

CAPÍTULO SEXTO

ASPECTOS CONSTITUCIONALES BÁSICOS DEL DERECHO MEXICANO EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

I. NORMATIVA FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA EN LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO RELACIONADA CON EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

1. *Garantías individuales y derechos humanos*

Antes de analizar las disposiciones constitucionales relacionadas con el derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular conviene aclarar el significado del término “garantías individuales” en la Constitución de México.

El desarrollo histórico de la regulación de la materia de derechos humanos en México puede dividirse en dos etapas. La primera de ellas estuvo influenciada por el pensamiento de corte liberal francés y norteamericano. Esta etapa encuentra su ejemplo clásico en los debates y artículos incorporados a la Constitución de 1857; también, aunque de manera menos clara, en las Constituciones de 1824, 1842 y el Estatuto Orgánico de 1856.⁶⁰⁴ La segunda etapa se inicia con una nueva concepción de la persona frente al poder, en su entorno social y económico.⁶⁰⁵ Ejemplo de dicha etapa lo ubicamos en la reforma de la Constitución de 1857 en 1917, la cual rompió con los esquemas jurídicos tradicionales del siglo XIX, al

⁶⁰⁴ Herrera y Lasso, Manuel, *Estudios constitucionales*, México, Polis, 1940, pp. 234 y ss.

⁶⁰⁵ Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1998, pp. 149 y ss.

unir a las partes dogmática y orgánica, una parte nueva correspondiente a las garantías sociales.⁶⁰⁶

La Constitución de 1857, al referirse a los derechos humanos, utilizó el término “derechos del hombre”. En cambio, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que reforma la de 1857, se utiliza el término de “garantías individuales”.⁶⁰⁷ Ramón Rodríguez, al referirse a esos derechos, señaló:

Estas condiciones que el pueblo impone a los individuos en quienes deposita el ejercicio del poder social, estas limitaciones en sus facultades, estas restricciones en el uso de ellas son las que real y verdaderamente merecen el nombre de garantías, porque ellas son las que real y verdaderamente merecen el nombre de garantía, porque ellas son las que aseguran que los delegados del pueblo ejerzan solamente las facultades que éste les concede, y las ejercerán en el modo y términos como se les hace concesión.

Tales garantías toman el nombre de individuales porque su objeto es asegurar a cada individuo que los funcionarios públicos no ejercerán respecto de él más facultades que las que expresamente se les ha concedido.⁶⁰⁸

En diversos casos sometidos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el incumplimiento de México de la Convención Americana de Derechos Humanos,⁶⁰⁹ el gobierno de México argumentó que el término “garantías individuales” alude a los derechos contemplados en los 29 primeros artículos de la Constitución, y “derechos humanos”, a los derechos regulados en los tratados. De conformidad con dicha argumentación, en el primer caso existe la obligación tanto de las autoridades como del propio Estado, de garantizar el goce y ejercicio de las garantías; en cambio, en el segundo supuesto no existe la obligación de garantizar de manera efectiva el ejercicio de aquellos derechos humanos que no se ubican en los 29 primeros artículos de la Constitución. Como respuesta

⁶⁰⁶ Herrera Lasso, Manuel, *op. cit.*, nota 604, pp. 243 y ss.

⁶⁰⁷ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford University Press, 1999, p. 57.

⁶⁰⁸ Herrera y Lasso, Manuel, *op. cit.*, nota 604, p. 244.

⁶⁰⁹ Informe núm. 01/90 casos 9768, 9780 y 9828 (México), del 17 de mayo de 1990. Informe núm. 8/91 caso 10.180 (México), 22 de febrero de 1991. Informe núm. 14/93, caso 10.956 (México) del 7 de octubre de 1993. Informe núm. 9/98 caso 11.537 (México), 3 de marzo de 1998.

a dicha argumentación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 14/93, del 7 de octubre de 1993, puntualizó:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos estima oportuno reiterar al Gobierno de México su deber de adoptar las disposiciones de derecho interno, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales, a fin de asegurar el ejercicio pleno de los derechos políticos, en particular, en relación con la idoneidad de los recursos previstos por la legislación interna, a fin de que los ciudadanos de ese país puedan contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos, despojados de rigorismos innecesarios que afecten la eficacia, en la protección de todos los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin distinción alguna. Reiterar asimismo respecto a la conformación de órganos electorales, la importancia que para las democracias representativas tiene el hecho de que las condiciones generales en que se desarrollen los procesos electorales garanticen a todas las agrupaciones que participan en ellos una situación equivalente.⁶¹⁰

Hoy no cabe sostener con base en la utilización de los términos “garantía” o “derecho humano” o en razón de la ubicación del derecho en la Constitución, que la obligación interna e internacional del Estado mexicano de garantizar de manera efectiva el goce de dichos derechos se modifica. Las autoridades mexicanas se encuentran obligadas a realizar todas las medidas necesarias para garantizar el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos regulados en los tratados ratificados por México y en las declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos.⁶¹¹

Los términos “garantías individuales” o “derechos humanos” son términos equivalentes en el sistema jurídico mexicano. Aunque la Constitución no haga referencia a determinados derechos humanos regulados en los tratados ratificados por México, el instrumento internacional se incorpora al sistema jurídico mexicano de conformidad con el artículo 133 constitucional, ampliando con dicha incorporación las garantías individuales reconocidas por la misma. Acorde con esta interpretación, el

⁶¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 14/93, caso 10.956, México, del 7 de octubre de 1993, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III/mexico10.956.htm>.

⁶¹¹ O’Donnel, Daniel, *Protección de los derechos humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Fundación Friedrich Naumann, 1988, pp. 43 y ss.

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, en su sentencia del 20 de octubre de 2004, señaló:

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.

El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y por el contrario, a la norma o la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme el artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.⁶¹²

2. Titularidad de los derechos humanos en México

Un principio toral de la Constitución de México es el garantizar a toda persona los derechos regulados en el capítulo I de la norma suprema. Por tanto, la titularidad de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano se centra en la persona, sin importar su nacionalidad, sexo, creencias religiosas, raza, etcétera. Cabe precisar que de algunos de los derechos del capítulo de garantías individuales el ejercicio se encuentra limitado por la propia norma constitucional; por ejemplo, el derecho de asociación, regulado en el artículo 9o. constitucional, su ejercicio con fines políticos es permitido únicamente a los nacionales.

Las garantías individuales o derechos humanos de que es titular toda persona constituyen el estándar mínimo de derechos que se encuentran obligadas a respetar las autoridades mexicanas, conforme a la Constitución y las normas de derecho internacional. De ahí que se señale en el artículo 1o.: “no podrán restringirse, ni suspenderse las garantías individuales” y goza de ellas “todo individuo que se encuentre en territorio na-

⁶¹² Tesis 1.4º.A.441, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 2385.

cional”. Dicho estándar mínimo puede ampliarse mediante ley, o tratado, con fundamento en los artículos 1o. y 15 de la Constitución de México.⁶¹³

En términos generales, puede decirse que los derechos protegidos por los tratados son de mayor amplitud a los concedidos por la Constitución; en tales casos debe resolverse qué preceptos de los tratados están de acuerdo con la Constitución, los cuales formarán parte de la ley suprema del país, de conformidad con el artículo 133, CPEUM. Si se oponen a la ella, la disposición específica del tratado contraria a la Constitución no tendría eficacia interna, aunque por dicha situación se generaría responsabilidad internacional.⁶¹⁴ Confirman la anterior conclusión diversas sentencias, que han puntualizado que nada impide que las garantías individuales puedan ampliarse mediante ley o tratado.⁶¹⁵ Una de ellas, del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, del 21 de abril de 2004, precisa:

TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES: Conforme al artículo 133 constitucional, la propia Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la república, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Ahora bien, cuando los tratados internacionales reglamentan y amplían los derechos fundamentales tutelados por la Carta Magna, deben aplicarse sobre las leyes federales que no lo hacen, máxime cuando otras leyes también federales, los complementan.⁶¹⁶

⁶¹³ Vázquez Pando, Fernando Alejandro, “Algunas reflexiones sobre la Constitución mexicana, a la luz de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos en que México es parte”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 11, 1987, pp. 525 y ss.

⁶¹⁴ Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, 3a. ed., México, Oxford University Press, 2003.

⁶¹⁵ Tesis 180431, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, 21 de abril de 2004, p. 1923.

⁶¹⁶ Tesis I.4°.A.440 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, 21 de abril de 2004, p. 1896.

3. *El derecho a la igualdad y no discriminación*

El artículo 1o. CPEUM, establece la obligación de las autoridades, de no discriminar por motivos de nacionalidad, razón, sexo, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La Suprema Corte, al analizar dicho derecho, precisó los siguientes límites al derecho de igualdad:

IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, razón, sexo, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio, ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica⁶¹⁷

Uno de los grupos más vulnerables de la sociedad lo constituye sin lugar a dudas el sector de los inmigrantes en situación irregular. Una medi-

⁶¹⁷ Tesis 1a C/2001, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, diciembre de 2001, p. 192.

da adecuada para asegurar su protección es evitar la posibilidad de tratos discriminatorios, discrecionales, diferenciados o no razonables, para lo cual se requiere que el estatus migratorio no pueda ser causa de la limitación de ningún derecho, los extranjeros, gocen o no de legal estancia, no deben verse afectados en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Dentro de los inmigrantes en situación irregular ubicamos a los migrantes indígenas, los cuales requieren de una protección adicional por su extrema vulnerabilidad. Por tal motivo, contempla la sección B del artículo 2o., CPEUM, una serie de medidas que deberán promover las autoridades federales, locales y municipales, para paliar la ancestral discriminación y marginación de los pueblos indígenas. En particular, la fracción VIII alude de manera específica a la obligación de proteger a los migrantes de los pueblos indígenas y de garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas, así como sus derechos humanos. Desgraciadamente, el artículo 2o., no estableció un recurso sumario para garantizar los derechos colectivos de dichos pueblos indígenas. El amparo es un recurso que no los legitima para acudir a dicho mecanismo de protección.

La siguiente sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral alude a las dificultades que en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia padecen los indígenas:

PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES DEBE HACERSE DE LA FORMA QUE LES SEA MÁS FAVORABLE. Las normas procesales, especialmente aquellas que imponen determinadas cargas, deben interpretarse de la forma que resulte más favorable a las comunidades indígenas. Así se considera si se toma en cuenta que, por una parte el artículo 4o., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza a los pueblos indígenas, el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado, y por otra, que el legislador ha establecido diversos procedimientos tuitivos o tutelares, en los que primordialmente se atiende a la necesidad de establecer protecciones jurídicas especiales a favor de las comunidades indígenas y de los propios sujetos que las conforman, por sus particulares condiciones de desigualdad, facilitándoles el acceso a la tutela judicial para que ésta sea efectiva, mediante el establecimiento de plazos más largos, entre otras situaciones más benéficas, supuesto en el que se encuentran las comunidades indígenas. De esta manera, no se debe colocar a los integrantes de los pueblos indígenas en un verdadero y franco estado de indefensión, al exigirles la satisfacción o cumplimiento de cargas procesales que sean irracionales de acuerdo con

su circunstancia de desventaja ampliamente reconocida por el legislador en diversos ordenamientos legales. Además, no debe perderse de vista que los medios procesales encaminados a la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, igualmente poseen la característica de ser procesos tuitivos o tutelares de estos, con formalidades especiales para su adecuada protección.⁶¹⁸

En esta sentencia reconoce la Sala Superior del Tribunal Electoral, las condiciones de desigualdad en las que se encuentran los pueblos indígenas, razón por la cual señala que se debe buscar para garantizar una tutela judicial efectiva, y asegurar las condiciones más beneficiosas posibles en razón de las condiciones de desventaja en las que viven. En estos casos de lacerante marginalización, es indispensable garantizar el acceso a la justicia efectiva, mediante la efectiva garantía del derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando se carece de recursos. Si en cualquier circunstancia que se carezca de recursos es indispensable garantizar este derecho, en el caso del derecho de acceso a la justicia de los indígenas es una necesidad prioritaria.

4. La libertad de circulación y de residencia

De conformidad con el artículo 11, CPEUM,⁶¹⁹ el derecho de libre tránsito de los extranjeros sólo puede limitarse mediante ley. Dicha libertad abarca la de entrar al país o salir de él, o desplazarse por territorio nacional. También regula el derecho de circular libremente y de residencia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 12 señala:

⁶¹⁸ Tesis S3EL/ 047/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, Sala Superior, Tribunal Federal Electoral, SUP-JDC-037/99, 10 de febrero de 2000.

⁶¹⁹ “Artículo 11. Todo hombre tiene derecho a entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar su 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 en el país”.

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso el propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

Vinculada con dicha disposición ubicamos la observación general 27, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que precisa con mayor detalle las obligaciones de los Estados parte con base en dicha disposición. En primer lugar, señala la observación que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacional, aunque es una materia que se ubica dentro del ámbito interno de regulación de los Estados, el ejercicio de dicha facultad se encuentra sujeto al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados. Puntualiza que la situación de ilegalidad de un extranjero puede ser convalidada, y si es así ya no puede ser considerada irregular; por tal motivo, “se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 del Pacto”.⁶²⁰

La observación precisa que cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12 debe ser cuidadosamente circunstanciado, y los Estados, en los informes que rindan al Comité, deben justificar esas diferencias de trato. Cualquier diferencia de trato es considerada sospechosa, y la carga de la prueba recae sobre el Estado que la aplica. En el caso de los Estados federales, la obligación de garantizar los derechos de libre tránsito y circulación abarca a todas las entidades federativas, con el propósito de que las personas puedan desplazarse por todo el territorio

⁶²⁰ Observación general 27, aprobada en el 67o. periodo de sesiones del Comité en 1999, párrafo 4.

de los mismos y ejercer su derecho de libre circulación sin sufrir vulneraciones a sus derechos por actos de las autoridades federales o locales.

El Comité, en su observación, detalla las conductas que las autoridades estatales realizan, y que claramente se identificaban como contrarias al artículo 12 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Señala entre otras las siguientes:

- a) La negativa al solicitante de acceso a las autoridades competentes.
- b) El impedir el conocimiento de los requisitos necesarios para ejercer los derechos contenidos en el artículo 12 del Pacto.
- c) La exigencia de formularios especiales para obtener los documentos oficiales de solicitud de pasaporte.
- d) La exigencia de certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo a la solicitud.
- e) La exigencia de la descripción exacta del itinerario.
- f) La expedición de pasaportes condicionada al previo pago de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración.
- g) Las demoras injustificadas en la expedición de los documentos de viaje.
- h) Las restricciones a que se viajen juntos miembros de la familia.
- i) El requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él.
- j) El hostigamiento de los solicitantes; por ejemplo, a través de intimidación física, detención, pérdida de empleo o expulsión de los hijos de la escuela o universidad.

Otras obligaciones del Estado mexicano, con relación al derecho de libertad de tránsito y circulación, la ubicamos en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual establece en su artículo 9o., que los Estados parte velarán para que “el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad”, y en el artículo 10, de manera clara, se especifica:

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados partes al tenor de lo dispuesto en el párrafo 1, del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o sus padres para entrar en un Estado Parte, o para salir de él a los efectos de reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de ma-

nera positiva, humanitaria y expedita. Los Estados garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traiga consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin... los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.⁶²¹

Desgraciadamente, las autoridades administrativas mexicanas involucradas en los asuntos migratorios realizan sus actividades al margen de la legalidad y con absoluta impunidad, vulnerando el derecho contemplado en el artículo 11 constitucional y diversos derechos contemplados en los tratados en materia de derechos humanos ratificados por México, generando con su actuación la responsabilidad del Estado mexicano, al incumplir diversas obligaciones internacionales que adquirió a raíz de la celebración de diversos instrumentos.

Atestigua la anterior afirmación la Comisión Nacional de los Derechos Humanos,⁶²² que detectó que en la detención y aseguramiento de las personas indocumentadas participan miembros de instituciones que no tienen competencia en asuntos migratorios, como los miembros del ejército y armada de México, a pesar de que el Reglamento de la Ley General de Población, en su artículo 100, dispone que “en los lugares no autorizados para el tránsito internacional, la Secretaría (de Gobernación) ejercerá vigilancia que considere necesaria”.⁶²³

⁶²¹ Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre 1990. Ratificación de México: 21 de septiembre de 1990; publicada en el *DOF* del 25 de enero de 1991.

⁶²² Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Migración, transición democrática y derechos humanos*, fascículo 6, México, 2004, p. 33.

⁶²³ Reglamento de la Ley General de Población (RLGP), publicado en el *DOF* del 12 de septiembre de 1996.

De acuerdo con el informe de los visitadores adjuntos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos,⁶²⁴ cada una de las dependencias que detienen a personas indocumentadas trabaja por su cuenta y sin la coordinación del Instituto Nacional de Migración. Las autoridades que aseguran a los extranjeros decomisan o destruyen los documentos de viaje bajo el argumento de que portan visas falsas, a pesar de que éstas se otorgaron por la embajada de México en su país. También les roban sus pocas pertenencias, los extorsionan o violan a las mujeres.⁶²⁵

5. Estatus de los extranjeros en México

Los antecedentes del artículo 33 constitucional evidencian que el Constituyente de 1917 pretendió en dicha disposición, establecer los derechos y obligaciones de los extranjeros en México. Sin embargo, por una fragmentación del texto original, una parte sustancial relativa al sometimiento de los extranjeros a los tribunales nacionales se eliminó. Así, el artículo 33 de la Constitución federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, que en el Proyecto de dicha Constitución correspondía al artículo 38, señalaba:

Art. 38. Son extranjeros los que no poseen las calidades determinadas en la sección precedente. Tienen derecho á las garantías otorgadas en la sección primera del Título Primero de la presente Constitución y á las que resulten clara y evidentemente de los tratados celebrados con sus respectivas naciones. Tienen obligación de respetar las instituciones, leyes y autoridades del país, sujetarse á los fallos y sentencias de los tribunales, sin poder intentar otros recursos que los que las leyes conceden á los mexicanos. Nunca podrán intentar reclamación contra la nación, sino cuando el gobierno ú otra autoridad federal, les impida demandar sus derechos en la forma legal, ó embarace la ejecución de una sentencia pronunciada conforme á las leyes del país⁶²⁶ (*sic*).

⁶²⁴ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Migración, transición democrática y derechos humanos*, fascículo 6, México, 2004, p. 34.

⁶²⁵ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Migración, transición democrática y derechos humanos*, fascículo 6, México, 2004, pp. 30, 31 y 32.

⁶²⁶ Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente 1856 y 1857. Extracto de todas sus sesiones y documentos parlamentarios de la época*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1857, t. I, p. 472.

El párrafo del dictamen de la Comisión establecía:

En el artículo relativo á los súbditos extranjeros, se expresa claramente que tienen derecho á las garantías otorgadas por la Constitución, y se reconocen las que resultan clara y evidentemente de los tratados, se les impone la obligación de respetar las leyes y autoridades del país, y de someterse á los fallos de los tribunales, sin poder intentar otros recursos que los concedidos legalmente á los mexicanos. Ni emprender reclamaciones sino en los casos determinados en el derecho de gentes. Por culpa nuestra, ó por la ajena, por nuestra debilidad ó por la ley de la fuerza, lo cual no discutirá la Comisión porque no es oportuno, ha sido á veces tan escandaloso el abuso que se ha hecho de los llamados derechos de extranjería, y tantas las injustas ventajas, que, por lauda en su naturaleza y precisos límites se han logrado, que es muy digno este punto de fijar la atención del Congreso Constituyente, como ha fijado la de jurisconsultos muy notables de la República y aun de otros países. La Comisión se conforma con hacer estas ligeras indicaciones, y confía en que los legisladores nacionales las tomarán en consideración, y resolverán lo que les dicte su sabiduría (*sic*).⁶²⁷

El texto aprobado pasó como artículo 33 de la Constitución de 1857, el cual literalmente disponía:⁶²⁸

Art. 33. Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el art. 30. Tienen derecho á las garantías otorgadas en la Sección 1a. de la presente Constitución, salvo en todo caso la facultad que el gobierno tiene para expeler al extranjero pernicioso. Tienen obligación de contribuir para los gastos públicos de la manera que dispongan las leyes y de obedecer y respetar las instituciones, leyes y autoridades del país, sujetándose á los fallos y sentencias de los tribunales sin poder intentar otros recursos que los que las leyes conceden á los mexicanos (*sic*).⁶²⁹

El texto del proyecto en la parte relativa no hacía referencia a la obligación de contribuir a los gastos públicos, la cual se incluyó a propuesta de Zarco. Salvo lo anterior, el texto relevante fue aprobado en la sesión del 29 de agosto de 1856 sin discusión alguna.⁶³⁰ El proyecto de Cons-

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 452.

⁶²⁸ Se sigue la versión de *Constituciones de México*, edición facsimilar, México, Secretaría de Gobernación, 1957.

⁶²⁹ Zarco, Francisco, *op. cit.*, nota 626, t. II, p. 238.

⁶³⁰ *Idem*.

titución presentado por Venustiano Carranza del artículo 33 literalmente establecía:⁶³¹

Artículo 33. Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga la sección 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 la necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Las determinaciones que el Ejecutivo dictare en uso de esta facultad, no tendrán recurso alguno. Los extranjeros no podrán, de ninguna manera, inmiscuirse en los asuntos políticos del país. Tampoco podrán adquirir en él bienes raíces, si no manifiestan antes, ante la Secretaría de Relaciones, que renuncian su calidad de extranjeros y a la protección de sus Gobiernos en todo lo que a dichos bienes se refiere, quedando enteramente sujetos, respecto de ellos, a las leyes y autoridades de la nación.⁶³²

En el informe con el cual entregó el proyecto Venustiano Carranza no hizo referencia alguna a las razones por las cuales se proponía la reforma del artículo 33 de la Constitución de 1857.⁶³³ El proyecto carrancista separaba por un lado lo que se refiere a la llamada Cláusula Calvo, y por otra el principio general de igualdad entre nacionales y extranjeros. El dictamen relativo al proyecto de artículo 33 fue leído en la 48a. sesión ordinaria del Congreso, y de la misma guardan relación con el tema los dos primeros párrafos, los cuales señalan literalmente:

La primera parte del artículo 33 del proyecto de Constitución es substancialmente igual a la del artículo del mismo número de la Constitución de 1857; el segundo párrafo del proyecto es el que se ha modificado totalmente. La declaratoria que contenía el proyecto constitucional anterior, de que los extranjeros estarán obligados a contribuir a los gastos públicos, a respetar las instituciones y leyes del país y a sujetarse a los fallos de los tribunales, puede suprimirse, en nuestro concepto, pues basta expresar que los

⁶³¹ *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, publicado bajo la dirección de Fernando Romero García, Oficial Mayor de dicho Congreso, versión taquigráfica revisada por el C. Joaquín Z. Valadez, México, D. F., Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922, t. I, núm. 19, pp. 349 y 350.

⁶³² *Idem*.

⁶³³ El informe puede verse en el *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, cit., nota 631, pp. 260 y ss.

extranjeros disfrutarán de las garantías individuales, para comprender que quedarán sujetos a las obligaciones correlativas; y por otra parte, la declaración relativa a este punto viene al final del artículo del proyecto como consecuencia natural de la renuncia que se impone a los extranjeros como condición indispensable para que puedan adquirir bienes en la República.

La conveniencia de esta condición está demostrada por la práctica ya que se ha visto que los beneficios que podría haber reportado la Nación por la afluencia del capital, de empresarios y trabajadores extranjeros, han sido nulificados por las exigencias y reclamaciones que éstos se han creído autorizados a formular bajo la protección de sus gobiernos, en cuanto han juzgado, con razón o sin ella, lesionados sus intereses. Semejante actitud de los extranjeros tomó incremento merced a la complacencia del Gobierno dictatorial, que siempre estuvo dominado por temor de suscitar algún conflicto internacional, resultando de aquí que la situación de los extranjeros en el país fue irrisoriamente privilegiada. Creemos que la adición que contiene el artículo 33 restablecerá los fueros de la Justicia a este respecto, dejando en condiciones iguales a los nacionales y a los extranjeros; solamente nos parece conveniente prohibir también que los extranjeros denuncien minas o productos del subsuelo sin que renuncien a su calidad de tales, adhesión que se justifica por las mismas razones expuestas antes.⁶³⁴

Con posterioridad, el artículo 33 se discutió en la 59a. sesión ordinaria,⁶³⁵ y a moción del diputado Pastrana Jaimes se aprobó suspender la discusión relativa a la renuncia de la protección diplomática para cuando se discutiera el artículo 27.⁶³⁶

De los antecedentes de la disposición se deduce que en el Constituyente de 1917 se decidió eliminar la parte relativa a la igualdad de derechos y obligaciones de nacionales y extranjeros, así como la mención de la sujeción a los tribunales nacionales, bajo el argumento de que no era necesario establecerlo en razón del contenido del artículo 1o. constitucional, que otorgaba las mismas garantías individuales a nacionales y extranjeros, motivo por el cual argumentaron los constituyentes que si se parte de la igualdad de derechos, se deduce la igualdad de obligaciones, situación que hoy afecta gravemente a los inmigrantes en situación irregular, ya que al eliminar dicha parte de la disposición se privó del derecho y obligación de los extranjeros de someterse a los tribunales nacionales, con la

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 421.

⁶³⁵ *Ibidem*, pp. 628 y 629.

⁶³⁶ *Ibidem*, pp. 630 y 632.

agravante de que pueden ser privados de sus derechos sin gozar del derecho de acceso a la justicia en el caso de que el Ejecutivo ejerza la facultad de expulsión regulada en el citado artículo 33 de la CPEUM.

El artículo 33 constitucional vigente dispone:

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.

La aplicación de la disposición constitucional antes citada ha dado origen a un régimen incierto y discrecional. En algunas ocasiones a los extranjeros se les expulsa sin que se les permita ejercer el derecho fundamental de acceso a la justicia; en otras, tienen acceso a los recursos judiciales o administrativos, como puede observarse en los criterios contenidos en tesis y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La actual redacción del artículo 33 de la CPEUM es contraria a los artículos 2o., 8o., 22 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 2o. y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicha disposición debería modificarse para ajustarla a los instrumentos internacionales obligatorios para México.

II. BASES CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES RELACIONADAS CON EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

1. *Igualdad ante la ley y el acceso a los tribunales*

El artículo 13⁶³⁷ de la Constitución de México regula el derecho de sujeción a la misma ley y a no ser juzgado por tribunales especiales. Con

⁶³⁷ “Artículo 13: Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar de más emolumentos que los que sean compensación de sus servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre

relación a esta disposición, ha señalado el Poder Judicial Federal que las personas que se encuentran en una misma situación deben recibir el mismo trato, siempre y cuando se ubiquen en el terreno de la legalidad; es decir, no existe un derecho a la igualdad dentro de la ilegalidad, argumentación jurídica con base en la cual se puede privar de dicho derecho al inmigrante ilegal. Señala la jurisprudencia:

La garantía de igualdad establecida en el artículo 13 constitucional estriba en que se aplique la ley a todos los casos que se encuentran comprendidos dentro de la hipótesis normativa, sin distinción de personas, lo cual no tiene el alcance de que se otorgue a todos los que lo soliciten, el mismo beneficio que indebidamente se le haya dado a alguien, si no procede de conformidad con la ley aun cuando su situación es la misma.⁶³⁸

No debe limitarse a ninguna persona el goce del derecho de acceso a la justicia con base en la argumentación de que sólo gozan de dichos derechos los que se ubiquen en el ámbito de legalidad.⁶³⁹ Dicha interpretación resulta contraria a los artículos 2o. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y 1o. de la Convención Americana de Derechos Humanos. El limitar o impedir el goce y disfrute del derecho regulado en el artículo 13 a los inmigrantes en situación irregular genera responsabilidad internacional por el incumplimiento de obligaciones internacionales contenidas básicamente en el PIDCP y la CADH.

El artículo 2o. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos puntualiza:

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 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.

personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano conocerá el caso la autoridad civil que corresponda”.

⁶³⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VI, segunda parte, p. 357.

⁶³⁹ El artículo de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mencionan los derechos que no pueden derogarse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia. Dichas disposiciones aluden a normas de *ius cogens*.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.
3. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
 - a) Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
 - b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades del recurso judicial;
 - c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.⁶⁴⁰

Las disposiciones constitucionales, de conformidad con los instrumentos internacionales obligatorios para México, deben interpretarse sujetos al principio *pro homine*, contenido en los artículos 29 de la CADH y 5o. del PIDCP. Además, una labor de interpretación adecuada exigiría someterse a la jurisprudencia de la CIDH. La sentencia 623/2008, del 23 del octubre de 2008, del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, se refiere a dicha interpretación como una posibilidad, en los siguientes términos:

Una vez incorporados a la ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional

⁶⁴⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200a. (XXI) del 16 de diciembre de 1966). Entrada en vigor: 3 de enero de 1976; adhesión de México: 23 de marzo de 1981; publicado en el *DOF* el 12 de mayo de 1981.

como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos.⁶⁴¹

Con fundamento en las normas de interpretación obligatorias para México, la determinación de los derechos que corresponden a los inmigrantes en situación irregular debe ajustarse entre otras disposiciones, al primer párrafo del artículo 1o. constitucional; 8o., 22, 24 y 25 de la CADH; 5o., 14, 16, 26 y 27 del PIDCP, las cuales exigen el reconocimiento de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad a dichos inmigrantes.

2. *La no aplicación retroactiva de la ley, la garantía de audiencia y el principio de legalidad en los procesos penales*

El artículo 14 constitucional⁶⁴² alude a la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio del gobernado, el derecho de audiencia y la garantía de legalidad. El ministro Juventino V. Castro,⁶⁴³ al analizar los antecedentes del artículo 14, precisa “que en el artículo 14 de la Constitución de 1857 aparecía como obligación a cargo de las autoridades el no juzgar, ni sentenciar sino por leyes” exactamente aplicadas al caso por un Tribunal que previamente se haya establecido la ley”. En la Constitución de 1917 se agregaron dos nuevos párrafos: el tercero y cuarto, con la finalidad de reforzar en el texto de la disposición la garantía de la exacta aplicación de la ley.

El derecho de la exacta aplicación de la ley conforme al artículo 14 es exigible en primer término en el ámbito penal, para evitar que se impon-

⁶⁴¹ Tesis 1.7oC.51K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, 23 de octubre de 2008, p. 1052.

⁶⁴² “Artículo 14: A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales de derecho”.

⁶⁴³ Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, México, Porrúa, 2000, p. 276.

gan penas que no resulten aplicables exactamente al caso concreto previstas previamente en ley. De esta forma, se prohíbe para la imposición de la pena, recurrir a la analogía o al principio de mayoría de razón. Esta garantía expresa el principio universal en materia penal, *nullum crimen nulla poena sine lege*, que prohíbe la creación *extra legem* de delitos y penas por el juez. En los párrafos cuarto y último se extiende la garantía de la exacta aplicación de la ley a los juicios de orden civil. En dichos procesos no sólo se sujeta la sentencia a lo señalado en la ley, sino que permite acudir a los principios generales de derecho a falta de ley específica.

Por lo que se refiere al principio de la irretroactividad de las leyes, en la Constitución de 1857 la disposición prohibía la expedición de leyes retroactivas. El Constituyente de 1917 incluyó el principio enfocado más que a la expedición de leyes a la cuestión de la aplicación, de tal suerte que prohíbe la aplicación retroactiva de leyes. Aunque la retroactividad legal se plantea en la doctrina⁶⁴⁴ como un conflicto de leyes en el tiempo, representa por sus infinitas variantes uno de los problemas más complejos por resolver, que exige por parte de los jueces una debida interpretación y aplicación, para no vulnerar la garantía individual de no aplicar la ley en perjuicio de la persona.

La tercera garantía del artículo 14, CPEUM, está referida a la prohibición de privar a los gobernados de ninguno de sus derechos fundamentales o derechos de propiedad o posesión sin que previamente se siga un juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento (debido proceso legal), ante tribunales previamente establecidos conforme a leyes vigentes.

En relación con el derecho de audiencia, el ministro Juventino V. Castro enfatiza

que por justicia y por economía procesal debería escucharse previamente a la persona antes de que la autoridad decrete una privación de derechos o realice actos que afecten garantías individuales independientemente del otorgamiento de recursos que permitan combatir en vía ordinaria las determinaciones, ya que, el artículo 14 constitucional en los términos aquí estudiados, establece obligatoriamente que nadie puede ser privado de sus

⁶⁴⁴ Martínez Bullé-Goyri, Víctor, “Las garantías individuales en la Constitución mexicana de 1917”, *Estudios jurídicos en torno a la Constitución de mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992, p. 18.

derechos sino al satisfacer determinados requisitos que constituyen precisamente la audiencia.⁶⁴⁵

En muchas ocasiones las autoridades, a sabiendas de que se vulnera un derecho fundamental, no conceden el derecho de audiencia de manera previa a la privación del derecho, porque muchos de los gobernados, al no contar con asistencia jurídica gratuita de un letrado, se ven imposibilitados de ejercer su derecho de acceso a la justicia.

Cabe puntualizar que de conformidad con el texto del párrafo segundo del artículo 14, puede llegarse a la conclusión de que la garantía de audiencia resulta aplicable únicamente en los casos de privaciones de derechos en la vía judicial, y no así los de carácter administrativo. Sin embargo, la garantía constitucional se extiende a los casos de privaciones originadas por actos de la administración pública, situación de especial relevancia para el caso de los inmigrantes en situación irregular. Señala la tesis:

Actos administrativos, orden y revocación de garantías de audiencia, fundamentación y motivación. Dentro de nuestro sistema constitucional no basta que la autoridad tenga atribuciones para dictar alguna determinación, para que ésta se considere legal e imperiosamente obedecida, máxime cuando tal determinación es revocatoria de otra anterior otorgada a favor de un individuo. Los artículos 14 y 16 de la Constitución General de la República imponen a todas las autoridades del país la obligación de oír la defensa a los posibles afectados con tales determinaciones, así como la de que éstas, al pronunciarse, se encuentren debidamente fundadas y motivadas.⁶⁴⁶

Una de las excepciones a la garantía de audiencia establecidas en el texto de la Constitución se encuentra regulada en el artículo 33 constitucional, que faculta al presidente de la República a decretar sin derecho de previa audiencia la expulsión de extranjeros. Resulta evidente que mantener dicha disposición en la Constitución origina la responsabilidad internacional del gobierno de México por el incumplimiento de su obligación de otorgar el derecho de audiencia a los extranjeros con todas las garantías que exige la Convención Americana de Derechos Humanos. México ratificó la Convención Americana hace más de 27, años y de con-

⁶⁴⁵ Castro, Juventino V., *op. cit.*, nota 643, p. 270.

⁶⁴⁶ Jurisprudencia del Poder Judicial Federal, *Apéndice de 1995*, t. III, p. 6.

formidad con el artículo 2o. de la CADH debió ajustar su ordenamiento jurídico para garantizar de manera efectiva los derechos humanos contemplados en la misma.

A pesar de lo señalado, recientemente la Suprema Corte se pronunció por continuar vulnerando el derecho de audiencia, y, con ello, no garantizar el derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular, como puede apreciarse en la siguiente tesis:

EXTRANJEROS. LOS ARTÍCULOS 37 Y 60 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN, Y 106 Y 139 DE SU REGLAMENTO, NO VIOLAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.

La citada garantía, contenida en el artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, implica que se dé al gobernado la oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga así como de ofrecer y desahogar pruebas dentro de los procedimientos en los que se ven involucrados sus derechos adquiridos. En congruencia con lo anterior, los artículos 37 y 60 de la Ley General de Población, y 106 y 139 de su Reglamento, al establecer que la Secretaría de Gobernación puede negar a los extranjeros la entrada al país o el cambio de calidad o característica migratoria, entre otros motivos, cuando estime que se infringió la ley, su Reglamento u otras disposiciones administrativas aplicables en la materia, así como que para que un extranjero pueda ejercer otras actividades, además de aquellas que le hayan sido expresamente autorizadas, requiere permiso de la Secretaría, no violan la garantía de audiencia, porque el cambio de calidad migratoria corresponde a una expectativa de derecho y no a un derecho adquirido, sobre el cual es improcedente otorgar aquélla.⁶⁴⁷

3. El principio de legalidad y la debida motivación de todo acto de autoridad

El derecho fundamental a la legalidad se encuentra regulado en el artículo 16 de la CPEUM. Dicha disposición exige que en caso de molestias a los derechos enunciados se funden las actuaciones judiciales o administrativas en ley y se realicen por autoridades competentes. Señala

⁶⁴⁷ Tesis 1a XC/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, septiembre de 2008, p. 206.

el ministro Juventino V. Castro⁶⁴⁸ que esta disposición tiene su origen en el Constituyente de 1857, el cual tenía únicamente en mente las actuaciones penales; sin embargo, mediante las interpretaciones jurisprudenciales se ha extendido a cualquier acto de autoridad.

El presidente de la Suprema Corte, José María Iglesias, en 1874,⁶⁴⁹ estableció la tesis de que “toda autoridad ilegítima es originariamente incompetente y que por tanto el mandato señalado como acto reclamado en el amparo no estaba dictado por autoridad competente, tal como lo exige el artículo 16 constitucional”. Basaba su conclusión en el razonamiento de que la competencia de una autoridad equivale lógica y jurídicamente a su legitimidad.

Dicha tesis se mantiene hasta que el ministro Ignacio Vallarta distingue la competencia de origen de la competencia derivada, que es a la que alude el artículo 16 constitucional, tesis que hasta la fecha se sostiene; como puede apreciarse en la siguiente tesis de jurisprudencia:

INCOMPETENCIA DE ORIGEN. La Corte ha sostenido el criterio de que la autoridad judicial no debe intervenir para resolver cuestiones políticas, que incumben constitucionalmente a otros poderes; en el amparo no debe juzgarse sobre la ilegalidad de la autoridad, sino simplemente sobre su competencia, pues si se declara que una autoridad señalada como responsable, propiamente no era autoridad, el amparo resultaría notoriamente improcedente. Sostener que el artículo 16 de la Constitución prejuzga la cuestión de la legitimidad de las autoridades, llevaría a atacar la soberanía de los Estados, sin fundamento constitucional y por medio de decisiones de un Poder que como el Judicial, carece de facultades para ello, convirtiéndose en árbitro de la existencia de poderes que deben ser independientes a él.⁶⁵⁰

Es lamentable que se haya modificado la tesis del presidente de la Suprema Corte, José María Iglesias. De manera reiterada ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que un derecho fundamental de primer orden es el de gozar de un gobierno elegido democráticamente, y que el no respeto del derecho de voto propicia que las autoridades ilegítimas cometan más violaciones de derechos humanos.

⁶⁴⁸ Castro, Juventino V., *op. cit.*, nota 640, p. 274.

⁶⁴⁹ Moctezuma Barragán, Javier, *José Ma. Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, 1994, pp. 114 y ss.

⁶⁵⁰ Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, *Apéndice de 1995*, t. VI, p. 195.

En esta tesis de jurisprudencia se observan las enormes deficiencias del amparo como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, actos de autoridad ilegítima o de agentes que usurpan las prerrogativas del poder público que no gozan competencia originaria, y que bajo la protección de la impunidad gozan de autorización para violar derechos fundamentales de los gobernados. Vinculado con el tema de la legitimidad democrática ubicamos la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 5/1985. Ahí, la Corte afirmó que “el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad en una sociedad democrática en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención Americana”.⁶⁵¹

Conforme al primer párrafo del artículo 16, los actos de autoridad competente deben fundarse y motivarse. La jurisprudencia define fundar, como la determinación de la disposición legal que soporta la actuación, y por motivación, puntualizar las razones por las cuales se ajusta el caso específico al presupuesto normativo contemplado en la disposición legal, con base en la cual se realiza el acto de autoridad. Señala la jurisprudencia:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. De acuerdo con el artículo de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por el primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también debe señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.⁶⁵²

Muchos de los actos de las autoridades migratorias se ejercen con base en las llamadas facultades discrecionales. En estos casos no están exentas las autoridades del deber de fundar y motivar su actuación, como se desprende de la siguiente jurisprudencia:

⁶⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos), opinión consultiva, OC. 05/85, del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, párrafo 46.

⁶⁵² *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. III, tesis 40, pp. 46 y 47.

FACULTADES DISCRECIONALES, OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR LA AUTORIDAD CUANDO ACTÚA EN EJERCICIO DE. Cuando la autoridad administrativa actúa en ejercicio de facultades discrecionales y tiene una libertad más amplia de decisión, esto no le otorga una potestad ilimitada, debiendo en todo caso la autoridad, dentro de una sana administración, sujetarse sus actos autoritarios a determinados principios o límites como son, la razonabilidad que sólo puede estar basada en adecuada fundamentación de derecho que la sustenta, así como una motivación, aún mayor que en el acto reglado, que tiene por objeto poner de manifiesto su juridicidad, asimismo, debe estar apoyado o tener en cuenta hechos ciertos, acreditados en el expediente relativo o públicos y notorios y, finalmente, ser proporcional entre el medio empleado y el objeto a lograr.⁶⁵³

4. *El derecho a la no privación de la libertad y a la presunción de inocencia*

Los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia se encuentran regulados en los artículos 3o., 11 y 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 1o. y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7o., 1o. y 3o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9o. y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La reforma penal constitucional de 2008⁶⁵⁴ vulneró dichos derechos humanos, al regularlos sin respetar su contenido esencial, de conformidad con los tratados e instrumentos internacionales obligatorios para México. Una detención sólo debería proceder cuando la realiza una autoridad que goza de competencia conforme a la ley. Al autorizar a los particulares a detener a una persona que presuntamente ha cometido un delito *in fraganti*, se legaliza la privación de derechos fundamentales por particulares, actos frente a los cuales las víctimas no gozan del derecho de promover un amparo, al constituir un acto de autoridad.

⁶⁵³ Amparo en revisión 1214/91 del 13 de junio de 1991. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VIII, octubre de 1991, p. 181.

⁶⁵⁴ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *DOF*, 18 de junio de 2008.

A pesar de que la reforma incluye por primera vez en la historia de México el derecho a la presunción de inocencia en el artículo 20, inciso B), fracción I, que la letra dice: “A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”. Esta inserción es únicamente formal, ya que al analizar el resto de las disposiciones reformadas se evidencia que se fortaleció la presunción de culpabilidad. Prueba de ello es que de acuerdo con el nuevo régimen basta para detener a una persona, de conformidad con el artículo 21, párrafo 7, que el Ministerio Público determine, con base en los criterios de oportunidad, que debe detenerse a una persona sin que sea necesario realizar investigación alguna, para integrar el tipo penal o verificar que fue cometido el delito por la persona que se imputa como delincuente.

Además, la detención preventiva se prolonga hasta dos años (artículo 20, fracción B, inciso IX, párrafo 2), con la agravante de que no se reconoce el derecho de las personas inocentes detenidas al pago de una indemnización, como lo establece el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 9o., inciso 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, obligación aceptada por México desde la ratificación de dichos instrumentos, y que hasta la fecha no la ha cumplido, por cuanto no se han realizado las reformas necesarias para incorporar dicho derecho a la legislación nacional. Al privarse de la libertad al presunto culpable de haber cometido un delito, la carga de la prueba debería recaer en la acusación, y el acusado, tener el beneficio la duda. No debería detenerse a nadie sin que el Ministerio Público, con base en las pruebas obtenidas, tenga la certeza de que se haya demostrado la acusación, como lo dispone la observación general 13 del Comité de Derechos Humanos.

En el caso de los inmigrantes en situación irregular, la vulneración de los derechos de presunción de inocencia y a la libertad es la constante, como puede apreciarse en el Informe sobre la Detención Arbitraria en México, que calificó las detenciones realizadas a dichos inmigrantes, como arbitrarias y violatorias de sus derechos fundamentales.⁶⁵⁵ Confirma dicha situación el monitoreo sobre el estado real del derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular en México,

⁶⁵⁵ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria Acerca de su Visita a México, E/CN.4/2003/8/Add. 3, párrafo 39.

realizado por “Sin Fronteras” en diversas estaciones migratorias, el cual arrojó los siguientes datos:

- En las estaciones migratorias las verificaciones del estatus migratorio y las detenciones se sustentan en motivos de origen nacional o social, características físicas o forma de hablar de las personas.
- Los inmigrantes en situación irregular son objeto de abusos, estafas, intimidación y uso indebido de fuerza.
- En la mayoría de los casos son deportados sin recabar ninguna información preliminar.
- En la mayoría de los centros de detención no se les provee de las herramientas de información básica e indicación de los procedimientos para permanecer en el país legalmente. El inmigrante no es informado sobre las razones de su detención, no tiene acceso a un abogado defensor, un traductor cuando lo requiera y no se le comunica del derecho a la asistencia consular.
- Se priva de la libertad a niños, niñas y adolescentes y sus declaraciones son obtenidas sin la presencia de su representante legal o quien ejerza la patria potestad.
- Se ejerce coacción sobre los inmigrantes al rendir sus declaraciones, sin que se les informe de la naturaleza y consecuencias jurídicas de las mismas.
- En algunos casos se infringe la garantía de contradicción y se les niega copia de su declaración.⁶⁵⁶

Debe concluirse que el nuevo régimen constitucional y las detenciones realizadas a los inmigrantes en situación irregular son contrarios a las obligaciones adquiridas por el gobierno de México de acuerdo con los artículos 9o. y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 7o. y 8o. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

5. *El derecho de acceso a la justicia*

El acceso a la justicia es uno de los mayores retos pendientes del Estado mexicano. Su regulación dista mucho de ajustarse a los compromisos

⁶⁵⁶ Gutiérrez Contreras, Juan Carlos (coord.), *Derechos humanos de los migrantes*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos-Comisión Europea y Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, p. 111-117.

internacionales que adquirió el Estado mexicano con la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1981. Resulta increíble que desde esa fecha pocos avances se han logrado, considerando sobre todo la obligación contenida en el artículo 2o. de ambos instrumentos internacionales, que exige que los Estados realicen las reformas necesarias para ajustarse a los términos de dichos tratados. La falta de adecuación de la legislación interna a los tratados en materia de derechos humanos ha ocasionado la falta de protección efectiva de un derecho fundamental que no admite postergación. No se trata de un derecho de la segunda o tercera generación. Este derecho constituye la puerta de acceso para el ejercicio de cualquier derecho. La necesidad de garantizar un acceso a la justicia efectivo se planteó desde el Constituyente de 1916-1917; sin embargo, hasta hoy día no se ha logrado satisfacer dicha necesidad. Venustiano Carranza manifestó en el Constituyente:

Hay que reconocer... que en el fondo de la tendencia a dar al artículo 14 constitucional una extensión indebida estaba la necesidad ingente de reducir a las autoridades de los Estados a sus justos límites, pues bien pronto se palpó que, convertidos los jueces en instrumentos ciegos de los gobernadores que descaradamente se inmiscuían en asuntos que estaban por completo fuera del alcance de sus atribuciones, se hacía preciso tener un recurso, acudiendo a la autoridad judicial federal para reprimir tales excesos.⁶⁵⁷

El artículo 17 regula el derecho de acceso a la justicia, que dispone que el acceso a la justicia debe ser gratuito. Cabe precisar el significado de “gratuito” en dicha disposición, para lo cual deben distinguirse las costas procesales, de los gastos que se generan en un proceso. De tal suerte que la persona que desee tener acceso a la justicia en México deberá cubrir los honorarios de los abogados, los gastos que se generen por el ofrecimiento de pruebas, la apostilla de documentos, traducciones, legalización de documentos, copias certificadas, etcétera. Estas erogaciones corresponden a los gastos procesales.

En cambio, las costas judiciales es el costo por la administración e impartición de justicia por parte de los tribunales en México. La siguiente jurisprudencia las define de manera precisa:

⁶⁵⁷ Congreso Constituyente 1916-1917, *Diario de Debates*, edición facsimilar, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1985, p. 17.

COSTAS JUDICIALES. ALCANCE DE SU PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL. Lo que prohíbe el artículo 17 constitucional es que el gobernado pague a quienes intervienen en la administración de justicia por parte del Estado, una determinada cantidad de dinero por la actividad que realiza el órgano jurisdiccional, pues dicho servicio debe ser gratuito.⁶⁵⁸

Fácilmente puede apreciarse que en México no se garantiza a todo individuo el acceso a la justicia, ya que si una persona carece de recursos para pagar los gastos procesales no tendrá acceso a la misma. Aunque se han realizado importantes esfuerzos para fortalecer el acceso a la justicia en México, creando un sistema de defensores de oficio que cubra las necesidades de asesoría jurídica de la población de escasos recursos, hasta en tanto no establezca como un derecho fundamental del gobernado y se garantice su ejercicio de manera efectiva, el derecho de acceso a la justicia en México no dejará de ser un derecho ilusorio e inexistente.

Se reafirma esta necesidad, a la luz de las obligaciones que adquirió el Estado mexicano, al ratificar tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, párrafo 3, inciso d) como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8o., párrafo 2, inciso e) que contemplan como parte del derecho de acceso a la justicia a la asistencia jurídica gratuita cuando se carezca de recursos económicos.

También alude el artículo 17 constitucional al derecho a un proceso sin dilaciones, al precisar que los tribunales estarán “expeditos” para impartir justicia “en los plazos y términos que fijan las leyes” y sus resoluciones deberán ser “prontas”. En el ámbito penal, los plazos son determinados por la propia Constitución; en los demás casos, cabe preguntarse ¿cuáles son los límites del legislador para garantizar el derecho de los gobernados a una administración de justicia expedita?

La respuesta a esta pregunta la encontramos en la siguiente jurisprudencia:

ACCESO A LA JUSTICIA. La potestad que se otorga al legislador en el artículo 17 de la Constitución General de la República, para fijar los plazos y términos conforme a los cuales aquélla se administrará no es ilimitada, por lo que los presupuestos o requisitos legales que se establezcan para obtener ante un tribunal una resolución sobre el fondo de lo pedido deben

⁶⁵⁸ Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, agosto de 1999, Novena Época, Pleno, Poder Judicial de la Federación, tesis P/J, 72/99, p. 19.

encontrar justificación constitucional. De la interpretación de los dispuesto en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución General de la República se advierte que en el numeral se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República; por ende para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la norma fundamental deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da.⁶⁵⁹

El derecho de acceso a la justicia abarca el asegurar la ejecución de las sentencias. El penúltimo párrafo del artículo 17 constitucional señala la obligación del legislador tanto local como federal, de asegurar la ejecución de las sentencias. Pocas son las sentencias que aluden al tema de la ejecución. Una de ellas es la siguiente:

SENTENCIAS. SU CUMPLIMIENTO. De acuerdo al contenido del artículo 17, constitucional, es una garantía la plena ejecución de las resoluciones que dicten los tribunales, en razón de ello, quien queda constreñido al acatamiento de una sentencia no puede pretender eximirse de esa obligación alegando alguna circunstancia ajena a la litis.⁶⁶⁰

⁶⁵⁹ Jurisprudencia, Suprema Corte, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIV, septiembre de 2001, novena época, P/J. 113/2001, p. 5.

⁶⁶⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, agosto de 1999, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I, 7º A.20 K, p. 799.

En México poco se ha avanzado en lo relativo al acatamiento de las sentencias, a pesar de que se han llevado a cabo diversas reformas en ese sentido desde 1994. Dichas reformas se han utilizado y más como arma para atacar al adversario político, situación que poco tiene que ver con el derecho del gobernado a la ejecución de las sentencias. Relacionado con esta cuestión, afirma Miguel Carbonell

Que en los últimos años, en la medida en que el Poder Judicial ha ido conociendo de litigios con gran impacto social, se han acentuado las resistencias a cumplir con sus determinaciones. Algunos actores políticos se han opuesto públicamente a acatar determinaciones judiciales, lo que ha generado en ciertos momentos tensiones considerables. Ha sido el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el órgano que con más insistencia ha tenido que definir el sentido de lo dispuesto en el artículo 17.⁶⁶¹

Cabe ahora preguntarse si los inmigrantes en situación irregular gozan del derecho de acceso a la justicia por carecer de legal estancia en México. Responde dicha pregunta la siguiente jurisprudencia:

Extranjeros: La omisión en acreditar su legal estancia en el país, no los priva del derecho a ocurrir ante los tribunales. El artículo 71, de la Ley General de Población, en lo conducente, previene que todas las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, están obligadas a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellas asuntos de su competencia que previamente les comprueben su legal residencia en el país y que sus condiciones y calidad migratoria les permiten realizar el acto o contrato de que se trate o, en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación. Ahora bien, la omisión de ese requerimiento, no desvirtúa en manera alguna la legitimación del actor para demandar judicialmente el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato que celebró con plena capacidad, y, por ende, la falta de comprobación de su legal estancia en el país, sólo puede afectarlo en lo que concierne a su permanencia en el mismo, pero no en su derecho para acudir a los tribunales.⁶⁶²

⁶⁶¹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004, pp. 735 y 736.

⁶⁶² Amparo directo 9660/65, Esther Martínez de Torres, 10 de julio de 1967, *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, tomo CXXI, cuarta parte, p. 57.

EXTRANJEROS, CAPACIDAD DE LOS PARA PROMOVER EN JUICIO. No se encuentra limitada por el Artículo 67 de la Ley General de Población, todas las autoridades de la República, están obligadas a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia que, previamente, les comprueben su legal estancia en el país; sin embargo, de ahí no se sigue que si no se cumple con este requisito los no nacionales no tengan capacidad para ejercitar acciones o hacer valer excepciones en juicio.⁶⁶³

Aunque se reconoce formalmente el derecho de acceso a la justicia a los inmigrantes en situación irregular en dichas tesis, constituyen un obstáculo para el ejercicio efectivo de dicho derecho, la regulación de la Ley General de Población y su Reglamento, ya que aquéllos pueden ser expulsados o confinados en una estación migratoria, de conformidad con dicha normativa.

6. *Derecho a un recurso en los procesos penales*

Forma parte del derecho de acceso a la justicia en los procesos penales, el derecho a la revisión de la sentencia por un tribunal superior, de conformidad con el artículo 14, párrafo 5, del PIDCP, y artículo 80., párrafo 2, inciso h, de la CADH. La obligación señalada no se satisface con la sola regulación de los recursos, sino que se requiere para asegurar una tutela judicial efectiva, el garantizar el acceso a un recurso efectivo.

La CPEUM, en su artículo 23, regula el derecho a un recurso en materia penal. Señala dicha disposición:

Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

Juventino V. Castro, al comentar los antecedentes del artículo 23, precisa que todavía hasta años posteriores a la expedición de la Constitución actual existían dos recursos extraordinarios: el de súplica y el de casación, los cuales desaparecieron con la regulación del juicio de amparo.⁶⁶⁴

⁶⁶³ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Instancia: Primera Sala, tomo 26, segunda parte, p. 33.

⁶⁶⁴ Castro, Juventino V., *op. cit.*, nota 643, p. 303.

Cabe aclarar que el amparo es calificado en algunas ocasiones como juicio, y en otras como recurso,⁶⁶⁵ y tiene por finalidad tutelar los derechos humanos establecidos en la Constitución, incluyendo la libertad personal.

En el caso de los inmigrantes en situación irregular, la situación es grave, en razón de que con base en un proceso administrativo que no garantiza el derecho de acceso a la justicia de conformidad con los instrumentos internacionales obligatorios para México, se le confina a una estación migratoria o se expulsa al inmigrante del territorio nacional, sin garantizarle el derecho a una segunda instancia, de conformidad con el artículo 23 de la CPEUM, por su denominación de asegurado, de conformidad con la LGP y su Reglamento.

Funcionarios de la administración pública⁶⁶⁶ señalan que no se incumple con las obligaciones internacionales adquiridas por el gobierno de México, en razón de que se contempla en la Ley General de Población un proceso administrativo, y en todo caso los extranjeros tendrían acceso al amparo. Sin embargo, el proceso administrativo, o el amparo al que tienen acceso los inmigrantes en situación irregular en México, no constituyen los recursos jurídicos efectivos a los que aluden los artículos 25 de la CADH y 2o. del PIDCP.

7. *Los centros penitenciarios y las penas*

Señala Luigi Ferrajoli al referirse a la historia de las penas, que

sin duda es más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los daños de los delitos, porque más despiadadas, y quizás más numerosas, que las violaciones producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada por muchos contra uno, el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al genero hu-

⁶⁶⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “La protección jurídica y procesal de los derechos humanos en los regímenes constitucionales latinoamericanos”, *Los derechos humanos en América*, Valladolid, Cortes de Castilla y León, 1994, p. 282.

⁶⁶⁶ Castillo Vallejo, Marino, “La observancia de los derechos civiles de los migrantes en la legislación mexicana: no discriminación, trato debido a los detenidos y debido proceso”, *Derechos humanos de los migrantes*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 125 y ss.

mano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos.⁶⁶⁷

El artículo 22 de la CPEUM se modificó radicalmente con la ratificación de México de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1982. Con posterioridad se reformó nuevamente con la adopción de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁶⁶⁸ y con la aceptación de la normativa internacional en materia penitenciaria, contenida básicamente en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (1955),⁶⁶⁹ Reglas Mínimas para la Protección de Menores Privados de la Libertad (1990),⁶⁷⁰ Reglas Mínimas sobre Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio de 1990),⁶⁷¹ y el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (1988).⁶⁷²

Elías Carranza⁶⁷³ realizó un estudio sociológico de los sistemas penitenciarios de América Latina y el Caribe. Con base en dicho estudio llega a la conclusión de que los referidos sistemas penitenciarios no reúnen los requisitos de operatividad que marca la normativa internacional. Señala como uno de los más graves problemas que se presentan en los países

⁶⁶⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, del original *Diritto e regione. Teoria del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 549.

⁶⁶⁸ Ratificación de México: 22 de junio de 1987; publicado en el *DOF* el 11 de septiembre de 1987.

⁶⁶⁹ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, aprobadas por el Consejo Económico Social en sus resoluciones 663 (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977.

⁶⁷⁰ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985.

⁶⁷¹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/10, del 14 de diciembre de 1990.

⁶⁷² Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

⁶⁷³ Carranza, Elías, “El fracaso de las cárceles”, *Revista de Ciencias Penales*, México, núm. 12, segunda época, octubre de 2004-marzo de 2005, p. 68.

de la región, el hacinamiento en las cárceles en todos los países de la zona, que exceden la capacidad instalada, salvo Dominica, que funciona al 100%, y tiene capacidad sólo para una persona más. Diecinueve de los veinticinco países, entre ellos México, se encuentran funcionando con un hacinamiento crítico; es decir, con densidades iguales y superiores al 120%.

Puntualiza Elías Carranza que

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas en 1955, establecen en su artículo 9o., que las celdas y cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Desde el punto de vista de las Reglas Mínimas, la inmensa mayoría de las cárceles de la región no reúnen las condiciones adecuadas y las nuevas construcciones continúan construyéndose de manera inadecuada creando condiciones que dificultan la seguridad en las mismas y promueven la violencia.⁶⁷⁴

En el caso de México, la capacidad instalada en 2000 era de 119,972 presos a nivel nacional; la población era de 151,662, teníamos en exceso 31,690 personas de más en las cárceles y una densidad de 126%.⁶⁷⁵ La sobrepoblación o hacinamiento significa que hay más de una persona en el espacio provisto para una, lo que implica una pena cruel, inhumana o degradante, como lo establece la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes.⁶⁷⁶ La operación de las cárceles en niveles superiores a su capacidad trae consigo problemas de salud, higiene, alimentación y seguridad de los reclusos, e impide que se desarrollen programas en las cárceles de carácter educativo, de trabajo o de recreación, con lo cual no se cumple con la finalidad de la pena, consistente en lograr la reinserción social del individuo después de que cumpla la misma.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 69.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 77.

⁶⁷⁶ Artículo 1o., Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, ratificada por México 23 de enero de 1986 y publicada en el *DOF* del 6 de marzo de 1986.

Las condiciones de las cárceles es una de las preocupaciones permanentes de Naciones Unidas. La Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia, en el punto 26, señala:

Nos comprometemos a otorgar prioridad a las medidas encaminadas a contener el crecimiento del número de detenidos en espera de juicio y de reclusos y el consiguiente hacinamiento en las prisiones, según proceda, promoviendo alternativas seguras y eficaces en substitución del encarcelamiento.⁶⁷⁷

Carranza, director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, dibuja en su estudio sobre el sistema penitenciario de los países de América Latina, un futuro poco esperanzador en cuanto a la mejoría de las cárceles en dichos países, y por consiguiente el respeto de los derechos humanos de los reclusos. Llega a esta conclusión con base en la tasa de crecimiento demográfico. Señala que en el caso de México “el aumento de la población en las cárceles de 1992 a 1999 ascendería a 51,984 presos, lo que exigía la construcción de veintiún unidades penitenciarias de un tamaño similar al Reclusorio Sur, con capacidad de 2500 plazas”.⁶⁷⁸ Cabe precisar que en 2005 el número de inmuebles destinados a la reclusión en el Distrito Federal aumentó de 8 a 10, y las plazas aumentaron de 15,580 a 20,068, mientras que la población recluida pasó de 22,502 personas a 31,322. De 2002 a 2005 la sobrepoblación se incrementó de 144% a 156% de la capacidad instalada.⁶⁷⁹

Al factor del crecimiento demográfico en el caso de México debemos sumar la falta de distribución del ingreso y la exclusión social ocasionada por la pobreza extrema en que viven 40 millones de personas,⁶⁸⁰ factores que inciden de manera directa en el aumento de la criminalidad, con lo cual, si la población de las cárceles en México en 2000 era un 30% mayor a la aceptable conforme a los estándares internacionales, actualmente

⁶⁷⁷ Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia: frente a los Retos del Siglo XXI. Aprobada por la Asamblea General el 4 de noviembre de 2000.

⁶⁷⁸ Carranza, Elías, *op. cit.*, nota 673, p. 74.

⁶⁷⁹ *Informe especial sobre los reclusorios de 2005*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, núm. 1, año V, enero de 2007, p. 35.

⁶⁸⁰ World Development Report 2005-2006: Attacking Poverty, New York, Oxford University Press.

dicho porcentaje es mayor, convirtiendo las cárceles en México en infiernos peores que los descritos por Dante.

Las cárceles en México son hoteles de lujo, si se les compara con las estaciones migratorias donde aseguran a los inmigrantes en situación irregular. Dicha situación origina violaciones de los derechos humanos muy graves, como lo describen en su Informe los Visitadores Adjuntos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos:

La mayoría de los sitios de aseguramiento cuentan con dos áreas: una para hombres y otra para mujeres, en algunas de ellas, incluso existe una estancia pequeña donde se separa las personas cuya actitud violenta constituye un peligro para los demás. Cada una de esas áreas cuenta con bancos largos de concreto pegados a la pared y un servicio sanitario mal oliente y sin agua corriente. Las planchas donde duermen carecen de colchones.

La subdelegación de Huehuetán, Chiapas, está construida por una caseta, donde el personal de migración realiza sus funciones administrativas y un microbús, en el que se asegura a los extranjeros. No cuenta con servicio de sanitario. En cambio, la Delegación local de Palenque carece de iluminación propia a decir del Delegado por que los asegurados destruyen las instalaciones eléctricas.⁶⁸¹

El artículo 22 constitucional, únicamente regula el derecho a recibir un trato en prisión que la propia dignidad humana exige. Desgraciadamente, la disposición constitucional no le es aplicable al inmigrante irregular, en razón de que la LGP lo denomina como asegurado y a los centros de reclusión estaciones migratorias. Dichas estaciones, al no reunir las condiciones que establecen diversas normas internacionales, en particular las señaladas en el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (1988),⁶⁸² vulneran diversos derechos fundamentales de los inmigrantes. A pesar de que no existe en la CPEUM una disposición que garantice los derechos de los inmigrantes en situación irregular en los lugares donde son reclusos, con base en los instrumentos internacionales antes mencionados procedería el amparo por violación de los derechos humanos regulados

⁶⁸¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 679, pp. 25 y ss.

⁶⁸² Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

en los mismos, al incorporarse dichos tratados a nuestro sistema jurídico, con fundamento en el artículo 133.

8. *Suspensión de derechos humanos en estado de emergencia*

La CPEUM regula la suspensión de garantías en su artículo 29, en los siguientes términos:

Artículo 29.

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos, y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado a las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviere lugar hallándose el Congreso reunido éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4o.) como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 27) regulan la suspensión de los derechos fundamentales o los estados de excepción. Estos instrumentos internacionales y la Constitución coinciden en lo relativo a los supuestos en los cuales procede dicha suspensión. Sin embargo, hay discrepancia en lo relativo a los derechos humanos que pueden suspenderse. Los dos tratados expresamente prohíben suspender la protección efectiva de ciertos derechos y libertades, y dentro de ellas el derecho de acceso a la justicia; en cambio, la Constitución no contiene norma alguna que explícitamente limite la suspensión, excluyendo de ésta algunos derechos; parece, por tanto, plantearse una antinomia.

La anterior conclusión se fundamenta de manera más contundente si se consideran los debates del Constituyente de 1917 en la sesión del 11 de enero de 1917. Ahí, el secretario Lizardi leyó el dictamen de la Comisión, que señalaba:

Ciudadanos diputados:

La suspensión de las garantías individuales debe autorizarse en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública y otros en que la sociedad quede en grande peligro y conflicto, pues en casos tales la necesidad de la salvación común prevalece sobre los derechos de los particulares, por respetables que sean aquéllos. El artículo 29 del Proyecto de Constitución autoriza la suspensión de que se trata, en los términos en que la estableció la Constitución de 1857, con sólo dos diferencias muy racionales: el proyecto explica que la suspensión podrá contraerse a determinada región o extenderse a todo al país, a diferencia del precepto constitucional anterior, que autorizaba la suspensión en términos generales. En el proyecto se establece que la suspensión de garantías podrá afectar a todas aquellas que fueren obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación; mientras el precepto constitucional de 57 ponía a cubierto de la suspensión de garantías que aseguran la vida del hombre, excepción que prácticamente, venía a nulificar el efecto de la suspensión. Cuando se apruebe por el Ejecutivo, su Consejo de Ministros y por el Congreso, una medida tan grave como la suspensión de garantías, es evidente que la exigirá la salvación pública; para que tal medida produzca el efecto deseado, será indispensable dejar a los poderes que la decretan, libertad para que ellos mismos fijen el alcance de aquélla, en vista de las circunstancias. Casos habrá, y ya se han visto ejemplos prácticos, en que la suspensión de garantías no comprenda también las que protegen la vida, no producirá aquella medida otro resultado que poner al descubierto la importancia del poder público para garantizar la seguridad social.⁶⁸³

Dos días después, el 13 de enero, se debatió el proyecto y nadie hizo observación alguna, por lo que se aprobó sin discusión.⁶⁸⁴ Con base en el *Diario de Debates* todo parece indicar que la intención de los Constituyentes era contemplar la posibilidad de la suspensión de todas las garantías individuales.

La reforma que sufrió el artículo 29 constitucional en 1981 no parece alterar la anterior interpretación, pues tan sólo vino a sustituir la expresión “presidente de la República” por “presidente de los Estados Unidos Mexicanos” y “Consejo de Ministros” por los “Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República”.

⁶⁸³ *Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1917*, núm. 51, t. II, p. 225.

⁶⁸⁴ *Idem*.

No obstante lo anterior, resulta evidente que no pueden suspenderse todas las garantías individuales, pues el precepto constitucional permite suspender tan “solo aquellas garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación”. Si la determinación de conformidad con el artículo 29 constitucional de que no todas las garantías individuales pueden suspenderse, resulta sencilla la determinación de cuáles específicamente no son susceptibles de suspensión, resulta una tarea más delicada, a la cual la doctrina ha hecho aportaciones de importancia.

José Aguilar y Maya, procurador general de la República en 1942, en el primer caso de suspensión de garantías bajo la Constitución vigente, claramente sostiene “que no todas las garantías pueden suspenderse, y se refiere expresamente como no susceptibles de suspensión, a la prohibición de leyes privativas, de la esclavitud, de la aplicación retroactiva de las leyes, la condena sin juicio, y el ser juzgado por tribunales de comisión”.⁶⁸⁵ Herrera y Lasso señala que en 1941, José Perogordo y Sales⁶⁸⁶ había sostenido que no eran susceptibles de suspensión las siguientes garantías: proscripción de la esclavitud, derecho de petición, invalidez de los títulos nobiliarios, prohibición de los tratados que alteren los derechos del hombre y del ciudadano, o autoricen extradición de delincuentes políticos o reos que hayan sido esclavos en el país en que cometieron el delito, prohibición de la prisión por deudas civiles, gratuita y expedita administración de justicia, número de instancias de juicios criminales, eficacia de la verdad legal y carácter definitivo de las sentencias, libertad religiosa, creencia y culto, opinión que hizo suya Manuel Herrera y Lasso.⁶⁸⁷

Felipe Tena Ramírez también considera que no todas las garantías pueden suspenderse, aunque no se detiene a analizar el tema, y sostiene que queda a la discreción de los poderes que intervienen en la suspensión.⁶⁸⁸ Ignacio Burgoa sostiene la misma opinión.⁶⁸⁹

La iniciativa presidencial presentada al Senado para su aprobación del PIDCP, aborda el tema en los siguientes términos:

⁶⁸⁵ Aguilar y Maya, José, *La suspensión de garantías*, México, Jus, 1945, pp. 54 y ss.

⁶⁸⁶ Herrera y Lasso, Manuel, *Estudios constitucionales*, México, Jus, p. 165.

⁶⁸⁷ *Idem.*

⁶⁸⁸ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 20a. ed., México, Porrúa, p. 221.

⁶⁸⁹ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 4a. ed., México, Porrúa, 1965, pp. 178 y 179.

El artículo 4o. del Pacto se refiere a la suspensión de garantías y en lo que respecta a su párrafo 2, se hace mención expresa de que no se autoriza dicha suspensión por lo que hace a los artículos 6o., relacionado con el derecho a la vida, 7o. que consigna la prohibición de someter a cualquier persona a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a ser sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos, 8o. relacionado en sus párrafos 1 y 2 con la prohibición de someter a servidumbre o esclavitud a persona alguna, 11 que reconoce el derecho a no ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual, 15 que recoge el principio de que nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional, 16 que establece el derecho del ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica, y 18 que consigna el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Por su parte, el artículo 29 de la Constitución reconoce la facultad del Presidente de la República, con las modalidades que allí se establecen, en los casos de invasión, perturbación, grave de la paz pública, o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, de suspender en todo el país o en un lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a la situación, existiendo, la obligación de hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo.

Es obvio que el Constituyente no consideró que para hacer frente a casos de invasión, perturbación grave peligro o conflicto, el Presidente pudiera someter a esclavitud o servidumbre a la población, se pudiera encarcelar a individuos por no poder cumplir una obligación contractual, se condenará por actos u omisiones que no fueran delitos, se desconociera la personalidad jurídica de los individuos, se prohibiera la libertad de pensamiento, conciencia o religión, se privara de la vida arbitrariamente, o se sometiera a individuos a torturas, penas, o tratos crueles, inhumanos, o degradantes, o, sin su libre consentimiento, a experimentos médicos o científicos. Lo que autoriza el artículo 29, con las modalidades ya especificadas, es a suspender sólo aquellas garantías que fuesen obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a la situación.

De lo anterior se desprende que el párrafo 2 del artículo 4o. no contradice el artículo 29 constitucional, ni puede dársele un sentido distinto a que refleja nuestra Carta Magna, y por ello, como se indicó anteriormente, no sería adecuado formular una declaración interpretativa.⁶⁹⁰

⁶⁹⁰ *Convenciones sobre derechos humanos*, México, Archivo Histórico Diplomático Mexicano, 4a. época, núm. 6, 1981, pp. 17 y 18.

En cuanto a la CADH, simplemente se señala: “Finalmente y dadas las modalidades que la convención establece en su artículo 27, párrafo 2, no se propone formular una declaración interpretativa del mencionado precepto por las mismas razones expuestas al examinar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas”.⁶⁹¹

Resulta claro que el artículo 29 constitucional no permite suspender todas las garantías individuales, aunque deja abierta a la interpretación cuáles si y cuáles no son susceptibles de suspenderse, razón por la cual la disposición constitucional no se ajusta totalmente a los instrumentos ratificados por México, ya que se establece en dichos tratados que no podrán suspenderse los derechos humanos enunciados en los artículos 4o., del PIDCP y 27 de la CADH, bajo ninguna circunstancia, ya sea en tiempo de guerra o de paz. El origen de dichas disposiciones lo ubicamos en la cláusula Martens, la cual fue vertida en las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 (artículos 62, 63, 142, 158), así como en su Protocolo Adicional I, de esas convenciones de 1977 (artículos 1o. y 2o.), dichas normas constituyen sin lugar a dudas normas de *ius cogens*.⁶⁹²

Los instrumentos internacionales mencionados se incorporaron al sistema jurídico mexicano, y mediante ellos se amplió la garantía individual regulada en el artículo 29, de conformidad con los artículos 1o. y 25 de la CPEUM.⁶⁹³ Por lo tanto, los inmigrantes en situación irregular en México no pueden ser privados bajo ninguna circunstancia del derecho de acceso a la justicia para exigir el goce efectivo de los derechos de reconocimiento a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a no ser sometidos a servidumbre o esclavitud, a la legalidad, a la no retroactividad de las leyes, libertad de conciencia, protección de la familia, derechos del niño, derechos políticos, a la nacionalidad, a no ser condenados por actos u omisiones que en el momento de cometerse no eran delictivos, según el derecho nacional o internacional, y a la imposición de penas más graves que las que resultaban aplicables en el momento de la comisión del delito.

⁶⁹¹ *Ibidem*, p. 23.

⁶⁹² Cançado Trindade, Antônio Augusto, *op. cit.*, nota 221, t. I, pp. 191-193.

⁶⁹³ Ortiz Ahlf, Loretta, “La protección internacional del individuo”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 19, México, 1989, pp. 81 y ss.

9. *Una grave ausencia en la Constitución de México: las indemnizaciones por error judicial*

Señalan el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 10. Derecho a indemnización.

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.⁶⁹⁴

Artículo 14.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.⁶⁹⁵

A pesar de que se contempla en dos tratados pilares en materia de derechos humanos, la obligación de los Estados, de indemnizar a las víctimas en caso de cometer error judicial, en el sistema jurídico mexicano no existe una sola disposición que permita la aplicación del artículo 10 de la CADH y 14 de PIDCP. El artículo 113 de la Constitución de México no resulta aplicable para las indemnizaciones por error judicial, y sólo contempla la responsabilidad del Estado por daños que con motivo de su actividad administrativa irregular cause a bienes y derechos de los particulares.⁶⁹⁶

Tanto el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos como el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos requieren, para aplicarse en México, de legislación federal y local que permita el pago de la indemnización en caso de dicho error. Cabe precisar que el hecho de que dichas disposiciones no puedan aplicarse

⁶⁹⁴ Artículo 10, Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, publicada en el *DOF* del 7 de mayo de 1981.

⁶⁹⁵ Artículo 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 220a. (XXI), del 16 de diciembre de 1966, publicado en el *DOF* del 22 de junio de 1981.

⁶⁹⁶ Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 1997, p. 494.

en México por falta de legislación que lo permita, ello no exime de la correspondiente responsabilidad internacional al Estado mexicano. Por tanto, los inmigrantes en situación irregular que son sentenciados por una autoridad judicial como cualquier otra persona, carecen del derecho de acceso a la justicia para el reclamo de la indemnización por error judicial, en los tribunales mexicanos. Sin embargo, las personas afectadas pueden presentar una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por incumplimiento del Estado mexicano de sus obligaciones por no promulgar la legislación necesaria para hacer exigible dicha indemnización.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DERECHO CONVENCIONAL DEL QUE MÉXICO FORMA PARTE

1. *Incorporación de los tratados al sistema jurídico mexicano*

Para comprender la problemática que se origina por la aplicación de los tratados en los países de América Latina debe acudir al artículo VI de la Constitución de Estados Unidos, el cual se insertó en las Constituciones de dichos países con la finalidad de resolver, a través de la misma, los problemas de jerarquía de normas entre leyes y tratados.⁶⁹⁷ Sin embargo, el artículo VI no fue redactado con la intención de resolver dicha problemática, sino con el propósito de establecer la supremacía del pacto federal sobre el local.⁶⁹⁸ Señala dicho artículo:

Todas las deudas contraídas y los compromisos adquiridos antes de la adopción de esta Constitución, serán tan válidas en contra de los Estados Unidos bajo esta Constitución, como bajo la Confederación.

Esta Constitución, y las leyes de Estados Unidos que se expidan de conformidad con ella; y todos los tratados celebrados o que se celebren, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema en los Es-

⁶⁹⁷ Vanossi, Jorge Reinaldo, *El derecho internacional en el derecho constitucional comparado de América*, Washington, D. C., XV Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano de 1988, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, 1989, p. 88.

⁶⁹⁸ Ortiz Ahlf, Loretta *et al.*, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-UIA, 2004, pp. 15 y ss.

tados Unidos; y los jueces de cada Estado estarán obligados a acatarla sin importar cualquier contravención establecida en la Constitución o leyes estatales...⁶⁹⁹

El artículo 133 de la CPEUM insertó en la Constitución de 1857 el artículo VI de la Constitución de Estados Unidos y mantuvo dicha redacción sin reforma alguna en el Constituyente de 1917. Desgraciadamente, hoy día se pretende resolver los problemas de jerarquía de las normas en el sistema jurídico mexicano con base en dicha disposición, cuando fue redactada en otro contexto histórico, para otro país y para resolver otra clase de problemas. El resultado de haber adoptado dicha disposición es mantener sin solución problemas, tan delicados como la jerarquía de los tratados de derechos humanos frente a las demás leyes, como frente a los otros tratados. La correcta aplicación de los tratados en materia de derechos humanos exige entre otras cuestiones determinar su jerarquía frente a otras normas en caso de contradicción.

Los tratados requieren para incorporarse al sistema jurídico mexicano, estar de acuerdo con la Constitución y celebrarse por el presidente de la República con la aprobación del Senado. Dicho proceso de incorporación no garantiza que en el sistema jurídico mexicano se celebren tratados acordes con la Constitución o con la legislación interna, situación que puede ocasionar que el tratado no se aplique internamente, en razón de su contradicción, y con ello generar responsabilidad internacional por el incumplimiento del mismo. La aprobación por el Senado de la República no asegura la constitucionalidad de los tratados o su compatibilidad con las normas de derecho interno. Frente a las contradicciones entre la Constitución y los tratados celebrados por México, se evidencia la necesidad de un procedimiento de control previo, que asegure la adopción del tratado con la legislación que sea necesaria para su aplicación efectiva en el ámbito interno. Otro obstáculo para la debida aplicación de un tratado es la forma de gobierno federal, por cuanto no existe un procedimiento para asegurar la debida aplicación del instrumento internacional en las entidades federativas.

⁶⁹⁹ *The Constitution of the United States* (La Constitución de Estados Unidos), traducida por Rubén Minutti Zanatta y María del Rocío González Alcántara Lamoglia, México, Porrúa, p. 43.

En razón de los obstáculos mencionados, es común encontrarse contradicciones entre tratado y Constitución, tratado y leyes federales o locales, sin que la CPEUM cuente con las herramientas necesarias para resolver la problemática de la aplicación efectiva de los tratados en materia de derechos humanos en el sistema jurídico mexicano.

2. Aplicación en el ámbito interno de los tratados celebrados por México

Diverso al tema de incorporación de los tratados es el de la recepción de éstos. En algunos países se modifica el tratado en ley al momento de incorporar el tratado. Este sistema de recepción lo encontramos en el sistema jurídico del Reino Unido, denominado “de recepción especial”. La mayoría de los Estados, una vez que se cumplieron los requisitos constitucionales, los publican en las gacetas oficiales, dando debida difusión al mismo, sin requerir para su recepción de la satisfacción de ningún otro requisito. A dicho proceso se le denomina “automático”, y dentro de este sistema ubicamos a México.⁷⁰⁰

Ahora bien, hablamos de autoaplicabilidad del tratado cuando éste no requiere de legislación específica para su aplicación por las autoridades jurisdiccionales o administrativas. En el caso de las normas de derechos humanos, sostiene Jiménez de Aréchega que son autoaplicativas, por no requerir de ley, reglamento o acuerdo para su aplicación.⁷⁰¹ A la afirmación de Jiménez de Aréchega cabe agregar que a pesar de que las normas en materia de derechos humanos en teoría son autoaplicativas, por la forma como se encuentran redactadas, en la praxis algunas de ellas requieren de actos administrativos o legislativos que permitan su aplicación interna. Un ejemplo en ese sentido lo ubicamos en el derecho a la indemnización por error judicial. En este caso, si no se destina una partida del presupuesto para el pago de estas indemnizaciones, difícilmente podría ejercerse ese derecho.

⁷⁰⁰ González Campos, Julio D. *et al.*, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 1998, p. 265.

⁷⁰¹ Ortiz Ahlf, Loretta, “Integración de las normas internacionales de derechos humanos en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, núm. III, 2003, p. 293.

En el caso de México, las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, a pesar de estar contenidas en su mayoría en normas autoaplicativas, se plantean problemas de aplicación, que no se han resuelto. Dentro de ellos ubicamos a los tratados, cuyo contenido incide en materia reservada a las entidades legislativas, por cuanto las autoridades administrativas o tribunales locales, al no participar en el proceso de celebración del tratado, desconocen o ignoran el contenido de este último. Por tal motivo, recientemente se ha iniciado un proceso de reforma de las Constituciones locales para ajustarlas a los compromisos internacionales de México en materia de derechos humanos.

De manera muy clara nos explica Jackson esta problemática, al puntualizar que en ocasiones la norma no podrá aplicarse a pesar de poseer la naturaleza de autoaplicativa en razón del ámbito de validez personal o territorial de la norma. Señala:

This term can refer to a group of concepts, one of which is similar, but not necessarily identical, to “standing”; even though a treaty is directly applicable in the domestic legal system, in a specific case a determination may need to be made as to who is entitled to invoke or rely on the treaty norms. In some jurisdictions, this concept may be expressed as “partial direct application” or may be governed by the idea that a treaty is directly applicable form some purposes but not others.⁷⁰²

El no regular de forma debida la aplicación interna de los tratados en el sistema jurídico mexicano, en muchas ocasiones impide la ejecución y aplicación de aquéllos.

3. *Principales obligaciones internacionales en materia de acceso a la justicia*

Conviene mencionar algunos de los tratados que generan obligaciones internacionales para México vinculados con la temática del derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular. Ubicamos en un primer grupo los tratados universales y regionales que

⁷⁰² Jackson, John H., “Status of Treaties in Domestic Legal Systems: a Policy Analysis”, *American Journal of International Law*, vol. 96, núm. 2, April 1992, p. 317. Cfr. Díaz Barado, Cástor M., *Reservas a la Convención sobre Tratados entre Estados*, Madrid, Tecnos, 1991.

prevén un mecanismo de control, y cuyo contenido general son los derechos humanos. Dentro ellos se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas; el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”.

Un segundo grupo se integra por los tratados referentes al derecho del trabajo y a la no discriminación de los inmigrantes en situación irregular. Ubicamos en ese grupo a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el Convenio Número 111, Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación; y el Convenio Internacional del Trabajo Número 1, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo. El tercer grupo se integra por las normas convencionales en materia de refugio e inmigración, dentro del cual debe mencionarse la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.

Otra fuente de obligaciones para México sobre el derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular la ubicamos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Cabe recordar que la obligatoriedad de la Declaración Universal fue reiterada en el acta final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, además de que ha sido aplicada en múltiples ocasiones por la Asamblea General de Naciones Unidas en resoluciones que condenan las violaciones a derechos humanos.⁷⁰³ En lo atinente a la obligatoriedad de la Declaración Americana, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte en resoluciones, opiniones o sentencias han confirmado dicha obligatoriedad.⁷⁰⁴

⁷⁰³ O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 24.

⁷⁰⁴ OEA, caso 2141, párrafos 15-16. Informe 1980-81 (Estados Unidos).