proteger los propios derechos fundamentales. Sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada, en tanto que ya existe el Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios, los tribunales administrativos y militares y, hasta los procesos arbitrales, que también cautelan parcelas de los derechos fundamentales; sino traspasar adecuadamente principios, institutos y elementos de la teoría general del proceso al derecho constitucional procesal en formación, adecuándose a los principios y derechos fundamentales que consagra la Constitución. En ese sentido, los derechos fundamentales como garantías procesales, se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales

3.4. Derechos que implica el debido proceso

Para algunos juristas los derechos fundamentales particulares relacionados con el debido proceso, son los siguientes: ⁹⁴

I. Derechos Fundamentales

1. Acción Judicial y acceso a los tribunales. Todos tiene acceso a los tribunales de justicia y pueden actuar en juicio para la tutela de sus derechos e interés legítimos sin ninguna discriminación razonable.
2. Acción contra la administración pública.
3. Tutela de Jurisdicción efectiva. Todos tienen derecho obtener de los órganos jurisdiccionales formas adecuadas de tutela efectiva (meramente declarativa, de condena, constitutiva, cautelar y ejecutiva), que aseguren la plena satisfacción de los derechos e intereses que han hecho valer.

⁹³ LANDA Cesar, op cit , nota 7 pag 35

⁹⁴ GOMEZ LARA Cipriano, *el debido proceso como derecho humano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/17.pdf>, consultado 23 julio 2012.

4. Derecho a un juicio justo y público. Todos tienen derecho a que su asunto sea tratado, discutido y decidido equitativa y públicamente, en un plazo razonable de tiempo, frente a un juez independiente e imparcial, pre constituido por ley.
5. Defensa y contradictorio. Todos tienen garantizado, en cualquier momento del proceso, el derecho inviolable de defenderse, en el contradictorio entre las partes, en condiciones de efectiva paridad.
6. Defensa a la prueba. Todos tienen derecho a valerse, en el juicio, de los medios, aún atípicos, de prueba directa o contraprueba que sean legalmente admisibles y pertinentes.
7. Asistencia jurídica gratuita. Asistencia jurídica a cargo del Estado.
8. Independencia e imparcialidad de los Jueces.
9. Iniciativa procesal y principio dispositivo. Incumbe a las partes interesadas el poder de promover el juicio con la proposición de la demanda de tutela, salvo en los casos excepcionales en los que la ley atribuya al juez (o al ministerio fiscal) la iniciativa de oficio. El objeto del proceso es determinado por la demanda y las excepciones de las partes.

II. Principios y garantías estructurales

10. Impulso procesal. Las partes pueden cumplir el proceso por medio de sus procuradores o abogados, todas las actuaciones permitidas, dando impulso a la actividad de desarrollo, instrucción y discusión del pleito en los modos y plazos establecidos por la ley.
11. Carga de las alegaciones y de la prueba. En el ejercicio del derecho fundamental a la prueba, incumbe al demandante la carga de alegar y probar los hechos sobre los cuales funda su demanda; incumbe, en cambio al demandado la carga alegar y probar los hechos sobre los que se fundan sus excepciones y defensas.
12. No contestación de los hechos.
13. Buena fe y lealtad procesal. Las partes y sus defensores o auxiliares, en el ejercicio de sus derechos en el desempeño de sus cargas, deben ajustarse a las reglas de lealtad y buena fe.
14. Dirección del proceso. Corresponde al juez los poderes de dirección necesarios para garantizar el más rápido y leal desarrollo del proceso.

15. Oralidad, las actividades procesales de desarrollo, de instrucción y de discusión de los asunto son prevalentemente orales. La relativa documentación se ejerce y se actúa en las formas establecida por la ley, bajo la dirección del juez.
16. Publicidad de las audiencias
17. Libre convencimiento, fuera de los casos previstos por la ley, los tribunales valorarán las pruebas según las reglas de la sana crítica.
18. Ilícitud de las pruebas, las pruebas formadas, adquiridas u obtenidas con medios ilícitos o ilegítimos, o mediante quebrantamiento de los derechos fundamentales del hombre, son inadmisibles y no pueden ser empleadas en el juicio.

III. Las impugnaciones

19. Obligación de motivación
20. Doble instancia
21. Medios de impugnación
22. Recurso extraordinarios ante las Cortes Supremas

IV. Garantías de los derechos y libertades fundamentales

23. Control de constitucionalidad de las leyes y de las normas con fuerza de ley.
24. Amparo. Recurso constitucional directo. Sin perjuicio de los medios de tutela admisibles frente a los órganos supremos de justicia internacional o supranacional, cualquiera puede demandar o plantear un recurso, según las formas y condiciones establecidas por la ley, frente al órgano supremo de justicia constitucional, para la tutela efectiva de los derechos fundamentales regidos por las normas constitucionales y por las normas atinentes al proceso “justo”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, señala como derechos fundamentales los siguientes derechos civiles y políticos:⁹⁵ De reconocimiento de la personalidad jurídica; a la vida; A la integridad personal; A la prohibición a la esclavitud y de la servidumbre; A la libertad personal; A las garantías judiciales; Al principio de legalidad y retroactividad; A la indemnización por error judicial; a la libertad de conciencia y de

⁹⁵ QUIROGA LEÓN, Anibal. *El debido proceso legal en Perú y el sistema interamericano de protección derechos humanos*, Lima, Jurista editores, 2003, pp 207 a 218

religión; A la libertad de pensamiento y de expresión; De rectificación y respuesta; De reunión; De asociación; De protección a la familia; Al nombre; A la nacionalidad; A la propiedad privada; De circulación y residencia; políticos; De igualdad ante la ley; De protección judicial; De desarrollo progresivo (derechos económicos, sociales y culturales).

3.5. Acceso a la justicia

Algunos juristas señalan que el acceso a la justicia no constituye una categoría lógico jurídico, sino que es una noción histórica ideológica y por lo tanto, contingente, que por su naturaleza va variando, no solo de un sistema jurídico a otro, sino de determinadas materias jurídicas entre si, en un mismo sistema. Se le considera también como un concepto ideológico y sociológico y se centra en la preocupación de que los justiciables puedan llegar a ser oídos y atendidos eficazmente por los órganos de impartición de justicia, sin dilaciones sin trabas burocráticas, sin candados ni obstáculos económicos, y sin prejuicios raciales ni discriminaciones políticas, sexuales, religiosas o de otro género.⁹⁶

Esta acción procesal implica el derecho de la persona que la ejercita a obtener del órgano jurisdiccional una sentencia que resuelva un litigio que plantea con su demanda, ya sea a favor o en contra de su pretensión, y la obligación correlativa de los órganos jurisdiccionales que únicamente estriba en desarrollar un proceso y dictar una sentencia que resuelva ese litigio, en lo cual se agota el derecho de acción procesal.⁹⁷

La teoría de la acción como derecho a la tutela concreta, formulada por Adolf Wach, enseña que la acción penal constituye un derecho dirigido contra el Estado tendiente a obtener la protección judicial de la pretensión del actor a través de una sentencia favorable, la cual es correlativa la obligación del tribunal de pronunciarse sobre el fondo de dicha pretensión.⁹⁸

⁹⁶ GÓMEZ LARA Cipriano Op cit., nota 90, p 353,

⁹⁷ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, Octava Edición, México, Harla, 1996,, p.p. 148 – 149.

⁹⁸ SANCHEZ GIL, Rubén, “El derecho de acción a la justicia y el amparo mexicano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, enero a junio 2005, www.iidpc.org/revistas/3/pdf/287_307.pdf , consultado 15 de agosto 2012

3.5.1. Elementos de la acción de justicia

Los elementos de acción de justicia los siguientes:⁹⁹

- A) **Sujetos.** Los sujetos de la acción procesal son de dos clases activo y pasivo. Al primero corresponde el poder de obrar que implica el derecho de acción, para instar el ejercicio de la función jurisdiccional. El sujeto pasivo de la acción, es aquel contra el cual se dirige la pretensión del actor, en virtud del cual se ejercita el derecho de provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales, considerándose estrictamente al sujeto pasivo al tribunal ante quien se insta la resolución del litigio, pues es el encargado de satisfacer el contenido de ese derecho.
- B) **Causa.** Este elemento tiene dos especies: la causa remota y la próxima. La causa remota de la acción es una determinada situación de hechos y de derecho que constituye una relación jurídica.¹⁰⁰ Entre los sujetos de la misma, con motivo de la cual se otorga el derecho de acción; consiste en uno o varios intereses que se afirman protegidos a favor del actor por el orden jurídico y constituyen los fundamentos de derecho de su pretensión; además se haría como explícitas integrantes de la causa remota de la acción, las disposiciones jurídicas que regulan el proceso concreto que la acción pretende instar. La causa próxima también llamada petendi (de pedir) es "un estado contrario al derecho", un "suceso que provoca una contravención:.... a las condiciones y modalidades de la situación jurídica" en las que consiste la causa remota, el decir el agravio concreto que reclama el actor demandado, derivado de la actuación pretendientemente antijurídica de este último.
- C) **Objeto.** Este elemento se dirige a la actividad jurisdiccional que se provoca. Todo proceso que insta el derecho de acción, considerado según la especialidad jurídica de que se trate, posee un *telos* al cual se encamina y que resulta adecuado a la pretensión del actor en materia penal sería la reclusión del delincuente, determinada por un afán de proteger de la sociedad o de castigar o rehabilitar a los individuos

⁹⁹ CHIOVENDA, José, *Instituciones de derecho procesal civil*, Trad. de E. Gómez Orbaneja, México, 1989, p.36

¹⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Nieto Alcalá – Zamora, Buenos Aires, Ediciones Arayu, 1955, p. 29.

nocivos, en materia civil la reivindicación de los hechos de propiedad de un inmueble y en materia constitucional restablecer el orden dispuesto en la ley fundamental.¹⁰¹

3.5.2. Improcedencia de la acción de la justicia

La procedencia de la acción procesal se relaciona con la idoneidad de la misma para lograr su objeto, es decir, instar un proceso adecuado para resolver la pretensión del actor.¹⁰² Esta falta de idoneidad depende de la existencia de ese elemento del derecho de acción, y se relaciona indirectamente con la existencia de otro (sujetos y causas), de modo que ante la falta de uno de los elementos de la acción procesal, se considera que esta no existe y el derecho de instar la actividad de los órganos jurisdiccionales que es su contenido.¹⁰³

La improcedencia de una acción procesal, se identifica con la existencia de ese derecho, con la falta de poder por parte de sus sujeto pasivo para ejercerlo e instar la labor jurisdiccional, y no con que le asista la razón acerca de sus pretensiones; el derecho de acción no es un derecho de su sujeto activo a obtener una realización favorable a su interés, sino un derecho al que corresponde la realización de determinados actos estatales para resolver una controversia en un sentido concreto por un proceso de pretensiones.

De acuerdo con la jurisprudencia mexicana, la procedencia de la acción es de estudio oficioso por parte del tribunal, por constituir una cuestión de orden público la idoneidad del proceso que con ella se requiere iniciar, lo que en el juicio de amparo toma gran importancia por expresa disposición del último párrafo del artículo 73 de la Ley de Amparo.¹⁰⁴

¹⁰¹ SANCHEZ GIL, Rubén, Op. cit., nota 49 p.169

¹⁰² Dentro de las diversas acepciones comunes de los términos “procedencia”, “improcedencia” y sus derivados, encontramos una que relaciona tales conceptos con la idea de “adecuación”, que preferimos otras referentes a cuestiones que varían incurrir en equívocos, por la sutil precisión terminológica jurídica que como veremos requiere nuestro actual análisis de la que carece el lenguaje corriente.

¹⁰³ la improcedencia en general, de todo recurso, juicio o procedimiento judicial de cualquier naturaleza que sea, debe relacionarse única y exclusivamente con la existencia de la acción procesal si la que se intenta legalmente es deficiente (...) porque le falta alguno de los elementos esenciales, sin el cual no es posible jurídicamente su existencia.

¹⁰⁴ Véase “Acción de Estudios Oficioso de su Improcedencia, Tercera Sala, Apendice al Semanario Judicial de la Federación 1917- 2000,t.IV materia civil, tesis 6 p. 9; Improcedencia de causales en el Juicio de Amparo, Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, Apendice al Semanario Judicial de la Federación 1917- 1995, t. VI materia común, tesis 814 p. 553

3.5.3. El derecho al acceso a la justicia

El derecho al acceso a la justicia es de carácter adjetivo, no sustantivo, puesto que no protege directamente algún interés de las personas sino les concede la posibilidad de tener una vía jurisdiccional por medio del cual logra el respeto a sus intereses de cualquier índole (morales, económicos, etc.) que puedan estar protegidos por normas de diferentes de jerarquía y origen.¹⁰⁵

El derecho al acceso a la Justicia es un derecho fundamental de todos, puesto que los derechos sustantivos no tendrían efectividad alguna de no haber modo por el cual remediar su violación.¹⁰⁶ Este derecho fundamental consiste en la facultad de los gobernados a recurrir a los órganos jurisdiccionales para obtener de ellos la tutela de sus derechos, y no quedar indefensos ante su violación, a la cual es correlativa la obligación del Estado a realizar determinados actos positivos, tendientes a la protección de los derechos que pretende la persona que acude a ellos y, el acceso a la justicia puede clasificarse como derecho fundamental de prestación y la finalidad de este derecho es impedir que los derechos sustantivos de las personas queden sin protección ante cualquier ataque en su contra, por medios que aseguren una decisión objetiva, por lo que analizado lo anterior, concluimos que la acción procesal es una concretización del derecho de acceso a la justicia; por ser la facultad que permite a su sujeto activo instar la realización de un proceso determinado y adecuado para satisfacer sus pretensiones en litigio concreto

3.6. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es aquél por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. El calificativo de efectiva que se da le añade una connotación de realidad a la tutela jurisdiccional,

¹⁰⁵ CARBONELL, Miquel, Op. cit., nota 14, p. 726.

¹⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro y GARTH Bryan, *El acceso a la justicia, la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Trad. Monica Miranda, México, FCE, 1996, pp 12-13.

llenándola de contenido. El derecho a la tutela jurisdiccional "es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas".¹⁰⁷

Sin perjuicio de los derechos subjetivos y objetivos que configuran al debido proceso y que son propios de todo proceso o procedimiento judicial, administrativo, parlamentario, arbitral, militar o entre particulares, cabe añadir que el Estado tiene la obligación de asegurar un conjunto de garantías institucionales que permitan el ejercicio del debido proceso de toda persona.¹⁰⁸

Sin perjuicio de la existencia del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional el Estado en virtud a su *ius imperium* organiza, ordena y dispone la creación de "jurisdicciones" administrativas en el Poder ejecutivo, como entes Estatales encargados de asegurar la aplicación de las reglas de derechos establecidas, aunque revisables en sedes judiciales ordinarias constitucionales.¹⁰⁹

Es importante reafirmar que los derechos al debido proceso constituyen la base sobre la que se asienta la tutela judicial y no judicial. En tal entendido se puede señalar, que en nuestro sistema constitucional se encuentran consagradas enunciativamente las garantías de un proceso litigioso, en función de los cual toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional.

La tutela jurisdiccional en el ordenamiento jurídico mexicano, se funda en el artículo 17 constitucional, el cual señala a la letra:

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene Derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que le fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de

¹⁰⁷ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*, Segunda Edición, España, Editorial Civitas, 1985 . p. 27

¹⁰⁸ *Ibidem* p. 53

¹⁰⁹ DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derechos Constitucional*, Barcelona, Editorial, Ariel, 1980, p. 158.

manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito quedando, prohibida las costas judiciales.

Por lo anterior, podemos denotar que estas disposiciones contemplan dos aspectos del derecho a la tutela jurisdiccional; el acceso a la justicia y tácitamente la efectividad de las sentencias judiciales.

Actualmente se sostiene que el derecho a la Tutela jurisdiccional efectiva comprende:¹¹⁰

- Acceso a la justicia: la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, ya sea como demandante o demandado, con el propósito de que se reconozca un interés legítimo.
- El derecho a un proceso con todas las garantías mínimas: que sería, el derecho al debido proceso.
- Sentencia de fondo, los jueces deben de dictar, por regla general, una sentencia sobre el fondo del asunto de la materia del petitorio para solucionar el conflicto intersubjetivo de intereses o eliminar la incertidumbre, ambas con relevancia jurídica; empero, en el caso de no poder entrar al fondo, porque no concurren los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, dictarán una resolución fundada en derecho.
- Doble instancia, es la posibilidad que tienen las partes de impugnar la sentencia que consideren contraria a derecho, con el propósito de que sea exhaustivamente revisada por el superior jerárquico y, de ser el caso, se expida una nueva sentencia adecuada.
- Ejecución, el derecho a solicitar y obtener el cumplimiento material efectivo de la sentencia definitiva, pues resulta insuficiente la declaración de que la pretensión es fundada e infundada (aun cuando se sustente en sólidos fundamentos doctrinarios). La efectividad de las sentencias exige, también, que ésta se cumpla (pese a la negativa del obligado) y que quien recurre sea repuesto en su derecho violado y compensado, si hubiera lugar a ello, por los daños y perjuicios irrogados, de lo contrario, las sentencias, y el reconocimiento de los derechos que ellas

¹¹⁰ González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Segunda edición, Madrid, Editorial Civitas, p.27.

"El debido proceso como derecho fundamental a la luz del artículo 33 constitucional"

comportan a favor de alguna de las partes, se convertirían en meras declaraciones de intenciones.

3.6.1 La tutela jurisdiccional efectiva como una obligación de hacer¹¹¹

La vigencia del Estado de derecho supone para el Estado una obligación de hacer, cual es la de construir un servicio de justicia eficaz para todas las relaciones jurídicas, incluyendo aquéllas en las que es parte.

Se ha dicho, con acierto, que "... el fin del Estado consiste, en definitiva, en la realización de la justicia, cuyo sentido se halla universalmente admitido en todos los pueblos, pese a las dificultades que el positivismo ha tenido para interpretar sus fundamentos racionales en el derecho natural.¹¹²

De modo particularmente aplicable a nuestro orden jurídico, se ha señalado que la tutela jurisdiccional no podrá entenderse garantizada con la mera existencia de un órgano jurisdiccional que reciba la pretensión y emita una sentencia que actúe el derecho a su respecto, pues será necesario que ese órgano jurisdiccional reúna ciertas condiciones y, por sobre todo, que aquel acto final sea resultado de un proceso investido de las garantías que hagan posible la defensa de las partes. Proceso debido, que exige, un juez predeterminado por la ley, un sistema de defensa razonable, una sentencia fundada de juez imparcial y un proceso sin dilaciones.¹¹³

La creación de la jurisdicción implica la ficción de generar un órgano del Estado que siendo vehículo de expresión de la voluntad de este, se proclama ajeno, independiente e imparcial frente al propio Estado, declaración especialmente útil cuando se trata de resolver los conflictos de éste con los ciudadanos. Y esta afirmación sobre la ajenidad vale tanto para el control de los actos administrativos del órgano ejecutivo, como para los del órgano legislativo y aun para los del propio órgano judicial, distinción que no siempre es bien entendida, ni si quiera por los propios tribunales.

¹¹¹ GARCÍA PÚLLES, Fernando R. *Acumulación de procesos o procesos de clase*. Primera edición. Argentina, editorial Ad-hoc, 2002, p. 31

¹¹² *Ibidem* p. 32

¹¹³ GONALEZ PÉREZ, Jesús. "La constitución y la reforma contencioso-administrativa", *Revista de Derecho Administrativo*, año 11, enero-agosto 1999, pp. 43 a 61

Luego entonces, la actividad jurisdiccional, entendida como manifestación de la relación orgánica entre el individuo o individuos que cumplen la función (juez unipersonal o tribunales colegiados) y el Poder Judicial, concreta de la expresión de la voluntad del Estado que, merced a esa ficción antes expuesta, se sustituye o debiera sustituirse en la voluntad de las otras funciones estatales, para actuar la ley en los conflictos particulares con los ciudadanos.

3.6.2 Como una obligación de dar

Las obligaciones estatales no podrían comprenderse sino vinieran acompañadas por una obligación de dar, consistente en la carga que asume el Estado, frente a los ciudadanos, de reparar los perjuicios derivados del incumplimiento de la postulación de su sometimiento al principio de legalidad y a la decisión de jurisdicción o que tuvieran sus causas en los daños causados para hacer efectivas esas dos obligaciones.¹¹⁴

3.6.3 Valoración comparativa de vinculaciones y obligaciones

Es claro que el incumplimiento de la obligación de hacer, sino se asegura a los ciudadanos una tutela jurisdiccional suficiente, los restantes contenidos del Estado de derecho se vuelven una mera afirmación declamatoria.

Al respecto, Agustín Gordillo explico, con invocación de los precedentes de la Corte Suprema de los Estados, si tuviera que optarse entre vivir bajo el debido proceso legal con leyes autoritarias o bajo leyes liberales sin el debido proceso legal, la primera alternativa es claramente preferible, pues es más importante la razonabilidad, justicia o equidad en los casos concretos, que la ley de cuya aplicación se trata; la mejor ley, aplicada mal es disvaliosa en su resultado final.¹¹⁵

De lo anterior, podemos señalar también, que el Estado constituye una persona ética por excelencia, premisa que no solamente surge del contenido perceptivo de algunos viejos fallos sino que es inherente a su personalidad.

¹¹⁴ GARCÍA PÚLLES, Fernando R, op.cit. not. 106. P. 38

¹¹⁵ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 5ª edición, Fundación de derecho administrativo, vol. 1 cap. VI, P. 39.

3.7 Protección Procesal de las libertades

La edificación del Estado Constitucional de derecho trajo consigo el reconocimiento de las libertades fundamentales en consecuencia la limitación del ejercicio del poder público, y para ello se establecieron las garantías de los derechos, como medios de control; sobre este concepto la Corte Interamericana ha sostenido: (...) *las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia*"¹¹⁶. Por lo tanto, los medios de protección se han convertido en una importante institución libertaria, como una condición democrática para la legitimación de los gobiernos.¹¹⁷

Las constituciones han incorporado como medio para garantizar el ejercicio pleno de las libertades los instrumentos de protección, predominante de carácter procesal, a este respecto resulta orientador y fundamental las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos. En ellas se ha elevado a rango de derecho fundamental el acceso a un recurso judicial efectivo para la tutela de las libertades de fuente constitucional y transnacional, en principio lo hizo la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 8), más tarde se siguió esta tendencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (artículo 13), y posteriormente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 7.6 y 25.1)¹¹⁸

El pacto de San José dispone en el artículo 25.1 los principios generales del tema referido, el cual se complementa de manera especial en el artículo 7.6 del citado ordenamiento, como fundamento internacional del proceso de hábeas corpus. La

¹¹⁶ Opinión consultiva OC-8/87, DEL 30 de enero de 1988. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 25.

¹¹⁷ GARCÍA MORELOS, Gumesindo, op.cit.,not., 1

¹¹⁸ FIX ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Madrid, Civitas – UNAM, 1982, PP 47 y ss

jurisprudencia interamericana ha fijado el significado del objeto en cuestión en los siguientes términos: el texto citado (art. 25.1) es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal de amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones por las constituciones y leyes de los estados partes por la convención. Puesto que todos los derechos son susceptibles de suspensión de emergencia.

La noción jurídica de garantía¹¹⁹ tiene fundamento en el Derecho convencional que se ha incorporado paulatinamente como parámetro de control con de los estados nacionales (bloque de constitucionalidad), por lo que los jueces constitucionales van realizando su función en la jurisdicción especializada, mediante interpretaciones progresista de los tribunales internacionales, particularmente en los alcances de las configuraciones legislativas de los procesos constitucionales y convencionales.

La eficacia del proceso de protección, no cumple su cometido con incorporarlo en el régimen constitucional nacional, sino que se requiere que sea idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos fundamentales y proveer lo necesario para remediarla, es decir, los procesos judiciales deben ser sustanciados conforme a las reglas del proceso legal (artículo 8.1 CADH).

El procesalismo constitucional latinoamericano¹²⁰ e ibérico ha forjado sus sistemas procesales de la materia a través del proceso de amparo para la salvaguarda de las libertades fundamentales, de origen mexicano, y que los textos políticos (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, El Salvador, etc.); Han adoptado ciertos esquemas, pero con la denominación de México, algunos otros como Brasil, Portugal, Chile, Colombia, han adoptado otra denominación pero conservando la misma función tuteladora.

Otra garantía constitucional es el proceso de hábeas corpus, cuya finalidad es proteger a los individuos contra las amenazas titánicas de las autoridades respecto de las

¹¹⁹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 19 y ss; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Antonio Ruíz Miguel, quinta edición, Madrid Trotta, 2001, pp.

¹²⁰ Roza Acuña, *Las Garantías constitucionales en el derecho público de América latina*, Bogotá, universidad Externado de Colombia, 2006. Comisión Andina de juristas, *los procesos de amparo y hábeas corpus. Un análisis comparado*, Lima, CAJ, 2000.

detenciones arbitrarias¹²¹ y la afectación a los derechos conexos a ella. Es decir, esta figura protege contra las detenciones arbitrarias y asegura la protección de la libertad personal. La protección del resto de los derechos corresponde al proceso de amparo, que en algunos países se regula de manera autónoma en legislaciones especiales, y paulatinamente se van configurando en cuerpos normativos uniformes, como la ley de procesos constitucionales en el Salvador o bien Ley de la Jurisdicción Constitucional en Costa Rica entre otras.

El amparo y el habeas corpus son consideradas como acciones de garantía y tienen como objeto brindar protección a derechos con rango constitucional.¹²²

Siguiendo el modelo latinoamericano del proceso *habeas corpus*, se habilita la garantía *extraordinaria* para combatir actos de autoridad local, estatal o municipal, independientemente de su naturaleza pero fuera de proceso jurisdiccional; inclusive, en contra de actos provenientes de autoridades judiciales, cuyas conductas propicien lesiones a los bienes protegidos que impliquen: una detención arbitraria, pongan en peligro la vida, la salud, o la integridad física.

Todos los derechos constitucionales o infra constitucionales pueden ser protegidos mediante procedimientos judiciales ordinarios ante los distintos órganos del Poder Judicial.¹²³

Se debe tener en cuenta que las acciones de garantía, están destinadas a proteger sólo derechos constitucionales, más no derechos infra constitucionales o llamados también ordinarios. En este sentido es muy clara la línea jurisprudencial que ha adoptado el Tribunal Constitucional al afirmar que "no basta alegar la afectación de un derecho cualquiera, sino, además, que dicho derecho tenga la característica de fundamental, sea por estar reconocido expresamente por la Constitución o Tratados internacionales o porque implícitamente deriva de los principios constitucionales contenidos en la carta fundamental."¹²⁴

¹²¹ CASTILLO CORDOVA, Luis, *En defensa de la libertad personal*. Estudios sobre el Habeas corpus, Lima, Palestra, 2008, p. 124.

¹²² CASTILLO CORDOVA, Luis, *Habeas corpus amparo y habeas data*, Lima, editorial Ara, 2004, p. 14.

¹²³ Hablando de las garantías judiciales de los derechos constitucionales, Peces Barba ha afirmado que "la piedra angular de la protección de los derechos fundamentales es el control jurisdiccional, solamente cuando el derecho fundamental puede ser alegado por su titular ante un Tribunal de Justicia, es posible hablar realmente, en un sentido integral de protección". PECES BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 513.

¹²⁴ CASTILLO CORDOVA, Luis, Op., cit., nota 6, p. 15.

3.8. Derecho a la seguridad jurídica

Es la garantía de promover, en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad, sin congelar el ordenamiento y procurando que éste responda a la realidad social en cada momento.¹²⁵

Dentro de nuestro marco constitucional la existencia de la seguridad jurídica-constitucional se encuentra en el artículo 1 de la Constitución federal en el cual se plasma: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece." Deduce que es evidente la fuerza de este precepto, la seguridad que irradia de la Constitución está por encima de la legislación secundaria.¹²⁶

En este sentido el Poder Judicial Federal ha sostenido el criterio firme: "Constitución, supremacía de la.- La misma Suprema Corte ha establecido la supremacía absoluta de la Constitución sobre toda la legislación secundaria, y la sociedad y el Estado tienen interés en que se apliquen desde luego los preceptos de aquélla y no los textos contrarios a la misma" (T.LXXIII, p. 7848, A.A. 8223/40, 20 febrero de 1942, unanimidad 1005).

El principio de seguridad jurídica se encuentra íntimamente relacionado con el principio de legalidad, en tal forma que si no existe uno es imposible la existencia del otro. "La seguridad es otro de los valores de gran consideración, por cierto, de importancia básica porque la certeza de saber a qué atenerse, es decir, la certeza de que el orden vigente ha de ser mantenido aún mediante la coacción, da al ser humano la posibilidad de desarrollar su actividad, previendo en buena medida cuál será la marcha de su vida jurídica".¹²⁷

Se ha llegado a considerar dentro de las garantías de seguridad jurídica la irretroactividad de las leyes, audiencia, exacta aplicación de la ley en materia penal y de legalidad en

¹²⁵ DURÁN, Ribo, *Diccionario de Derecho Bosh*, España, Casa Editorial Barcelona, 1991, p. 210

¹²⁶ REYES VERA, RAMON, *Los Derechos Humanos y la Seguridad Jurídica*, México, UNAM, 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la www.juridicas.unam.mx/publica/libre/rev/derhum/con/37/pr/pr24, consulta realizada el 21 de agosto del 2012.

¹²⁷ GARRONE, J. A., *Dic. Jurid. Abeledo-Perrot*, T. III, Bs. As. 1987, p. 355

materia jurisdiccional.¹²⁸ Siguiendo el esquema de mi tema principal, solo me abocare a las relacionadas con el mismo:

3.8.1 Garantía de audiencia.

El artículo 14 constitucional, segundo párrafo: *"Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho."*

Este párrafo se considera uno de los preceptos fundamentales en el ámbito de la seguridad jurídica, ya que consagra lo que se ha dado en llamar la garantía de audiencia que es la defensa más vigorosa que tiene el ser humano frente a los actos de autoridad, consistente en el derecho de ser oído y vencido en juicio antes de un acto de privación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha definido esta garantía como el derecho que tienen los gobernados no solo frente a las autoridades administrativas y judiciales, sino también frente al órgano legislativo, de tal manera que éste se obligue a consignar en sus leyes los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y se les dé la oportunidad de defenderse, es decir, de rendir pruebas y formular alegatos de todos aquellos casos en que se comprometen sus derechos.

Elementos que componen la garantía de audiencia: Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de propiedades, posesiones o derechos, a) sino mediante juicio; b) seguido ante los tribunales previamente establecidos; c) en el que se cumplan las formalidades esenciales procedimiento; d) y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.¹²⁹

Excepciones a la Garantía de Audiencia

a) Absolutas. Antes de la reforma de junio del año 2011, el artículo 33 constitucional, señalaba que los extranjeros podrán ser expulsados del país, sin juicio previo, caso en que no rige la garantía de audiencia por mandato expreso y categórico de la constitución.

¹²⁸ BURGOA, Ignacio, Op., cit., nota 22, p. 396.

¹²⁹ Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 157-162 primera parte, p. 305

Actualmente con la nueva Ley de Migración, la cual entro en vigencia el 25 de mayo del 2011, ya quedo obsoleto este precepto, ya que contempla un debido proceso legal antes de la deportación de un extranjero del país.

b) Audiencia innecesaria. Existen dos casos en los que sería innecesaria e ineficaz conceder la garantía:

1. Cuando no exista un derecho subjetivo de la titularidad del presunto afectado, sucede cuando el particular tiene un interés simple o económico, pero no jurídico derivado del desconocimiento de un derecho subjetivo.

2. Sin no hay hechos que probar o datos que determinar, en estos casos de audiencia es innecesaria.

c) Relativas. Supuestos en los que rige la garantía de audiencia, con posterioridad a la emisión del acto de autoridad, por ejemplo el artículo 27 constitucional, expropiación. La potestad de las autoridades para expropiar, es otro caso en que la constitución no establece la garantía de audiencia, sin embargo esto no quiere decir que se abra una puerta a la arbitrariedad, ya que solamente esta garantía es la que no rige, pero en cambio sí rige la legalidad.

3.8.2 Garantía de legalidad

Esta garantía se encuentra consagrada en el art. 16 de nuestra Constitución Política Federal, establece como uno de los elementos esenciales del régimen jurídico de un Estado de derecho, el que todo acto de molestia dirigido a los gobernados esté fundado y motivado, así toda ley, todo procedimiento o resolución jurisdiccional o administrativa, como todo acto de autoridad, debe ser expresión del derecho y ser elaborado, emitido o ejecutado por el órgano o los órganos competentes, dentro de la esfera de sus respectivas atribuciones.¹³⁰

Art. 16 constitucional. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito por la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

¹³⁰ *La Jurisprudencia sobre Inconstitucionalidad de Leyes y su obligatoriedad para las autoridades administrativas*, México, Suprema Corte de Justicia-UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1663/12.pdf>, consultado 23 de agosto 2012

Este precepto consagra la garantía de legalidad, consistente en el deber jurídico de toda la autoridad que se dirija al gobernado de hacerlo por medio de un mandamiento donde gráficamente conste el sentido de su actuar, amén de que la autoridad debe estar constitucionalmente facultada para realizar dicho procedimiento y debe expresar motivos o circunstancias que justifican su proceder.

Los bienes jurídicamente protegidos por la garantía de legalidad son:

- a) Persona entendida como el sujeto, como ente físico psíquico y, resulta protegido, todo lo que pueda restringir, afectar o perturbar sus actividades, libertad, núcleo personal, su entidad como ser humano y como gobernado.
- b) La mención legal de la familia, no quiere decir que el sujeto activo de la garantía sea el núcleo familiar, sino que la norma está tutelando apenas el gobernado en sus derechos familiares (estado civil, situación de padre, hijo, etc.)
- c) Al referirse al domicilio, en personas físicas se refiere al hogar, casa o habitación particular del gobernado donde convive con su familia; en cuanto a personas morales, el sitio o lugar donde se halle establecida su administración.
- d) Al referirse a papeles se refiere indistintamente a toda la documentación que acompaña
- e) al hombre desde que nace hasta que muere, alguna heredada o transmitida por otras generaciones.
- f) Otro bien tutelado son las posesiones.

1. Fundamentación y motivación de los actos de autoridad

El imperio constitucional de fundar y motivar todo acto de autoridad se cumple con los siguientes requisitos: ¹³¹

- a) La fundamentación, al expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso.
- b) La motivación, al señalar con precisión las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto.
- c) La relación entre la fundamentación y la motivación, con la consonancia entre los motivos aducidos y las normas aplicables.

¹³¹ Ibidem p. 64

2. Garantía de legalidad en el acto jurisdiccional y en el acto administrativo

La naturaleza jurídica de los actos administrativos y de los actos jurisdiccionales es diversa, por lo que el cumplimiento de la garantía de la legalidad se verifica de manera distinta en cada uno de ellos. En el acto administrativo se exige citar los fundamentos jurídicos con mayor rigor, es decir, invocar el numeral, fracción, inciso y sub inciso para que el gobernador esté en posibilidad de conocerlo y defenderse; en cambio en el acto jurisdiccional no se requiere necesariamente de la cita del precepto, pues dentro de la litis se dan razonamientos que lo expresan aun sin citarlo.¹³²

3.9 Extranjeros y el debido proceso legal

En la actualidad el reconocimiento de los derechos humanos del extranjero rebasa la soberanía estatal y la política migratoria está condicionada al respeto general de los derechos humanos. Hay ciertos derechos como es el caso del debido proceso legal, el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley la no discriminación, que son considerados normas de jus cogens¹³³, asignados a las personas los cuales son inderogables y no pueden ser suspendidos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la existencia de esos derechos no suspendibles en la Convención Americana, y en este sentido señala que no resulta admisible ninguna reserva destinada a permitir a su autor la suspensión de algún derecho que la Convención reconoce como suspendible, ya que, esta sería en contra del objeto y fin del tratado.¹³⁴ Dicha opinión conecta los principios de inderogabilidad y el de no incompatibilidad, estableciendo con ello que los derechos no suspendibles pertenecen a la categoría del jus cogens, por lo que, el debido proceso legal no puede suspenderse en cuanto constituye una condición necesaria para que los instrumentos procesales regulados por la Convención puedan considerarse como garantías judiciales, como sería el caso del amparo y del hábeas corpus.

¹³² Ibidem p 67

¹³³ *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC. 18/03, p. 101

¹³⁴ RODRIGUEZ HUERTA Gabriela, *Extranjeros y debido proceso legal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, www.juridicas.unam.mx, p. 1, consultado 21 de agosto del 2012.

La protección de los derechos humanos de los extranjeros sujetos a un proceso implica que éstos se pueden enfrentar a situaciones de discriminación y desigualdad, que deben de ser atendidos por los Estados.

El debido proceso presupone la igualdad ante la ley y el reconocimiento del principio de no discriminación. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley prohíbe todo tipo de trato discriminatorio de origen legal. Es por ello que el artículo 8.2 de la Convención Americana precisa que las garantías mínimas contenidas en esta disposición son derechos que deben ser ejercidos en plena igualdad.

De acuerdo con la reforma constitucional del 10 de junio del 2011 en materia de derechos humanos, el artículo 1º, señala que en México todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicana sea parte, y que, en otras, queda prohibida toda discriminación motivada por origen nacional.

La esencia del debido proceso, de acuerdo con lo que establecido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el derecho de toda persona ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independientemente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o par al examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.¹³⁵

Las garantías básicas del debido proceso han sido desarrolladas por otros instrumentos internacionales la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial en un plazo razonable, el derecho a una defensa pública eficaz, la igualdad de armas, etc., se encuentran consagradas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8), tratados ratificado por el Estado Mexicano, que lo obligan a velar por la vigencia de estos derechos.

¹³⁵ Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Corte Interamericana ha determinado que las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 8 de la convención Americana se aplican en relación con cualquier autoridad, ya sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas...cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.

Sin duda alguna, el debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se brindan a todo migrante independientemente de su estatus migratorio.

3.9.1. El debido proceso en el procedimiento administrativo

Es evidente que el debido proceso como derecho fundamental surge históricamente vinculado a trámites judiciales, no frente a actuaciones de la administración pública en la forma que hoy la entendemos.

El proceso judicial y procedimiento administrativo son dos instituciones jurídicas muy disímiles. En el primero el juez decide sobre una pretensión que formula un demandante frente a un demandado, exigiendo a todas las partes se les dé una oportunidad justa de ser escuchados por un juez imparcial, bien sea personalmente o a través de sus representantes.

En la actualidad podemos hablar de un judicialización del procedimiento administrativo y del legislativo en cuanto que se celebran “audiencias” de interés en conflicto y se garantizan los derechos de defensa en el procedimiento administrativo, lo cierto que esas son características del proceso judicial, “tanto así que se habla de la judicialización de los procedimientos no judiciales.”¹³⁶

La segunda institución, procedimiento administrativo, hace relación a las formalidades que se siguen en la administración para la elaboración de los actos administrativos, algunos juristas han definido este procedimiento como el conjunto de reglas relativas al

¹³⁶ GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 65.

procedimiento de elaboración del acto, a su forma y a su publicidad, así como su cuestionamiento.

Si bien es cierto, ambos procedimientos son distintos si existe una tendencia, como la judicialización del procedimiento no contencioso y, sobretodo, al procedimiento administrativo sancionador, que con frecuencia ejerce la Administración Pública en nuestro país. Esta judicialización conlleva crecientemente el reconocimiento del derecho de defensa y, en algunos casos, del mismo proceso en el procedimiento administrativo, tal como es el caso de la Constitución Colombiana de 1991 en el primer párrafo del artículo 29 que señala “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

3.9.2 El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³⁷

En el plano mundial se pueden citar la jurisprudencia establecida en el artículo 10 de la Declaración Universal de los derechos del Hombre, suscrita el 10 de diciembre de 1948 y el artículo 14, primer párrafo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el dieciséis de diciembre de 1966.

La primera de estas normas tiene el siguiente texto: “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, la cual ha sido ratificada por Panamá mediante la ley 15 de 28 de Octubre de 1977, cuyo artículo 8 establece que:

1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier actuación penal formulada contra

¹³⁷ HOYOS, Arturo, *Debido proceso y democracia*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 23-26.

ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a. Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, sino se comprende o no habla el idioma del juzgado tribunal.
- b. Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada.
- c. Concesión al inculcado de defenderse personalmente o de ser asistidos por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e. Derecho, irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo, ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni declararse culpable, y
- h. Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”.

La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos sobre esta norma no había sido abundante, pero se han destacado varios precedentes. La Corte señaló en la Opinión Consultiva no. 8 de 1987 que “tal artículo, no obstante su título de “garantías judiciales”, no contiene un recurso judicial propiamente dicho sino “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la convención, es decir el llamado “debido proceso legal” aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la convención Americana, aún bajo el régimen de suspensión.”¹³⁸

¹³⁸ Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Según la línea jurisprudencial en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido algunas tesis sobre la protección jurisdiccional del debido proceso de la cual una de ellas señala, que las garantías dentro del debido proceso deben observarse en todo procedimiento jurisdiccional, siguiendo las formalidades esenciales del procedimiento integrando y fortaleciendo la garantía de audiencia, quien permitirá a todo gobernado ejercer una defensa ante la autoridad correspondiente haciendo compatibles las garantías con la materia específica del asunto sea penal, administrativo y migratorio.¹³⁹ Otra de las tesis señala al debido proceso como un derecho humano, fundamentándose en el artículo 14 constitucional de la cual se desprende, que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento como son libertad, las propiedades y las posesiones o derechos, previo a evaluar si existe una vulneración al debido proceso, para ubicar la modalidad del reclamo respectivo.¹⁴⁰

3 Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

¹³⁹ Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Febrero de 2014, Tomo I, p. 396
DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO.

Dentro de las garantías del debido proceso existe un "núcleo duro", que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al "núcleo duro", las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de audiencia", las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.", sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.

¹⁴⁰ Tesis: 1a. IV/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Enero 2014, p. 1112.
DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO. ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN.

El artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce el derecho humano al debido proceso al establecer que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Ahora bien, este derecho ha sido un elemento de interpretación constante y progresiva en la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, del que cabe realizar un recuento de sus elementos integrantes hasta la actualidad en dos vertientes: 1) la referida a las formalidades esenciales del procedimiento, la que a su vez, puede observarse a partir de dos perspectivas, esto es: a) desde quien es sujeto pasivo en el procedimiento y puede sufrir un acto privativo, en cuyo caso adquieren valor aplicativo las citadas formalidades referidas a la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias, el derecho a alegar y a ofrecer pruebas, así como la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas y, b) desde quien insta la función jurisdiccional para reivindicar un derecho como sujeto activo, desde la cual se protege que las partes tengan una posibilidad efectiva e igual de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones, dimensión ligada

Por lo anterior, se reafirma que al igual que en el marco Internacional México también se regula el actuar de toda autoridad por el debido proceso, brindando en todo momento seguridad jurídica al gobernado sea nacional o extranjero.

estrechamente con el derecho de acceso a la justicia; y, 2) por la que se enlistan determinados bienes sustantivos constitucionalmente protegidos, mediante las formalidades esenciales del procedimiento, como son: la libertad, las propiedades, y las posesiones o los derechos. De ahí que previo a evaluar si existe una vulneración al derecho al debido proceso, es necesario identificar la modalidad en la que se ubica el reclamo respectivo.

CAPÍTULO IV

ARTÍCULO 33 CONSTITUCIONAL. ANÁLISIS A LA LUZ DE LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

4. 1 El artículo 33 constitucional previo a la reforma y el debido proceso

Hasta antes de la reforma del 10 de junio del 2011, todos relacionamos el artículo 33 constitucional con los extranjeros y la facultad discrecional del titular del ejecutivo de determinar su expulsión de nuestro país cuando no se considerara grato.

La evolución de los derechos humanos así como la adopción de nuestro país de una serie de instrumentos jurídicos internacionales, pusieron en cuestionamiento esta disposición. En virtud de que el modelo de expulsión contemplado en este artículo antes de la reforma constitucional del año 2011, respondía a un momento histórico determinado por fuertes amenazas del exterior que sufría el joven estado mexicano y fue plasmado en la constitución de 1857, ante el peligro latente de una invasión extranjera y de las monarquías europeas, con esta disposición se pretendía evitar también la intervención de otros Estados en asuntos nacionales.¹⁴¹

La constitución de 1917 mantuvo dicha disposición, para evitar la intervención de los extranjeros en la vida política de la nación y con esto solo el Titular del Ejecutivo determinaba bajo que causas se expulsaban a extranjeros no gratos.

El artículo 33 antes de la reforma constitucional establecía lo siguiente:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

De la disposición anterior, se desprende que sujetos poseían la calidad de extranjeros, les reconocía el goce de las garantías individuales que la constitución reconoce a toda

¹⁴¹ BECERRA RAMIREZ, Manuel, *El artículo 33 constitucional en el siglo XXI*, UNAM, México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1627/7.pdf>, consultado 23 de agosto 2012

persona, el Presidente de la República podía expulsar del territorio nacional a los extranjeros cuya permanencia juzgara inconveniente, y prohibía a los extranjeros inmiscuirse en asuntos políticos.

Sin embargo, la facultad de expulsión de extranjeros perniciosos por parte del Presidente y la prohibición de inmiscuirse en asuntos políticos implicaba la imposibilidad de los extranjeros de tener acceso al debido proceso frente a la expulsión decretada por el Ejecutivo, de ejercer el derecho de petición en materia política, así como el derecho de asociación para tratar asuntos del orden político.¹⁴² Si consideramos esta disposición a la luz de lo previsto por el párrafo segundo del artículo 14 constitucional, en el sentido de que nadie puede ser privado de sus derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos y en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, apreciaremos que en el supuesto referido existe la posibilidad de un acto ejecutivo que si bien no conculca el despliegue de un juicio por parte del interesado para ser oído y vencido en el mismo, si entraña hacerlo abandonar el territorio nacional y que la hipótesis de su reinternación sólo se dé como resultado de la resolución correspondiente.

En relación al acto de expulsión, la Suprema Corte manifestó lo siguiente: "la disposición del artículo 33 constitucional, en el sentido de la facultad que concede el Presidente de la República para expulsar, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero a quien juzgue pernicioso, es tan determinante, pero no admite interpretación alguna".¹⁴³

Esta discrecionalidad del Ejecutivo al expulsar extranjeros, provocaba ambigüedades y contradicciones en los cuerpos jurídicos, generando condiciones para el desarrollo de prácticas violatorias de los derechos de las personas, limitando por ende su acceso a la justicia. Asimismo, abren márgenes para el ejercicio de acciones arbitrarias por parte de funcionarios de distintos niveles.

¹⁴² RODRIGUEZ HUERTA, Gabriela, Op., cit., nota 115, p.6.

¹⁴³ Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, artículo 33 constitucional, IV, Quinta Época, materia constitucional, administrativa, p. 325.

4.1.1 El artículo 33 constitucional y compromisos internacionales

Nuestro país ha adquirido ciertos compromisos internacionales a lo largo de la historia en los tratados o convenciones de los que forman parte, esto con lleva al cumplimiento de los acuerdos tomados, ya que de no ser así se estaría infringiendo en alguna responsabilidad internacional. Esta situación ha originado que la posición del Estado Mexicano respecto de los tratados en materia de derechos humanos se contraponga con efectos del artículo 33 constitucional, y a fin de dar cumplimiento a estos compromisos se empezó a formular reservas¹⁴⁴, tal fue el caso de la reserva formulada al artículo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966; en segundo la declaración de la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y en tercer lugar, la declaración interpretativa y la reserva a la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y sus familiares.

Al respecto, el artículo 13 del Pacto señala: El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, y al menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de tal expulsión, así como someter su caso a revisión ante autoridad competente ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tan fin ante ellas.

El pacto garantiza el derecho de audiencia, salvo en los casos en que se argumente "seguridad nacional"; así mismo consagra ciertas garantías dentro del proceso de expulsión. Primero la posibilidad, del extranjero de ser escuchado, tener un recurso de revisión de la decisión de expulsión y la posibilidad de nombrar un defensor. Dicho compromiso internacional se contraponía a lo establecido en el antiguo art. 33 constitucional, motivo por cual México interpuso reserva.

A casi dieciocho años de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de México,¹⁴⁵ nuestro país reconoció la Jurisdicción contenciosa de la corte Interamericana, lo cual "contribuiría a fortalecer la vigencia del Estado de derecho, a

¹⁴⁴ La reserva que un tratado formula a un tratado internacional multilateral es una declaración unilateral, hecha en el momento de firmar, ratificar, aprobar o adherir al mismo, por lo cual entiende excluirse o darle alguna interpretación determinada a una o varias disposiciones.

¹⁴⁵ Nuestro país ratificó el Pacto de San José el 24 de Marzo de 1981, con declaraciones interpretativas, una al párrafo 1º del artículo 4º (derecho a la vida) y otra al artículo 12 (libertad de conciencia y religión), y una reserva al artículo 23, párrafo 2 (Derechos Políticos), y en ese momento no reconoció la competencia contenciosa de la Corte.

modernizar y a complementar el andamiaje interno que se ha desarrollado progresivamente para la protección de derechos humanos y a combatir la impunidad". El instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte fue depositado ante el Secretario general de la OEA el dieciséis de diciembre de 1998, y dicha declaración ¹⁴⁶ fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1999.

De acuerdo con la convención Americana, el reconocimiento de la competencia contenciosa de la corte se realizaba por los Estados partes a través de una declaración, según lo establece el artículo 62 de la misma:

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta convención o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la aplicación o a la interpretación de dicha convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos.....
3. La corte tiene la competencia de reconocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso que hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por la declaración especial como se indica en los puntos anteriores, ora por convención especial.

Del precepto citado podemos desprender, la aceptación de la jurisdicción de la corte la hacen los estados a través de una mera declaración, la cual no implica un cambio fundamental de los términos en que fue ratificada la Convención Americana; sin embargo esto no parece ser así bajo la óptica del Gobierno Mexicano, ya que la declaración de México pretende hacer una reinterpretación de los términos en que fue aceptada la convención. Dichos términos son los siguientes:

1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la convención americana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de

¹⁴⁶ Internamente a la declaración de la aceptación de la competencia de la Corte se le dio el tratamiento de un tratado internacional, por lo que se llevó a cabo el procedimiento establecido por el artículo 133 constitucional.

los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha de depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos.
3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después a la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que han denunciado.

Dada la reforma constitucional en materia de derechos humanos, así como la derogación de algunas disposiciones de la Ley General de Población y la nueva Ley de Migración, el Estado Mexicano debería de proceder a retirar las reservas que formuló a los instrumentos internacionales señalados, ya que con esta reforma a los artículos 1 y 33 ya no existe una incompatibilidad de la norma fundamental con nuestros compromisos internacionales, situación que se irá readecuando con el desarrollo de este nuevo marco normativo en materia migratoria.

4.2 Procedimiento de expulsión antes de la reforma constitucional

Antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio del año 2011, la Constitución mexicana otorgaba garantías a los extranjeros que se encontraban en nuestro territorio, y al mismo tiempo las restringía para conservar la soberanía nacional y la integridad territorial. Estas restricciones se consagraban en la Ley General de Población¹⁴⁷, la cual no especificaba en qué condiciones procedían, por lo que la autoridad migratoria podía hacer uso discrecional de sus facultades y vulnerar la seguridad jurídica principalmente de los extranjeros centroamericanos en tránsito por nuestro país.

¹⁴⁷ La Ley General de Población, sancionaba mediante detención y expulsión, la entrada ilegal al país; a esta tendencia se sumó la fijación de multas. No obstante, en este tema se identificó la existencia de disposiciones que reconocían derechos adquiridos por años de estancia en territorio nacional que eliminaban la posibilidad de expulsión, pero fueron eliminadas más tarde. Las causales de rechazo, por su parte, eran la demostración más expresa de las tendencias discriminatorias que permeaban las legislaciones previas. Se impedía, por ejemplo, el ingreso de personas enfermas, niñas/os no acompañados, ancianos o personas con impedimentos físicos que les permitiera valerse por sí mismas.

Esta situación se contraponía con los derechos humanos de los migrantes a acceder a un debido proceso y a la negación de una garantía de audiencia a los extranjeros, a raíz de la facultad de expulsión inmediata otorgada por el artículo 33 al poder ejecutivo. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió la solicitud de México en este sentido, afirmando que todo inmigrante independientemente de su situación legal, debe contar con el derecho del debido proceso.¹⁴⁸

La ley General de Población, como encargada de regular la estancia y control de los extranjeros en nuestro país, establecía como condición para el internamiento de extranjeros en el país que este proceso contribuía al desarrollo y progreso nacional, conceptos que estaban suficientemente precisados y se prestan a que la norma y su aplicación se torne subjetiva. De igual manera, se señalaba que la Secretaría de Gobernación puede prohibir la admisión de extranjeros cuando lo determinara el interés nacional, pero la misma normativa no señalaba en qué casos, situación que quedaba sujeta al libre arbitrio de la autoridad migratoria. Por otra parte, desbalancea la Constitución desde sus inicios, pues como sabemos el artículo 1 de la Constitución expresa: "En Estados Unidos Mexicanos *todo individuo* gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y en las condiciones que ella misma establece", esto nos lleva a cuestionar si los extranjeros no son individuos y si no tenían los mismos derechos que un mexicano a un debido proceso.

Derivado de estas cuestiones, tanto la ley General de Población como su reglamento fueron criticados por su imprecisión en lo que se refiere a aspectos discrecionales o a la ausencia de garantías para el debido proceso de los migrantes, ya que estas discrecionalidades, ambigüedades y contradicciones en los cuerpos jurídicos, son elementos generadores de prácticas violatorias de los derechos de las personas, limitando por ende su acceso a la justicia.

¹⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados" (OC-18/03) del 17 de septiembre del 2003 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

El procedimiento de expulsión de extranjeros era un procedimiento administrativo regulado en la Ley General de Población antes de la expedición de la ley de migración el 25 de mayo del 2011. Se fundaba en el artículo 125 que señalaba: *El extranjero que incurra en las hipótesis previstas en los artículos 115, 116, 117, 118 y 138, será expulsado del país o repatriado a su país de origen si existiese convenio con este último, sin perjuicio de que se le apliquen las penas previstas en dichos preceptos.* Al respecto, estos artículos antes de ser derogados establecían:

Artículo 115.- El que auxilie, encubra o aconseje a cualquier individuo violar las disposiciones de esta Ley y su Reglamento en materia que no constituya delito, será castigado con multa hasta de cien días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumir la conducta, o bien arresto hasta por treinta y seis horas si no pagare la multa.

Artículo 116.- Al que en materia migratoria presente o suscriba cualquier documento o promoción con firma falsa o distinta a la que usualmente utiliza, se le impondrá multa hasta de doscientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumir la conducta, o bien arresto hasta por treinta y seis horas si no pagare la multa, sin perjuicio de las penas en que incurra cuando ello constituya un delito.

Artículo 117.- Se impondrá multa hasta de cinco mil pesos al extranjero que no haya cumplido la orden de la Secretaría de Gobernación para salir del territorio nacional dentro del plazo que para el efecto se le fijó, por haber sido cancelada su calidad migratoria.

Artículo 118.- Se impondrá multa de veinte a cien días de salario mínimo general vigente en el Distrito

Federal, al extranjero que:

- a) Habiendo sido expulsado se interne nuevamente al territorio nacional sin haber obtenido acuerdo de readmisión;
- b) No exprese u oculte su condición de expulsado para que se le autorice y obtenga nuevo permiso de internación;
- c) Habiendo obtenido legalmente autorización para internarse al país, por incumplimiento o violación de las disposiciones administrativas o legales a que se condicionó su estancia, se encuentre ilegalmente en el mismo;
- d) Realice actividades para las cuales no esté autorizado conforme a esta Ley o al permiso de internación que la Secretaría de Gobernación le haya otorgado;
- e) Dolosamente haga uso o se ostente como poseedor de una calidad migratoria distinta de la que la Secretaría de Gobernación le haya otorgado;
- f) Se interne al país sin la documentación requerida;
- g) Contraiga matrimonio con mexicano en los términos previstos en el artículo 127.

"El debido proceso como derecho fundamental a la luz del artículo 33 constitucional"

Al extranjero que haga uso de un documento falso o alterado, o que proporcione datos falsos al ser interrogado por la autoridad con relación a su situación migratoria, se le impondrán las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 125.

El extranjero que haya incurrido en el supuesto comprendido en el inciso c) de este artículo, podrá solicitar la regularización de su situación migratoria.

Como nos podemos dar cuenta el procedimiento administrativo de expulsión, no señalaba en ningún apartado los principios del debido proceso que le permitiera al extranjero una audiencia ante la autoridad migratoria en donde alegue lo que a su derecho convenga, solo se acogían como último recurso al juicio de amparo que se suspendía la ejecución de expulsión, en tanto, se definiría su situación.

Esta postura del Estado Mexicano no soporta ningún análisis de derecho internacional, ya que algunos tratados que nuestro país ha suscrito, sistemáticamente se ha sustraído via las reservas al cumplimiento de algunos de sus artículos para dejar íntegro, "proteger" el artículo 33 constitucional. Un ejemplo de ello es la Convención sobre Condición de los Extranjeros. Esta Convención fue adoptada en La Habana el 20 de febrero de 1928 y cobró vigencia a partir del 29 de agosto de 1929.¹⁴⁹ El Gobierno de México formuló dos reservas, a saber, una al artículo 5 y otra al artículo 6 de esta Convención. Por referirse a nuestro tema de análisis vemos que dice el artículo 6:

Artículo 6. Los Estados pueden, por motivos de orden o de seguridad pública, expulsar al extranjero domiciliado, residente o simplemente de paso por sus territorios.

A pesar de que es bastante amplia esta disposición, el gobierno mexicano quiso "curarse en salud" e interpuso una reserva, bastante general, que se refiere: *El gobierno mexicano hace la reserva de que por lo que concierne al derecho de expulsión de los extranjeros, instituido por el artículo 6 de la Convención, dicho derecho será siempre ejercido por México en la forma y con las extensiones establecidas por su ley constitucional.*

¹⁴⁹ La Convención sobre la condición de los extranjeros México ratificó el 28 de marzo de 1931, entrando en vigor para éste en la misma fecha; se publicó en el *Diario Oficial* de 20 de agosto de 1931.

Ahora bien, el Pacto Internacional de los Derechos civiles y Políticos, instrumento internacional al que México se adhirió, contiene una disposición a mi juicio que es clara y contundente sobre los derechos que tiene el Estado de expulsar a un extranjero, y éste de defenderse. El artículo 13 establece:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá al extranjero, exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente, o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Del análisis del precepto referido, confirmamos que el Estado tiene facultad de expulsar a un extranjero, aun cuando se halle legalmente en territorio del Estado que expulsa, lo cual es innegable en el derecho consuetudinario internacional; la decisión de expulsión debe ser adoptada conforme a la ley; al extranjero se le permitirá defenderse y recurrir tal decisión de expulsión y el extranjero se le permitirá tener representante ante la autoridad correspondiente.¹⁵⁰ Situación que en México no se llevaba a cabo de esa manera por ese motivo interpuso reserva a este artículo, visto el texto del artículo 33 de la Constitución. Sin embargo, tal reserva fue bastante cuestionable, aunque no hubo oposición de los demás Estados. El cuestionamiento se deriva de la esencia misma de las reservas, ya que, una norma de derecho consuetudinario internacional, establece que para que la reserva opere, tenga validez se requiere que no se contraponga "con el objeto y fin" del respectivo tratado y el Pacto establece claramente en uno de sus objetivos: *"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 y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Como podemos apreciar esta reserva no debe ser válida, sin embargo los Estados miembros del pacto la aceptaron y en consecuencia es válida, aunque los extranjeros se vean afectados."*

¹⁵⁰ BECERRA RAMIREZ, MANUEL. Op. cit. Nota 118 p. 67

Estos ejemplos de responsabilidad de México, derivada de tratados internacionales, a pesar de que se interpongan reservas, no lo eximen de tener una postura bastante incongruente con su discurso de respeto de los derechos humanos y bastante retrógrada en relación con la clara evolución de los mismos derechos humanos, y sobre todo esta actitud pone en peligro a México de ser sujeto de responsabilidad internacional por causas de denegación de justicia e incumplimiento de sus obligaciones internacionales derivadas de los tratados internacionales. En efecto, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en su proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, establece en su artículo 2. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

La evolución de los derechos humanos, del derecho internacional y de los compromisos internacionales de nuestro país, hicieron que su postura constitucional quedara rebasada, motivo por el cual surge la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el diario oficial de la federación 11 de junio del año 2011.

4.3 El artículo 33 constitucional reformado y el debido proceso

El nuevo artículo 33 constitucional se refiere a personas extranjeras, en lugar del término extranjeros, señalando que son aquellas que no posean las calidades determinadas por el artículo 30, y le reconoce los derechos humanos y garantías que reconoce la constitución.

El Ejecutivo Federal, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a las personas con fundamento en la ley; la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.

En virtud de la reforma, los derechos de las personas extranjeras deberán interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos, generales y específicos, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

El reconocimiento del derecho de audiencia de los extranjeros a quienes se les aplique el artículo 33 les otorga la oportunidad de defenderse en juicio, de probar y alegar ante los tribunales o autoridades administrativas, las cuales en todo momento deben de respetar el *debido proceso legal*. Este proceso debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se debe brindar a todo inmigrante, independientemente de su estatus migratorio.¹⁵¹

Por lo antes señalado, la Ley de Migración en el artículo 70 contempla el debido proceso dentro del procedimiento administrativo migratorio que determina su situación de los extranjeros en nuestro país.

Artículo 70. Todo migrante tiene derecho a ser asistido o representado legalmente por la persona que designe durante el procedimiento administrativo migratorio. El Instituto podrá celebrar los convenios de colaboración que se requieran y establecerá facilidades para que las organizaciones de la sociedad civil ofrezcan servicios de asesoría y representación legal a los migrantes en situación migratoria irregular a quienes se les haya iniciado un procedimiento administrativo migratorio.

Durante el procedimiento administrativo migratorio los migrantes tendrán derecho al debido proceso que consiste en que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente; el derecho a ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, a tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio, a contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, en caso de que no hable o no entienda el español y a que las resoluciones de la autoridad estén debidamente fundadas y motivadas.

Con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, se reconoció la garantía de audiencia, aun en el caso de la aplicación al artículo 33 constitucional se reconoce el derecho de defensa y el debido proceso como un derecho universal de toda persona, independientemente de su origen nacional o de su estatus migratorio en el país.

De igual manera, con la expedición de la Ley de Migración se establece que la política migratoria se sustenta, en el respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, independientemente de su nacionalidad y situación migratoria. En el artículo 11

¹⁵¹ *Condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, 2003, p. 122.

se reconoce su derecho al debido proceso, dicho precepto señala: “En cualquier caso independientemente de su situación migratoria, los migrantes tendrán derecho a la procuración de justicia, respetando en todo momento el derecho al debido proceso, así como presentar quejas en materia de derechos humanos, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución y demás leyes aplicables.

Con esta reforma integral, que reconoce los derechos humanos de los extranjeros independientemente de su calidad migratoria, se garantiza la protección adecuada de sus derechos. El debido proceso constituye un pilar fundamental para hacer efectiva la protección de otros derechos humanos, así como el medio idóneo de los derechos de extranjeros.

4.4 Procedimiento administrativo de deportación en la actualidad

Los términos *deportación y expulsión*¹⁵², son un sinónimo y tienen los mismos efectos, se consideran como un acto de soberanía estatal, por el que se determina sancionar a una persona extranjera con su salida de un territorio del que no es nacional.¹⁵³

La deportación es un acto soberano que puede ser legítimo, los Estados tienen el deber de que su determinación, perpetración o ejecución no viole los derechos humanos del individuo al que se le impone u obliga a salir del país.¹⁵⁴ De ahí que para que el acto sea válido y no violatorio de derechos humanos, se requiere que:

- a) Sea el resultado de un procedimiento establecido por ley;
- b) Respete las garantías procesales que asisten a la persona durante la sustanciación del procedimiento.
- c) Sea determinado, fundada y motivadamente, por la autoridad competente.

En México los términos de deportación y la expulsión tienen el mismo sentido, el procedimiento y los efectos jurídicos son los mismos; la deportación se regula en la ley de Migración, y la expulsión por el artículo 33 constitucional. Sin embargo la diferencia, varía

¹⁵² Después de la entrada en vigor de la Ley de Migración 29 de Abril del 2011, el procedimiento de expulsión de extranjeros se sustituyó por deportación

¹⁵³ Litigio estratégico y deportación de Extranjeros en México, México, Editorial Sin Fronteras I.A.P, 2011, <http://es.scribd.com/doc/64223767/Mexico-Litigio-Estrategico-y-Deportacion-de-Extranjeros-en-Mexico>, consultado 9 de septiembre 2012.

¹⁵⁴ Ibidem p 132

en que la deportación la resuelve el personal del Instituto Nacional de Migración y la expulsión es una facultad exclusiva del Presidente de la República.

La Ley de Migración, surge en un proceso de reestructuración del proceso migratorio en México, que tiene como objetivo brindar más seguridad a los extranjeros en los procesos que definan su regular estancia en nuestro país. Contempla derecho de salud, educación y acceso a la justicia sin ser un requisito su estancia regular en nuestro país. Contempla en el artículo 11 el derecho a la justicia y el artículo 70 el acceso al debido proceso durante el procedimiento administrativo migratorio. Lo que nos indica que estamos ante un nuevo ordenamiento jurídico en materia migratoria.

En el artículo 114 del ordenamiento antes citado se establece, que corresponde de manera exclusiva al titular del Poder Ejecutivo Federal expulsar del territorio nacional al extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como no podemos dar cuenta en esta disposición la facultad de expulsar quedó como un procedimiento exclusivo del titular del Poder Ejecutivo, toda vez, que antes que surgiera la ley de migración se facultaba a la autoridad migratoria para ejecutar procedimientos de expulsión de migrantes, protegiéndose de la facultad discrecional que les era concedida.

Actualmente el Instituto Nacional de Migración, resuelve la situación migratoria de los extranjeros con estancia irregular con los mecanismos de retorno asistido y deportación en base al artículo 115.

1. Retorno asistido. El retorno, es la acción de retornar (acción de regresar) ¹⁵⁵, se contempla en el artículo 118 de la Ley de Migración, que a la letra establece:

Artículo 118. Podrán solicitar el beneficio del retorno asistido, sin perjuicio de lo que al efecto se establezca en los instrumentos interinstitucionales, los extranjeros que se ubiquen en los siguientes supuestos:

- I. Se encuentren irregularmente en el territorio nacional, a disposición del Instituto, y
- II. No exista restricción legal emitida por autoridad competente para que abandonen el país.

¹⁵⁵ Diccionario de la Real Academia de la lengua española, <http://lema.rae.es/drae/?val=retorno>, consultado 23 de agosto 2012.

En el caso de que el extranjero decida no solicitar el beneficio del retorno asistido, se procederá a su presentación, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Dentro del procedimiento de retorno se encuadran las mujeres y menores, personas de la tercera edad o extranjeros con alguna discapacidad, considerando su situación vulnerable. Este mecanismo no lleva aparejado una restricción al extranjero para entrar al

2. Deportación. El término deportar significa desterrar a alguien a un lugar, por lo regular extranjero, y confinarlo allí por razones políticas o como castigo.¹⁵⁶

La ley de migración contempla la deportación dentro del capítulo de las sanciones a personas físicas y morales, establecida en el artículo 144 el cual señala:

Artículo 144. Será deportado del territorio nacional el extranjero presentado que:

I. Se halla internado al país sin la documentación requerida o por un lugar no autorizado para el tránsito internacional de personas;

II. Habiendo sido deportado, se interne nuevamente al territorio nacional sin haber obtenido el Acuerdo de readmisión, aún y cuando haya obtenido una condición de estancia;

III. Se ostente como mexicano ante el Instituto sin serlo;

IV. 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 pudiera comprometer la seguridad nacional o la seguridad pública;

V. Proporcione información falsa o exhiba ante el Instituto documentación apócrifa, alterada o legítima, pero que haya sido obtenida de manera fraudulenta, y

VI. Haya incumplido con una orden de salida de territorio nacional expedida por el Instituto.

En todos estos casos, el Instituto determinará el período durante el cual el extranjero deportado no deberá reingresar al país, conforme a lo establecido en el Reglamento.

Durante dicho periodo, sólo podrá ser readmitido por acuerdo expreso de la Secretaría.

En el supuesto de que el extranjero, por sus antecedentes en los Estados Unidos Mexicanos o en el extranjero, pudiera comprometer la soberanía nacional, la seguridad nacional o la seguridad pública, la deportación será definitiva.

En estos procedimientos administrativos de deportación y retorno asistido, se ha tratado de dejar atrás la facultad discrecional de la autoridad migratoria para resolver la situación

¹⁵⁶ Idem

migratoria de los extranjeros, convirtiéndolo en procedimientos administrativos al amparo del debido proceso, desarrollándose de la siguiente manera:

- I. Acuerdo de inicio, acto en el cual la autoridad migratoria señala el motivo por el cual el extranjero se encuentra en calidad de presentado ante el INM.
- II. Comparecencia del extranjero, la cual se realizara ante la persona de su confianza o dos testigos.
- III. Acuerdo de presentación¹⁵⁷, es 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 regulación de su estancia o la asistencia para el retorno, en un plazo no mayor de quince días,¹⁵⁸ notificándole al extranjero debidamente los alcances de este acuerdo.
- IV. Notificación consular.
- V. Periodo probatorio
- VI. Periodo de alegatos
- VII. Resolución y su debida ejecución; esta puede variar dependiendo de cómo se encuadre su conducta y los elementos que se reúnan en el procedimiento, como por ejemplo resolución de deportación, retorno voluntario, regularización de su situación migratoria por vínculo con mexicano, por su condición de víctima de delito o situación vulnerable, apátrida o en su caso refugiado.

¹⁵⁷ Artículo 3, fracción XX de la Ley de Migración.

¹⁵⁸ Artículo 111, de la Ley de Migración: El Instituto resolverá la situación regular de los extranjeros presentados en un plazo no mayor de 15 días hábiles, contados a partir de su presentación.

El alojamiento en las estaciones migratorias únicamente podrá exceder de los 15 días hábiles a que se refiere el párrafo anterior cuando se actualicen cualquiera de los siguientes supuestos:

I. Que no exista información fehaciente sobre su identidad y/o nacionalidad, o exista dificultad para la obtención de los documentos de identidad y viaje;

II. Que los consulados o secciones consulares del país de origen o residencia requieran mayor tiempo para la expedición de los documentos de identidad y viaje;

III. Que exista impedimento para su tránsito por terceros países u obstáculo para establecer el itinerario de viaje al destino final;

IV. Que exista enfermedad o discapacidad física o mental médicamente acreditada que imposibilite viajar al migrante presentado, y

V. Que se haya interpuesto un recurso administrativo o judicial en que se reclamen cuestiones inherentes a su situación migratoria en territorio nacional; o se haya interpuesto un juicio de amparo y exista una prohibición expresa de la autoridad competente para que el extranjero pueda ser trasladado o para que pueda abandonar el país. En los supuestos de las fracciones I, II, III y IV de este artículo el alojamiento de los extranjeros en las estaciones migratorias no podrá exceder de 60 días hábiles.

En los supuestos de las fracciones I, II, III y IV de este artículo el alojamiento de los extranjeros en las estaciones migratorias no podrá exceder de 60 días hábiles.

Transcurrido dicho plazo, el Instituto les otorgará la condición de estancia de visitante con permiso para recibir una remuneración en el país, mientras subsista el supuesto por el que se les otorgó dicha condición de estancia. Agotado el mismo, el Instituto deberá determinar la situación migratoria del extranjero

Estos procedimientos independientemente de ser regidos por las disposiciones en materia migratoria, se rigen también por circulares administrativas que tratan de fortalecer las actuaciones arbitrarias por parte de los servidores públicos que los desahogan y ejecutan, como es el caso de la circular INM/DGCVM/1892/2012.

Sin embargo, por la experiencia laboral que tuve dentro del INM, estos procedimientos en la práctica no se desarrollan con un verdadero y efectivo apego al debido proceso, toda vez, que la autoridad migratoria emite los actos y los resuelve, siendo juez y parte en el procedimiento, el término para resolver la situación migratoria es en un plazo de quince días pudiendo extenderse por alguna situación especial, luego entonces el periodo probatorio y de alegatos no se desahogan como la normatividad civil lo indica; respecto a la debida defensa lamentablemente son algunos extranjeros los que tienes acceso a esta ya que sus condiciones económicas se lo permiten, pero más del 70 % de migrantes que se encuentran en esta situación no reciben defensa legal y sus procedimientos se desahogan en la mayoría de las ocasiones sin alguna persona de confianza en el procedimiento, toda vez, que hasta este momento en nuestro País no se han creado instancias con áreas de defensoría de oficio en materia migratoria, que respalde a estos grupos vulnerables quedando al libre arbitrio de la autoridad migratoria.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha emitido algunas jurisprudencias que denotan la falta de eficacia en el procedimiento administrativo para resolver la situación migratoria de los extranjeros, como lo es:

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. SUS DIFERENCIAS CON EL DERECHO A TENER UN ABOGADO Y EL DERECHO A TENER UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE.

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estima que para el extranjero detenido en territorio mexicano, el derecho a la asistencia consular, contenido en el artículo 36, primer párrafo, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, tiene una función propia y diferenciada tanto del derecho a tener un abogado como del derecho a tener un traductor o intérprete. La asistencia consular no se reduce a una simple medida de comunicación entre el extranjero y un representante de su gobierno. Es ante todo un derecho fundamental reconocido para evitar la indefensión del inculcado, que no depende de los conocimientos que tenga el extranjero del idioma del país en el que ha sido detenido. El funcionario consular tiene la encomienda de asegurarse, en primer término, de que el extranjero no sea simplemente informado de la acusación y de los derechos que le asisten,

sino que los comprenda cabalmente. La comprensión del significado gramatical de las palabras que contiene la acusación puede ser facilitada por un traductor. Asimismo, una explicación técnica de las implicaciones de la acusación puede ser facilitada por un abogado habilitado para ejercer en ese país. Sin embargo, esto no resulta suficiente a fin de considerar cumplido el mandato constitucional de una defensa adecuada, ya que para esto es indispensable que se encuentre cubierto el elemento relativo a la idiosincrasia cultural. La herencia cultural y social de un extranjero resulta determinante al momento de comprender cualquier fenómeno jurídico, con especial gravedad respecto a aquellos actos o decisiones que puedan implicar la privación de la libertad. Estas cuestiones, como es lógico, no son conocidas ni debidamente ponderadas por los abogados nacionales, por lo que este tipo de decisiones sólo pueden ser tomadas una vez que se ha recibido una efectiva asistencia técnica, la cual debe ser otorgada por los funcionarios consulares, quienes por su actividad profesional, presumiblemente se encuentran debidamente capacitados para dicha tarea.¹⁵⁹

Sin duda alguna, el reciente marco jurídico en materia migratoria debe fortalecer los procedimientos administrativos dándole mayor eficacia, así como brindar mayor seguridad a los extranjeros en nuestro país, sin embargo, para que esta normatividad se desarrolle con éxito dependerá de muchos factores, servidores públicos eficientes, de la ciudadanía en general, instituciones y organismos no gubernamentales que protegen los derechos de los migrantes, que vigilen el exacto cumplimiento del debido proceso en materia migratoria a fin de evitar que se vulneren los derechos humanos de los extranjeros en nuestro país.

4.5 Procedimiento migratorio de expulsión en España

En España los extranjeros disfrutan de las libertades públicas contenidas en su constitución, es decir, son titulares de los derechos allí reconocidos en los mismos términos que los son los propios nacionales.¹⁶⁰ De igual manera, su ley de extranjería realiza esta serie de precisiones con suma protección de los derechos humanos.

Los procedimientos migratorios por estancia ilegal de extranjeros en primera instancia corresponden a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, en virtud de que tiene como función controlar la entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros; así como la prevención, persecución e investigación de las redes de inmigración ilegal, y en general, el régimen policial de extranjería, refugio y asilo e inmigración.¹⁶¹

¹⁵⁹ Tesis 1a. CLXXII/2013 (10a.), Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. Libro XX, Tomo 1, Mayo de 2013.

¹⁶⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, (coordinad.). *La ley de extranjería a la luz de las obligaciones en España en derechos humanos*. España, Universidad Internacional de Andalucía-AKAL, 2002, p.26.

¹⁶¹ Comisaría General de Extranjería y Fronteras en España, http://www.policia.es/org_central/extran_front/normaliva.html

El desahogo de este procedimiento es contencioso administrativo, y se lleva ante los tribunales, regula las salidas del territorio español libremente, excepto en los casos previstos en el Código Penal y en la Ley de extranjería, como lo son:¹⁶²

- a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal.
- b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente ley.
- c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España.

La expulsión del territorio español se regula en los artículos 57 y 58 de la LOEX¹⁶³ (Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) y otros artículos concordantes del RELOEX¹⁶⁴, y es una verdadera sanción administrativa y su naturaleza es sancionadora.

En consecuencia los recursos que se interpongan en vía judicial o administrativa frente a las resoluciones administrativas que impongan una orden de expulsión, pueden invocar la vulneración de principios esenciales de la potestad sancionadora de la Administración o del procedimiento sancionador.

La sanción de expulsión se puede aplicar alternativamente a la multa para los siguientes supuestos:

- 1) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o

¹⁶² **Expulsión de extranjeros:** La Ley prevé las penas de multa, decomiso y clausura de locales y establecimientos. Además establece en determinados supuestos, como sanción sustitutiva de la multa, y sólo para el caso de extranjeros, la expulsión y prohibición de entrada en el territorio español por un plazo de tres a diez años. En estos casos, la expulsión puede acordarse para sanciones muy graves y para las graves que expresamente establece la ley. Como muchos de los extranjeros a los que se impone la multa están en situación irregular, el cobro de la misma es problemático; por ello, en la práctica se tiende a privilegiar la expulsión, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma que, en los casos de permanencia irregular en territorio español, debe imponerse preferentemente una multa si esta es la única infracción administrativa en que ha incurrido el extranjero. La expulsión también se prevé como medida sustitutiva de la pena de prisión inferior a seis años o cuando, siendo superior, el extranjero haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. Esta previsión legal, incorporada al artículo 89 del Código Penal en 2003, ha sido criticada también por el Tribunal Supremo, que afirma que es asistemática y perturbadora de la legalidad penal, y que se aparta de los fines de reinserción y rehabilitación social que la Constitución española otorga a la pena.

¹⁶³ LOEX, Ley Orgánica de Extranjería.

¹⁶⁴ RELOEX, Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería

documentos análogos, cuando fueran exigibles, y siempre y cuando el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo reglamentario.

2) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.

3) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Interior, los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio.

4) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo en lo dispuesto en la presente ley.

5) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana.

El artículo 57.2 de la LOEX y el artículo 138 contemplan la posibilidad de aplicar sanción de expulsión a los extranjeros en los que concurren las siguientes circunstancias: a) Que haya sido condenado por delito doloso dentro o fuera de España; b) Que la condena impuesta por los tribunales españoles o extranjeros lo haya sido por delito doloso que en nuestro país este sancionado con pena superior a un año de privación de libertad; y c) Que los antecedentes penales por ese delito no se encuentren cancelados.

En estos supuestos, no se sustituye la condena penal por la expulsión. Es una sanción administrativa, que puede añadirse consecutivamente a la imposición de una condena penal firme a pena privativa de libertad superior a un año por conducta dolosa, de modo que cuando el extranjero termina de cumplir condena penal puede ser expulsado de España. En estos supuestos no es posible la aplicación alternativa de la sanción de multa.

El procedimiento de expulsión gubernativa, es el siguiente:¹⁶⁵

1. Inicio del procedimiento preferente de expulsión (se realiza por la Policía): Situación en la que el extranjero, se encuentra detenido, y necesariamente ha de ser asistido por Abogado, que si él no lo designa, se le designará de oficio. El período máximo de detención en esta situación es de 72 horas, dentro de esas horas, el detenido extranjero, pasará a disposición judicial, si se solicita su expulsión del territorio español.
2. Propuesta de resolución del procedimiento de expulsión: Se entrega por la Policía como órgano competente para instruir el procedimiento.
3. Contra la propuesta efectuada de resolución de expulsión, se puede (y debe) formular alegaciones en un plazo máximo de 48 horas, que se efectúa ante el mismo órgano que realizó la propuesta - Comisario - Jefe de Brigada, etc.
4. La Policía puede solicitar al Juez de Instrucción correspondiente que dicte Auto de internamiento en el CIE (Centro de Internamiento de Extranjeros) - Dependiente de la Dirección General de la Policía - Donde el detenido para expulsión puede estar retenido hasta 40 días para su expulsión del territorio español.
5. El Juez de Instrucción puede: a) Decretar el internamiento en el CIE, mediante Auto, b) No decretar su internamiento, quedando el extranjero en libertad.
6. Contra la primera medida del Juez de Instrucción - Auto decretando el internamiento en el CIE - el Abogado puede presentar los recursos correspondientes.

Si el extranjero quedara en libertad, subsistente el decreto de expulsión y si los plazos de interposición del recurso contencioso-administrativo no han prescrito, es conveniente que acuda a la vía judicial contencioso-administrativa, a fin de revocar ese decreto de expulsión o salida de España.

¹⁶⁵ Sanciones: devolución, expulsión, retorno y salida obligatoria, www.fundaciosergi.org/.../devaluacioexpulsiiretornisortidaobligatoria, consulta realizada 23 de Enero del 2014.

En ese país los extranjeros tienen como derecho fundamental la defensa, sin que en ningún caso pueda producirse una indefensión, constituyendo un elemento de la tutela efectiva, encuadrándose en los derechos de garantía, del efectivo cumplimiento y respeto, por las administraciones públicas, la autoridad gubernativa y la jurisdiccional, de tales derechos a los extranjeros.¹⁶⁶

El derecho a la defensa tal y como lo plasma su Constitución, implica los siguientes derechos accesorios:

- A la tutela efectiva de los jueces y tribunales;
- A la seguridad jurídica, y a la aplicación de las garantías que le concede la constitución.
- A utilizar todos los medios de prueba a su alcance; a obtener una defensa profesional y gratuita si no puede pagarla.
- A obtener una defensa profesional y gratuita si no puede pagarla;
- A no declarar contra sí mismo, y a no confesarse culpable;
- A un proceso público, sin dilaciones indebidas;
- A una resolución administrativa o judicial congruente y adecuadamente razonada por tanto, basada en pruebas legalmente obtenidas, y con aplicación de las leyes, en su caso vigentes, aplicándosele el principio de norma más favorable, según el caso poder defenderse y comparecer en todas las instancias del procedimiento, controlando su legalidad, y obteniendo copias y certificaciones de los procedimientos, causas o diligencias en que fuere parte, salvo durante los periodos excepcionales en que se hubiere decretado el secreto, mediante auto previo y adecuadamente razonado.

Reconoce el derecho de cualquier extranjero a la asistencia letrada de oficio tanto en todos los procedimientos en materia de asilo, como en los procedimientos administrativos o judiciales que provoquen bien la denegación de su entrada en territorio español, bien su

¹⁶⁶ APRAIZ MORENO, Fernando, *Derecho de extranjería, comentario al real decreto 155/1996 de 2 de febrero sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España*, Barcelona, José María Mosh Editor, 1998, p. 256

expulsión o salida obligatoria del mismo, es decir se prevé el derecho de los extranjeros a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles.¹⁶⁷

Ofrece la posibilidad de que los extranjeros que se encuentren en España puedan regularizar su situación a fin de poder disfrutar plenamente de las previsiones formales y materiales de aquélla

Una vez analizado el procedimiento migratorio de extranjeros en España por encontrarse de manera ilegal, nos damos cuenta que este se desarrolla con apego a un verdadero debido proceso y una tutela efectiva, garantizando seguridad jurídica a los extranjeros en su País.

4.5.1 Similitudes y diferencias del procedimiento migratorio de expulsión en España y la deportación en México.

Al analizar los procedimientos migratorios que efectúan nuestro país y España, podemos deducir las siguientes similitudes:

- En México como en España los extranjeros gozan de los derechos que brinda la Ley Suprema al igual que un nacional.
- Tanto el procedimiento de deportación en México, como la expulsión en España, se originan por la situación irregular o ilegal de un extranjero en esos países, encuadrando su conducta en las disposiciones migratorias de ambos países.
- En ambos países los procedimientos son sancionadores y la finalidad es resolver la salida de extranjeros de su país, con una resolución debidamente fundada y motivada, por una autoridad competente.
- En ambos países según sea el caso se permite la regularización de los extranjeros que se encuentran de manera irregular o ilegal, cuando se encuentren en supuestos que señale la ley de migración o extranjería.

Los efectos de la sanción de expulsión en España:

¹⁶⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. op. cit., nota 139, p. 29

1. Es un procedimiento contencioso administrativo, que se resuelve en los Tribunales, y en el cual se le asigna un abogado de oficio al extranjero para que sea su persona de confianza en el desahogo del mismo.
2. Determina la salida obligatoria del territorio español, en el plazo que establezca la resolución, que no será inferior a 72 horas.
3. Lleva aparejada la prohibición de entrar en España en un plazo que se establece con carácter proporcional a la infracción cometida, con un límite inferior de tres años y un límite superior de diez. Esta prohibición se extiende a los territorios de los Estados con los cuales España ha suscrito un acuerdo en tal sentido; y
4. Expulsión implica la extinción de cualquier autorización de permanecer en España y el archivo del procedimiento iniciado con tal objeto.¹⁶⁸

Efectos en México:

1. Después de la entrada en vigor de la Ley de Migración en México en mayo del 2011, el término de expulsión cambió a deportación, siendo este un procedimiento administrativo que se desahoga ante autoridades de la misma naturaleza.
2. Los efectos de la deportación en México, es la salida del país de un extranjero, el cual lleva consigo la restricción de reingresar al país en el plazo que señala la ley de 1 año a 10 años, excepto cuando soliciten readmisión de conformidad con lo señalado en el artículo 99 del Reglamento de la Ley de Migración.¹⁶⁹
3. En España se hace efectivo el debido proceso al tener el extranjero acceso a una defensa gratuita que lo acompaña en todas las instancias en México, en

¹⁶⁸ Jurisprudencia consolidada en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2005, 27 de enero de 2006, 31 de enero de 2006 y 10 de febrero de 2006

¹⁶⁹ Artículo 99.- Las personas extranjeras que hayan sido deportadas podrán solicitar su readmisión de conformidad con el siguiente procedimiento:

I. Llenar la solicitud de trámite correspondiente;

II. Presentar personalmente la solicitud ante la oficina consular, adjuntando los siguientes documentos:

a) Pasaporte o documento de identidad y viaje que sea válido conforme al derecho internacional;

b) En caso de contar con ella, copia del documento mediante el cual el Instituto resolvió su deportación;

c) Escrito libre en idioma español en el que manifieste la fecha y forma en que se internó al territorio nacional, las razones por las que fue deportada, los motivos por los cuales desea reingresar al territorio nacional sin cumplir con el período de restricción impuesto y su compromiso bajo protesta de decir verdad de cumplir con las obligaciones que determinan las disposiciones jurídicas aplicables, en caso de que su solicitud se resuelva en forma positiva, y

d) Los demás documentos que estime convenientes.

III. La oficina consular, a través del área correspondiente de la Secretaría de Relaciones Exteriores, remitirá al Instituto la solicitud de readmisión dentro de los cinco días hábiles siguientes al de su recepción;

IV. El Instituto emitirá resolución debidamente fundada y motivada en un plazo de sesenta días hábiles contados a partir de la recepción de la solicitud, y

V. De resultar favorable la solicitud de la persona extranjera, ésta podrá promover ante el consulado la obtención de una visa en caso de requerirla.

"El debido proceso como derecho fundamental a la luz del artículo 33 constitucional"

nuestro país hasta la fecha es letra muerta por que no existen defensorías de oficio que le den asesoría de manera gratuita a los extranjeros.

Al realizar este análisis comparativo de los procedimientos migratorios para resolver la situación migratoria de los extranjeros de nuestro país con España, deducimos que nuestro reciente sistema migratorio está en desarrollo que aún no toma la efectividad debida que brinde al extranjero seguridad jurídica, es por eso que el Estado debe tomar el compromiso de crear instituciones que se encarguen de hacer efectivos estos procedimiento brindando asesorías jurídicas gratuita, ya que, actualmente el tener la materia migratoria sin defensorías de oficio a provocado que muchos gestores lucren sin medida con los servicios migratorios, haciendo muy costoso el acceso a una debida defensa, provocando que solo algunos extranjeros puedan llegar a ella.

CONCLUSIONES

Al margen del presente trabajo de investigación, me permito hacer las siguientes conclusiones:

Primera. El debido proceso como un derecho fundamental de toda persona, es un procedimiento judicial justo, que pretende la perfección de los procedimientos evitando la arbitrariedad, que tiene en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo más trascendental es destacar su rol como una garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. Por consiguiente, es el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere grietas a una simple cobertura del derecho de la defensa en juicio.

Segunda. La internacionalización de los derechos humanos ha contribuido a complementar el catálogo de los derechos humanos establecidos en nuestra Constitución, a partir de los instrumentos internacionales suscritos en la materia, de tal modo que estos llegan incluso a ostentar un nivel de primer orden de normatividad interna, tal como sucede en nuestro país. También se ha contribuido a que los Estados finalmente dejen de considerar a los derechos como un conjunto de limitaciones al poder soberano, sino por el contrario, como facultades atribuidas al género humano en conjunto y a cada persona en lo individual, que el mismo estado reconoce y tutela al introducirlos en la ley fundamental, y los garantiza a través de los instrumentos procesales idóneos.

Tercera. Acertadamente nuestro marco constitucional y judicial con la reforma constitucional en materia de derechos humanos el 10 de junio del año 2011, ha jerarquizado constitucionalmente los derechos humanos, con esto México cumple a nivel internacional con los compromisos que adquirió en los tratados y convenciones de los que forma parte, con la finalidad de armonizar el derecho internacional consuetudinario con el derecho interno, permitiendo la efectividad del derecho convencional. Estableciendo de manera expresa que los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano posean jerarquía constitucional, además reconoce en forma expresa el principio pro persona, para la aplicación de la norma más favorable a los

afectados por la violación de los derechos fundamentales, es decir, la interna o la internacional.

Cuarta. Por último, en la presente investigación pudimos apreciar que es evidente la trascendencia de esta reforma integral en materia de derechos humanos, reconociendo a los extranjeros el acceso a un debido proceso independientemente de su calidad migratoria garantizando una protección adecuada, pretendiendo ser el medio idóneo de defensa de los derechos de los extranjeros, sin embargo, para alcanzar que este procedimiento migratorio se lleve a cabo con veracidad se necesita consolidarse de otros mecanismos que permitan la efectividad del debido proceso en materia migratoria, es decir, que el Estado prepare y capacite a las defensorías de oficio en materia migratoria, o bien cree una **Fiscalía Federal de Atención al Migrante**, la cual les brinde asesoría legal sobre su situación migratoria, previniendo con esto situaciones que vulneren sus derechos humanos, y sin duda con esto México cumpliría sus compromisos internacionales no solo con normatividad en materia migratoria y sino con la efectividad de la misma, toda vez, que el fenómeno migratorio en este país es un problema actual que trasciende velozmente afectando a los migrantes que en afán de alcanzar su sueño americano se han convertido en el blanco de delincuencia organizada vulnerando con esto su seguridad jurídica y derechos humanos, es por eso, que se tiene que actuar con instituciones sólidas que hagan efectivo el debido proceso en materia migratoria.

Bibliografía

- AMADO RIVANEIRA, Alex, "Evolución del derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, España, Agosto - Diciembre 2006. http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num18/Art.18_PDF.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional privado*, México, Editorial Porrúa, 1992.
- AYALA CORAO, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- BECERRA RAMIREZ, Manuel, *El artículo 33 constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1627/7.pdf>
- BERAUN Max y MENTARI Manuel, *Visión tridimensional del debido proceso*, www.justicia.org.pe/jvn/05/art/visiontridi.doc.
- BICHES HINOJOSA, Miguel, *Derechos y política migratoria en México*, México, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, 2011.
- Bodin Jean. *Los Seis Libros de la República*, <http://es.scribd.com/doc/49294627/Jean-Bodin-Los-seis-libros-de-la-republica>.
- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 34a. Edición, México, Porrúa, 2002.
- BUSTAMANTE, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, Lima, Ara Editores, 2001.
- BUSTAMANTE, Jorge A., *La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones.
- BUSTAMANTE, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, 2002.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La Cláusula de Interpretación conforme y el Principio Pro Persona (1º. Segundo Párrafo de la Constitución)*, México, 2011, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/6.pdf>.
- CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto, "La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, estudios básicos de derechos humanos I", San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994

- CARBONELL, Miguel, *Derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- CARBONELL, Miguel, *La Reforma constitucional en materia de Derechos Humanos: principales novedades*, México, 2012, <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>, consultada 25 de julio del 2012.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La reforma y las normas de derechos Humanos previstas en los Tratados Internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>.
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Nieto Alcalá – Zamora, Buenos Aires, Ediciones Arayu, 1955.
- CARRAL CUEVAS, Magdalena, *Derechos humanos y flujos migratorios*, México, CNDH, 2004.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, (coordinad.), *La ley de extranjería a la luz de las obligaciones en España en derechos humanos*, España, Universidad Internacional de Andalucía-AKAL, 2002, p.26.
- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH Bryan, *El acceso a la justicia, la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Trad. Mónica Miranda, México, FCE, 1996.
- CHICHIZOLA, Mario, "El debido proceso como garantía constitucional", *Revista jurídica la ley*, Buenos Aires, 1983-c, www.justiciaviva.org.pe/jvnn/05/art/visiontridi.doc.
- CHIOVENDA, José, *Instituciones de derecho procesal civil*, Trad. de E. Gómez Orbaneja, México, 1989.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan. *El Debido Proceso Constitucional*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva OC. 18/03, p. 101.
- DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Argentina, Ed. Ábaco de Rodolfo de palma, 1977.
- DE SECONDAT, Charles Louis, Barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Edición Electrónica 2010, www.laeditorialvirtual.com.ar.

Diccionario Enciclopédico Espasa Tomo 11. 8ª. Edición, Madrid, Reino de España, Editorial Espasa Calper, 1979.

DURÁN, Ribo, *Diccionario de derecho bosh*, España, Casa Ed. Barcelona, 1991.

DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derechos constitucional*, Barcelona, Editorial Ariel, 1980

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

GARCIA MORELOS, Gumesindo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, 2ª. Edición, México, Ubijus, 2009.

GARCIA MORELOS, Gumersindo. *El recurso extraordinario de exhibición de persona (hábeas corpus)*, México, Ed. Ubijus, 2009.

GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma del derecho internacional privado*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones jurídicas Europa-América, 1958.

GOMEZ LARA Cipriano, *El debido proceso como derecho humano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/17.pdf>.

GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, Octava Edición, México Harla, 1996.

GONZALEZ PEREZ, Jesús, *el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, Segunda Edición, España, Editorial Civitas, 1985,

GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *El debido Proceso en la actualidad*, www.iidpc.org/revistas/2/pdf/73_86.pdf., México.

HERRERIAS CUEVAS, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, Ubijus, México, 2011

ICTET, Jean, *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario*, Colombia, Tercer Mundo Editores, 1997.

JIMÉNEZ DE ARÉCHEGA, Eduardo, *Derecho público internacional*, Costarrica, www.derecho.uady.mx/docsenlinea/Capitulos9.pdf.

Joan Fitzpatrick, *The Human Rights of Migrants* en Aleinkoff & Chetral, Ed. *Migration and International Legal Norms* (the Hague: Aser Press, 2003).

La Jurisprudencia sobre Inconstitucionalidad de Leyes y su obligatoriedad para las autoridades administrativas, México, Suprema Corte de Justicia-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1663/12.pdf>, consultado 23 de agosto 2012

LANDA, Cesar, "Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional", *DIKE, Portal de información y opinión legal*, Perú, Pontificia Universidad Católica de Perú, www.pucp.edu.pe.

Ley de Migración, Primera edición, México, SEGOB - INM, 2011.

Litigio estratégico y deportación de Extranjeros en México, México, Editorial Sin Fronteras I.A.P, 2011, <http://es.scribd.com/doc/64223767/Mexico-Litigio-Estrategico-y-Deportacion-de-Extranjeros-en-Mexico>.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

NOWAK Jhon y ROTUNDA Ronald, *La doctrina marshall*, <http://manglar.uninorte.edu.co/bisitream/10584/1610/1/doc>.

ORTEGA MARTÍN, Eduardo, *Manual de derecho de extranjería*, 4ª Edición. Madrid: la ley (grupo Wolters Kluwer), 2010, ISBN 978-84-8126-373-2.

ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho internacional público*, México, Oxford, 2010.

PÉREZ LUÑO Antonio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004 p.

PELLANDINI, Cristina, *El derecho internacional humanitario y el ordenamiento jurídico interno*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/23.pdf>.

PINA, Rafael y CASTILLO Larrañaga, José, *Instituciones de derecho procesal*, Decima Edición, México, Porrúa, 1974.

PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alejandro, *el derecho al debido proceso en el sistema interamericano sobre derechos humanos*, Perú, Universidad Mayo de San Marcos, 2005, p. 3.

QUIROGA LEÓN, Anibal, *El debido proceso legal en Perú y el sistema interamericano de protección derechos humanos*, Lima, Jurista editores, 2003 .

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, t. II, 22ª. Ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.

REYES VERA, RAMON, *Los Derechos Humanos y la Seguridad Jurídica*, México, UNAM, 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la www.juridicas.unam.mx/publica/libre/rev/derhum/con/37/pr/pr24.

RODRIGUEZ HUERTA Gabriela, *Extranjeros y debido proceso legal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, www.juridicas.unam.mx

SAGÜES, Nestor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

SAENZ, Luis, *La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Revista Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1999.

SANCHEZ GIL, Rubén, "El derecho de acción a la justicia y el amparo mexicano", *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, enero a junio 2005, www.iidpc.org/revistas/3/pdf/287_307.pdf.

Sanciones: devolución, expulsión, retorno y salida obligatoria, España, Migrar.org www.fundaciosergi.org/.../devolucioexpulsiiretomisortidaobligatoria.

Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 157-162 primera parte, p. 305.

SOLIS CAMARA, Fernando. "México una política migratoria con sentido humanitario", México, SEGOB-INM, 1998

Tesis 1ª.J.31/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. IX, Mayo de 1999, p. 85.

Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, artículo 33 constitucional, IV, Quinta Época, materia constitucional, administrativa, p. 325.

TICONA POSTIGO, Víctor, *El debido proceso civil*, 1ra. Edición, Perú, Editorial Lima, 2003.

Páginas de internet:

Agencia de la ONU para los Refugiados ACNUR, <http://www.acnur.org/t3/>.

Comisaría General de Extranjería y Fronteras en España,
http://www.policia.es/org_central/extran_front/normativa.html.

Convención Americana de los Derechos Humanos,
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, Condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados.

Oficina del alto Comisionado para los Derechos Humanos,
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos,
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>.

Organismos Internacionales, <http://www.sre.gob.mx/paises/oi.htm>.

Organización Internacional para las Migraciones,
<http://www.iom.int/jahia/Jahia/mission/lang/es>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,
http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_pacto_dcp.pdf.