

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

POSGRADO EN DERECHO

**“EL ARTÍCULO 33 CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO FUNDAMENTAL
AL DEBIDO PROCESO”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

MAESTRO EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

PRESENTA

JOSÉ GABRIEL HERNÁNDEZ ROMERO

DIRECTOR DE TESIS

DR. MIGUEL CARBONELL

MÉXICO, D.F. MAYO 2011

CONTENIDO

Pág.

Introducción	2
------------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

EL ARTÍCULO 33 DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Ciudadanía	6
1. Inclusión y exclusión	18
2. Ciudadanía en México	19
II. Derechos fundamentales	25
1. Derechos de igualdad	26
A. Artículo 1° constitucional	26
2. Derechos de libertad	28
A. Artículo 6° constitucional	28
B. Artículo 9° constitucional	31
C. Artículo 11 constitucional	32
3. Derechos de seguridad jurídica	33
A. Artículo 14 constitucional	33
B. Artículo 16 constitucional	34
III. Derechos políticos	36
1. Derechos políticos y sistema constitucional	38
2. Derecho general de participación en asuntos políticos	39
3. Desarrollo y evolución de los derechos políticos	40
4. Fronteras de los derechos políticos	41
5. Derechos políticos exclusivos de los ciudadanos mexicanos	44
A. Derecho al voto activo	47

B. Derecho al voto pasivo	48
C. Derecho de asociación política	48
IV. Política migratoria internacional y nacional	50
1. Políticas migratorias	52
2. Aspectos generales de la política migratoria en México	53
3. La Secretaría de Gobernación (SEGOB) como autoridad migratoria en México	55
A. Instituto Nacional de Migración	56
B. Estructura y atribuciones del Instituto Nacional de Migración	57
C. Grupos Beta de protección a migrantes	59
V. Ley General de Población	61
1. Calidades y características migratorias en México	64
A. No inmigrantes	64
B. Inmigrante	71
VI. Sanciones en materia migratoria	71

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. Introducción	78
II. Soberanía	79
III. Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos	82
1. Costumbre internacional	83
2. Principios generales del derecho, la doctrina y las decisiones judiciales	86
IV. Los tratados internacionales en materia de derechos humanos	88
V. Organismos internacionales en materia de derechos humanos: sus recomendaciones y resoluciones	92
VI. Responsabilidad internacional de los Estados	93
1. Responsabilidad del Estado por violaciones a derechos fundamentales	95
VII. ¿Qué alcance tienen las obligaciones internacionales de los derechos	

humanos?	103
1. Obligaciones generales de respeto, garantía y adopción de medidas para hacer efectivos los derechos humanos	105
2. Principio de no-discriminación como pilar de las obligaciones de los Estados	110
3. Obligaciones de los Estados federales	112
VIII. Límites a los derechos humanos	113
IX. Sistemas internacionales de protección de los derechos humanos	118
1. Sistema Universal	119
A. Asamblea General	120
B. Consejo de Seguridad	121
C. Consejo Económico y Social (ECOSOC)	121
D. Comisión de Derechos Humanos	121
E. Mecanismos Convencionales	122
2. Sistemas regionales	123
A. Europa	123
B. América	123
C. África	125
X. Tratados internacionales en materia de derechos humanos: su incorporación y aplicación en nuestro sistema jurídico	125
1. ¿Qué jerarquía tienen los tratados internacionales en el derecho mexicano?	126
XI. Libertad personal: sistema interamericano	131
1. Derecho a ser informado	131
2. Derecho a ser presentado ante un tribunal	134
3. El control judicial de la detención	135
XII. Libertad de expresión: Sistema interamericano	137
1. Democracia y libertad de expresión	141
2. Las dos dimensiones de la libertad de expresión	141
3. Incompatibilidad de la expulsión con la expresión de ideas	144

XIII. Expulsión arbitraria de extranjeros	150
1. Expulsión de extranjeros y el derecho internacional de los derechos Humanos	158
XIV. Derecho internacional de los derechos humanos contra las reservas	169
1. Reservas formuladas por el Estado mexicano	178
XV. Reforma actual del artículo 33 constitucional	180

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

I. Génesis y evolución del debido proceso	184
1. Carta Magna (1215)	185
2. Petición de derechos (1628)	185
3. Revolución francesa (1789)	186
4. Quinta enmienda (1791)	187
5. El juicio justo (fair trial de la sexta enmienda)	188
6. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	188
II. El papel de la Constitución	189
III. Principios fundamentales del debido proceso	191
IV. El debido proceso como derecho fundamental	197
V. Acceso a la justicia	200
VI. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva	203
VII. Derecho a la seguridad jurídica	206
VIII. Artículo 14 constitucional. Segundo párrafo	209
IX. Artículo 16 constitucional	227
X. Artículo 17 constitucional	234
XI. El debido proceso en el derecho constitucional comparado y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	238
XII. Habeas Corpus	248
XIII. Casos de expulsiones arbitrarias	251

1. Atenco	251
2. Sacerdotes Jesuitas	256
3. Observadores Internacionales de derechos humanos en Chiapas	262
4. Peter Brown	266
XIV. Los extranjeros y el debido proceso	277
XV. Jurisprudencia en México	284

CAPÍTULO CUARTO

ARTÍCULO 33 CONSTITUCIONAL. ANÁLISIS DE SU REFORMA

I. Introducción	288
II. Reforma al artículo 33 constitucional	292
III. Procedimiento administrativo para expulsar extranjeros	303
1. Medidas preventivas en el procedimiento de expulsión	308
2. Detención de los extranjeros	309
IV. El derecho a ser informado	315
V. Derecho al juez natural y al juicio de amparo	318
VI. Derecho a la revisión del procedimiento administrativo de expulsión	323
VII. Juicio de amparo en México	332
1. Procedimiento (artículo 114 LA. Amparo indirecto)	333
VIII. Reflexión final	340
Conclusiones	342
Bibliografía	348

A mis padres Laura Silvia y Jaime,

a mi hermana Mariana,

a Jessica.

Dr. Miguel Carbonell muchas gracias.

Introducción

Sin duda, el artículo 33 de la Constitución Mexicana es un precepto polémico. Desde 1917 este precepto no había sido tocado. Permanecía incólume la facultad discrecional otorgada al Ejecutivo de la Unión para expulsar a cualquier extranjero de territorio nacional. Afortunadamente, el Constituyente reformó y acotó esta facultad presidencial. Debo confesar que desde hace muchos años este tema me ha apasionado. Es un tema que me ha llamado poderosamente la atención. Estoy convencido que en un Estado democrático de derecho la existencia de un artículo como el 33 es inaceptable, sobre todo si lo llevamos a un terreno sensible: la observancia internacional de derechos humanos.

En el derecho constitucional comparado existen atribuciones similares, sin embargo, en otros países se precisa de mejor manera las causas por las que un extranjero puede ser expulsado. Por lo tanto, lo que se pretende establecer en este trabajo son dos objetivos: 1. que la facultad que tiene el Ejecutivo de la Unión para expulsar de territorio nacional a cualquier extranjero es ambigua y 2. Que el extranjero sujeto a expulsión tenga el derecho a que el Poder Judicial de la Federación revise el procedimiento administrativo de expulsión y con ello se le garantice el derecho fundamental al debido proceso.

Es de todos conocido que en los primeros días de 1994, el Ejército Zapatista de Liberación Nacional se levantó en armas en contra del gobierno de Carlos Salinas de Gortari. Desafortunadamente con pretexto de salvaguardar la paz en la zona de

conflicto se cometieron muchas violaciones a los derechos humanos de los ciudadanos involucrados o no en el movimiento zapatista. Por ello, diversas organizaciones internacionales se dieron a la tarea de enviar al sureste mexicano a observadores internacionales para que desempeñaran actividades humanitarias y sobre todo, para que fueran testigos de los actos arbitrarios y violentos que cometían las autoridades. Numerosas expulsiones de extranjeros se llevaron a cabo en zonas pro-zapatistas. El Ejecutivo de la Unión aplicó –muchas veces con prepotencia– el artículo 33 constitucional.

La aplicación de éste artículo contra extranjeros aumentó dramáticamente después de la masacre de Acteal, (Chiapas) en la que fueron asesinados 45 indígenas a manos de grupos paramilitares en diciembre de 1997. Tan sólo en 1998 el gobierno expulsó a 144 extranjeros que se encontraban en zonas indígenas de Chiapas. Otros no nacionales fueron presionados a salir de México “voluntariamente” por oficiales del Instituto Nacional de Migración. Algunos extranjeros más, fueron desalentados para visitar nuestro país en virtud del clima de hostilidad creado en las zonas de conflicto y por la creación de nuevas reglas migratorias, consideradas por algunos como las más restringidas en el hemisferio.

Voces importantes de la comunidad mexicana, especialistas en derechos humanos, han desafiado y criticado durante muchos años el derecho exclusivo que tiene el Presidente de la República para expulsar del país a cualquier extranjero de nuestro territorio. Algunos críticos argumentan que en estos tiempos en los que existen nuevas relaciones en materia económica, política y de seguridad con todo el mundo, la postura de México

hacia los observadores internacionales de derechos humanos no es solamente erróneo, sino carente de cualquier fundamento jurídico.

La interpretación tendenciosa que hace el Ejecutivo federal de la Constitución Mexicana viola a los extranjeros el derecho fundamental al debido proceso legal. La evidencia demuestra que los obstáculos colocados en el camino de los observadores de derechos humanos, es un intento sistemático de minar su trabajo informativo a la comunidad internacional.

Es indudable que la participación de estos observadores internacionales ha servido como pilar importante para que se respeten y garanticen todos los derechos a todas las personas. Incluso, la presencia de estos activistas fomenta la paz y ha impulsado cambios importantes en las instituciones y en las prácticas electorales de México. Durante este período, actores principales de la sociedad civil mexicana han invitado y organizado la participación de miles de extranjeros en estos esfuerzos. Es un hecho que la presencia de observadores extranjeros en las comunidades chiapanecas ha limitado los abusos cometidos por parte del Ejército Mexicano y de grupos paramilitares.

Pues bien, en este trabajo daremos cuenta del marco jurídico del artículo 33 constitucional. Analizaremos un concepto indispensable para comprender mejor este tema: la ciudadanía. También expondremos los derechos fundamentales de libertad y de seguridad jurídica, sin echar en saco roto los derechos políticos. Veremos también qué importancia tiene el Derecho Internacional de los derechos humanos y los diversos

sistemas que los protegen para finalmente concentrarnos en el derecho fundamental al debido proceso y en el análisis de la reciente reforma al artículo 33 constitucional.

El texto pretende demostrar que el gobierno federal viola con frecuencia los derechos fundamentales de los no nacionales que se encuentran en territorio mexicano cuando se les aplica el 33. Las apresuradas expulsiones evitan que los extranjeros tengan acceso a una adecuada tutela judicial. México es un país de garantías, un país en vías de convertirse verdaderamente en un país democrático, esa es la aspiración de todos. El artículo 1° de la Constitución federal establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales sobre los derechos humanos en los que México es parte. Todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar todos los derechos fundamentales de cualquier persona que se encuentre en territorio nacional.

Es por ello que esta investigación se desarrolla y se ofrece como una contribución al mejoramiento de nuestro ordenamiento jurídico en el marco de los fundamentales principios de justicia y legalidad, y por supuesto, sobre la base de un pleno respeto a los derechos humanos.

Capítulo Primero

El Artículo 33 de la Constitución Mexicana. Consideraciones jurídicas.

I. Ciudadanía

El tema sobre la ciudadanía tiene mucha tela de dónde cortar. Es un tema sumamente interesante. No cabe duda que al desarrollarse la humanidad muchos conceptos teóricos también lo hacen. Es un hecho que la globalización afecta de algún modo a casi todos los países del orbe. Europa es el ejemplo más evidente. A partir de la creación de la Unión Europea las fronteras se han abierto. Por lo menos en esas latitudes el tránsito de los ciudadanos europeos es libre. Es por ello que el concepto de ciudadanía se vuelve importante, mucha tinta se ha invertido en analizar este tópico. Una aproximación la ubicamos con Miguel Carbonell:

“la ciudadanía es el tratamiento desigual, en términos de derechos y obligaciones, que pueden recibir los seres humanos en un país determinado por el hecho accidental de haber o no nacido en él.”¹

Lo cierto es, como señala Bovero, que el reconocimiento y el respeto de los derechos del individuo no depende de la pertenencia a una comunidad política, esto es, de la ciudadanía en sentido estricto.²

¹ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM-Porrúa-CNDH, México, 2004, p. 19.

² BOVERO, Michelangelo, “Ciudadanía y Derechos Fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXXV, núm. 103, enero-abril, 2004, pp. 9 y ss.

La polémica se ha tornado interesante. Sobre todo en materia de derechos humanos. Hace muchos años la concepción de la ciudadanía era muy simple. Era ciudadano quien nacía en determinado territorio o era hijo de nacionales de cualquier país. Ahora esta percepción resulta obsoleta. Esta figura conceptual debe ampliarse en atención de la evolución de las sociedades. Está claro que la idea que se tenía sobre la ciudadanía hace cincuenta años en Europa no es la misma hoy. La ciudadanía es una diferencia en el status que delimita la igualdad de los individuos. Al respecto Ferrajoli establece:

“...existen *derechos primarios* que conciernen a todos los individuos, como el derecho a la vida y a la integridad personal, la libertad física, la libertad de conciencia, etc., *derechos públicos* que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, (conforme a la Constitución italiana) el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo; los *derechos civiles*, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado; los *derechos políticos*, que son, en fin, los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho al voto, el de sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía

política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política.”³

Así, gracias a la inevitable internacionalización de los Derechos humanos y a la existencia de diversos organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) se han aprobado cartas y convenciones en materia de derechos humanos. Es por ello que ya no es pertinente hablar de que éstos derechos sólo son observables internamente en cada Estado. Los derechos humanos han avanzado más allá de cualquier frontera. Por eso creo que el concepto de ciudadanía es un concepto limitativo. Hay muchos Estados que en nuestros días insisten en ver a la ciudadanía de esta manera. Por mi parte, estoy convencido que los derechos fundamentales corresponden a todas las personas independientemente de su ciudadanía.

Está claro entonces que el concepto de ciudadanía puede analizarse desde varios ángulos. Resaltan las aristas que tienen que ver con conceptos básicos en una democracia como el pluralismo y los derechos fundamentales. Previamente escribí que una de las consecuencias de la globalización es que los Estados experimentan una gran diversidad cultural. El tránsito de personas de un Estado a otro cada día es mayor. La gente en el mundo se traslada constantemente de un país a otro, los intereses y las actividades son de cualquier tipo. Por ello las culturas internas se transforman y evolucionan en un sentido positivo. El intercambio social y cultural enriquece al país

³ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 23.

receptor de visitantes. La ciudadanía se entiende entonces como un concepto excluyente.

¿A qué me refiero? En el pasado se asoció a la ciudadanía con la pertenencia a la comunidad en que cada persona se desenvuelve. La visión es simple, si yo nací en México lo más probable es que aquí me desarrolle, que en México viva, que en el país estudie, trabaje, etc., El lugar de nacimiento es un pilar fundamental para determinar la ciudadanía que tenemos. De ahí que las diversas luchas sociales que ha vivido el país resulten importantísimas. Éstas, han marcado la pauta para las transiciones políticas que hemos experimentado como país. Gracias a estas batallas la sociedad ha obtenido mayor autonomía y control sobre su existencia.

Mientras se formaba el Estado moderno la sociedad incansablemente luchó por pertenecer a la comunidad política. Y se luchó tanto porque la sociedad consideraba que perteneciendo a ésta se ejercería de mejor manera la soberanía popular. En ella se sancionarían los derechos civiles y los derechos políticos. En estas luchas la ciudadanía tuvo un papel relevante. A través de ella fue posible que las personas aseguraran los derechos más elementales. Después la ciudadanía creó fuertes lazos solidarios entre las personas que dieron como resultado un factor importante en la legitimación de los Estados. Tradicionalmente, la ciudadanía ha denotado la adscripción de un sujeto a un Estado nacional.⁴ Esto porque el propio proceso de constitución del Estado moderno como Estado nacional está presidido por el objetivo de homogeneidad

⁴ CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, Porrúa-UNAM, México, 2001, pp. 23 y ss.

social, (cultural...). El Estado nacional es la forma de organización que exige homogeneidad jurídico-política (monopolio de la violencia legítima, el derecho...).⁵

Ya lo decía Habermas, la autocomprensión nacional construyó el contexto cultural en el que los súbditos podían llegar a ser ciudadanos políticamente activos. El mérito del Estado nacional está, pues, en que resolvió dos problemas en uno: hizo posible una nueva forma, más abstracta de integración social sobre la base de un nuevo modo de legitimación.⁶

Visto esto, la ciudadanía otorgó en teoría, el papel de legitimidad e integridad social al Estado nacional. En este sentido la ciudadanía se basaba en la existencia de una serie de vínculos como una cultura común, relaciones “de sangre”, un pasado compartido, etc., y así se consolidó como un factor de importancia marcada dentro del Estado al que se asociaban *ex lege* todos los derechos, de forma que ésta se convertía en denominación omnicomprendensiva y en presupuesto común de ese conjunto de derechos que Marshall llamó “de ciudadanía”: los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales.⁷

⁵ LUCAS, Javier de, *En los márgenes de la legitimidad. Exclusión y ciudadanía*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, vol. 1, núms. 15 y 16, 1994, p. 358.

⁶ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 83-91.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, pp. 98 y 99.

Por lo anterior, es claro y comprensible la existencia de posturas que relacionan o vinculan a la ciudadanía con la exclusión. Hoy la figura del ciudadano se contrapone con la figura del extranjero. En muchos países se excluye de muchos ámbitos a los no nacionales. No vayamos tan lejos, en México, existe una fuerte y arraigada exclusión por personajes que no nacieron en nuestro país. Que más muestra y ejemplo queremos, en México un extranjero tiene muy limitada la libertad de expresión. Muchos extranjeros que están en México bromean sobre el contenido del artículo 33 constitucional, prefieren no opinar nada sobre el país para que el Ejecutivo, argumentando que los extranjeros se inmiscuyen en asuntos políticos les aplique el 33. Entre broma y broma muchos extranjeros que permanecen en nuestro país procuran no expresar muchos puntos de vista por temor a que en cualquier momento la autoridad estatal les pida abandonar el país. El problema reside entonces en una paradoja. El mito contemporáneo de la *identidad*, que fomenta la cohesión entre los habitantes de un país, también funciona como un fuerte y marcado mecanismo de exclusión.

Hace muchos años el concepto de ciudadanía se utilizó para institucionalizar la igualdad. Todos los que nacimos en México, por ese simple hecho, somos iguales. Románticamente lo somos. Ya será tema de otro trabajo determinar si hoy en día somos iguales, de entrada creo que existe una gran desigualdad social, cultural y sobre todo económica, pero no me desvío. Ya dijimos que la ciudadanía es una paradoja, y lo es porque a decir de Ferrajoli, es el último residuo premoderno de la desigualdad

personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales.⁸

En nuestros días, con base en la ciudadanía se siguen manteniendo inaceptables discriminaciones y desigualdades basadas en un accidente tan coyuntural como puede ser el lugar de nacimiento.⁹ Incluso podemos decir que la ciudadanía se ha convertido, en ciertos aspectos, en el arquitecto de una desigualdad social legitimada. Es evidente entonces que seguir manteniendo el concepto clásico de ciudadanía supone, como bien señala Etienne Balibar, formular una regla de exclusión que está fundada por derecho y por principio.¹⁰

Y es que los Estados que utilizan como escudo o como pretexto el tema de la ciudadanía para negar derechos básicos a los extranjeros, están legislando no solamente en contra de los derechos fundamentales, sino sobre todo en contra de la intuición histórica que parece señalar que los fundamentos que se tenían en el pasado para distinguir entre ciudadanos y extranjeros ya no existen en la actualidad.¹¹

No es posible que hoy, en virtud de la “condición de ciudadano” un gran número de extranjeros que desempeñan actividades humanitarias en nuestro país, pueda

⁸ *Ibidem*, pp. 116 y 117.

⁹ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Op. cit., p. 24.

¹⁰ BALIBAR, Etienne, *¿Es posible una ciudadanía europea?*, Revista Internacional de Filosofía Política, Madrid, núm. 4, noviembre de 1994, p. 27.

¹¹ LUCAS, Javier de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de hoy, 1994, p. 135.

esgrimirse como argumento suficiente para negar la garantía efectiva de derechos reconocidos a todos los seres humanos que, sin embargo, son condicionados hoy en no pocos países, a un trámite administrativo (los “papeles”), por importantes que éstos sean.¹²

La ciudadanía ya no debe ser vista como un factor de exclusión, al contrario, debemos cambiar nuestra perspectiva, el concepto de ciudadanía debe avanzar y tratar de ir a la par con la evolución de otros conceptos, sobre todo debe crecer de la mano de la universalidad de los derechos fundamentales, Ferrajoli dijo:

Tomar en serio [los] derechos significa hoy tener el valor de desvincular de la ciudadanía como “pertenencia” (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal. Y desvincularlos de la ciudadanía significa reconocer el carácter supraestatal –en los dos sentidos de su doble garantía constitucional e internacional– y por tanto tutelarlos no sólo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a este gran *apartheid* que excluye de su disfrute a la gran mayoría del género humano contradiciendo su proclamado universalismo. Significa, en concreto, transformar en derechos de la persona los dos únicos derechos que han quedado hasta hoy reservados a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación en [los] países privilegiados.¹³

¹² LUCAS, Javier de, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999, p. 265.

¹³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit. , pp. 117 y 118.

Es necesario replantearse muchas cosas. En aras de la globalización se debe modificar la definición que hoy conocemos de ciudadanía. Por ello muchos estudiosos y tratadistas de la materia han expuesto la idea de una *ciudadanía cosmopolita*. Sobre el caso, Ferrajoli establece:

“...repiensemos la idea de ciudadanía: nos exige observar los problemas planetarios desde una perspectiva supranacional y tendencialmente cosmopolita... uno de los símbolos del progreso moral y político del género humano, no solamente consiste en dejar atrás la ciudadanía como una simple *pertenencia* a un Estado o a una nación para alcanzar una ciudadanía como título de *inclusión* en el disfrute de los derechos fundamentales... sino en superar la ciudadanía por ser una nueva forma de *exclusión* en el goce de esos mismos derechos por parte de todos aquellos que no son <naturalmente> ciudadanos de los Estados democráticos de derecho en los que dicha evolución tiene lugar”.¹⁴

Es más, Kant señaló en el siglo XVIII en su obra *La paz perpetua*, que si existe una grieta del derecho internacional en cualquier punto del planeta, ésta, en mayor o menor medida afecta a todos los Estados del mundo. Por eso, Kant se da cuenta de la necesidad de una *ciudadanía mundial*. Sólo así podría abrigarse la esperanza de una continua aproximación a la vida pacífica. Kant liga tal exigencia con la universal

¹⁴ CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (ed.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Trotta, 2005, p. 464.

hospitalidad de los pueblos que, limitada, trae consigo el derecho de esta ciudadanía mundial.¹⁵

El derecho de ciudadanía mundial, nos dice Kant, debe limitarse a las condiciones de una hospitalidad universal, que debe tomarse como “el derecho de un extranjero a no recibir un trato hostil por el mero hecho de ser llegado al territorio de otro”. Esta situación constituye el derecho, que no puede restringirse a nadie, de un visitante a presentarse en una sociedad y se funda en la común posesión de la superficie de la Tierra.¹⁶ Siguiendo con Kant, el derecho de ciudadanía mundial no es una fantasía jurídica, sino un complemento necesario del código no escrito del derecho político y de gentes, que de ese modo se eleva a la categoría de derecho público de la humanidad.¹⁷

Otro autor que también ha escrito sobre la percepción de una *ciudadanía universal* es Habermas. Él piensa en una *ciudadanía cosmopolita*. Para el autor alemán, una concepción democrática del Estado de Derecho puede y debe preparar el camino al estatuto de la ciudadanía cosmopolita que hoy se perfila en las comunicaciones políticas a escala mundial. La presencia de observadores internacionales de derechos humanos en países que atraviesan algún conflicto –como el que tenemos en México entre el EZLN y el Estado mexicano– resultan para Habermas acontecimientos universales. Por tanto, el autor nos hace ver, de esta forma, que la organización cosmopolita del planeta no es ya una quimera, pues la ciudadanía nacional y la

¹⁵ KANT, Emmanuel, *La paz perpetua*, 13ª. ed., trad. de F. Rivera Pastor, México, Porrúa, 2003, p. 238.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 259 y 260.

¹⁷ *Ibidem*, p. 261.

ciudadanía cosmopolita tienden a unirse en un *continuum* social y político.¹⁸ David Held señala que uno de los retos políticos del futuro será que cada ciudadano perteneciente a un Estado deberá aprender a convertirse en un *ciudadano cosmopolita* también, es decir, en una persona capaz de mediación entre las tradiciones nacionales, comunidades y estilos de vida alternativos.¹⁹

Por ello, considero necesario establecer un nuevo concepto de ciudadanía. Los Estados democráticos de derecho deben abandonar la idea actual, comparto la postura de Dahrendorf, él opina que la ciudadanía no es otra cosa que *una penosa cobertura de privilegio*. Para este autor, la idea que hemos venido planteando sobre la existencia de una ciudadanía cosmopolita, se fortalecería si la auténtica verificación de la fuerza de los derechos de ciudadanía es la heterogeneidad. El respeto común a los títulos de acceso a los bienes fundamentales, atribuidos a personas diferentes por su origen o cultura, pone a prueba la combinación de identidad y variedad que es el núcleo de la sociedad civil civilizada... por eso... la ciudadanía no será nunca completa mientras no exista una verdadera ciudadanía de carácter mundial.²⁰

Sin embargo, concretar la aspiración planteada es y será una tarea muy difícil. En el camino existirán muchos obstáculos. El poner de acuerdo y en una misma línea de pensamiento a todos los Estados del orbe no será fácil. Siempre existirán los intereses

¹⁸ HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 137.

¹⁹ HELD, David, “¿Regulating Globalization? The Reinvention of Politics”, en GIDENS, Anthony (ed.), *The Global Third Way Debate*, Cambridge, Polity Press, 2001.

²⁰ DAHRENDORF, Ralf, “Cittadinanza: una nuova agenda per il cambiamento”, *Sociología del Diritto*, Milán, año XX, núm. 1, 1993, p. 15.

políticos, económicos y sociales que los grupos que ostentan el poder estarán renuentes a no lastimar. Pero al igual que todos los luchadores políticos y sociales que nos han precedido no debemos bajar la guardia. Aunque la mayoría perciba esta idea como utópica o irreal no debemos cesar en nuestro intento de que cualquier persona en cualquier Estado no se le excluya. No debemos darnos por vencidos para que los derechos fundamentales de los extranjeros se respeten completamente. Tenemos claro también que siempre existirán personas que objeten estas ideas, pero como determina Ferrajoli, a estas personas les falta precisamente lo que piensan que les sobra: el sentido (retrospectivo) de la historia. De la misma manera podemos apelar al otro extremo del pensamiento humano, el pensamiento en perspectiva, que nos dice que los fracasos y los éxitos de proyectos ambiciosos –como la creación de una ciudadanía cosmopolita– deben esperar por muchos años, sin que esto signifique bajar la guardia en la lucha cotidiana.²¹ Lo cierto es que el problema está en que los límites de lo posible no vienen dados por lo real, ya que, en mayor o menor grado, podemos cambiar las instituciones políticas y sociales y muchas otras cosas. De ahí que tengamos que apoyarnos en conjeturas y especulaciones y esforzarnos en sostener que el mundo social que soñamos es factible y puede existir realmente, si no ahora, entonces en un futuro mejor, en el que una ciudadanía incluyente no sea cuestión de filantropía, sino de derecho.²²

Afortunadamente, la globalización genera ideas en sentido contrario. Debemos insistir en la existencia de un concepto universal de ciudadanía para que a todas las personas

²¹ Véase VITALE, Ermanno, “Ciudadanía, ¿último privilegio?”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (ed.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Op. cit., pp. 478 y 479.

²² RAWLS, John, *El derecho de gentes*, trad. de Hernando Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 23 y 24.

se les respeten sus derechos fundamentales en cualquier sitio. Ejemplo de esta idea lo vemos ya en Europa, allá han dado pasos importantes, hoy existe una ciudadanía regional. Es un avance significativo. Es una muestra de que con compromiso, paciencia y perseverancia se pueden lograr metas importantes, metas cuyo fin último es el respeto efectivo de los derechos fundamentales de cualquier persona ya sea nacional o no. Esta es la aspiración de todos.

1. Inclusión y exclusión

En la era moderna el individuo participa en la sociedad a través de roles diferenciados en diversos sistemas, como el económico, el político, el educativo, el jurídico, el deportivo, etc., éstos, regulan de manera independiente y específica las condiciones de tal participación.²³ Durante los primeros años de la construcción de los Estados nacionales y hasta el siglo XX, la inclusión (ciudadanía) en el sistema político se convirtió en un pilar indispensable. Vista de esta forma a la ciudadanía, los derechos políticos permiten formular demandas y exigir cuentas a los gobernantes a través de los mecanismos establecidos para ello. Durante muchos años activistas sociales han luchado en México para que la transparencia sea efectiva en nuestro país. En países con democracias en desarrollo como la nuestra, es básico que el Estado sea diáfano, ya no podemos seguir en la opacidad. En un sistema democrático el actuar de los representantes populares se aprueba o no a partir del sufragio. Si yo percibo que el partido que postula a determinado candidato ha actuado de manera eficiente en sus tareas políticas seguramente votaré por ese candidato y *premiaré* al partido que lo

²³ HALFMANN, Jost, "Citizenship Universals, Migration and the Risks of Exclusion", *British Journal of Sociology*, vol. 49, núm. 4, december, 1998, pp. 515 y ss.

postula. De lo contrario *castigaré* al partido y optaré por otro candidato. Ésta facultad de elegir es posible por la existencia de los derechos políticos (sobre éstos escribiré más adelante), derechos que permiten aislar su ejercicio a las condiciones sociales y económicas de los ciudadanos.

Otra función que tienen los derechos políticos desde el punto de vista institucional es mantener la autonomía del sistema político frente a otros ámbitos sociales, como el derecho, la ciencia, la economía o la religión, ya que contribuyen a canalizar los procesos de influencia social por vías específicas que permiten la formación del poder político como base para la toma de decisiones colectivas obligatorias.²⁴ La autonomía del sistema político y el ejercicio de los derechos políticos se ponen de manifiesto en el desarrollo de procedimientos jurídicamente reglamentados: las elecciones son un claro ejemplo.

2. Ciudadanía en México

En México la ciudadanía es la capacidad fundamental por la que una persona posee y ejerce derechos políticos. Ahora bien, la ciudadanía constituye un *status* jurídico mucho más general ya que abarca obligaciones fundamentales y no sólo se limita a contemplar por ejemplo, la participación política de las personas. De acuerdo con el artículo 34 de la Constitución federal, son ciudadanos mexicanos los varones y las mujeres que, teniendo la nacionalidad mexicana, ya sea por nacimiento o por naturalización, hayan

²⁴ LUHMANN, Niklas, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 3ª. ed., Duncker und Humblot, Berlín, 1986.

cumplido 18 años y tengan un modo honesto de vivir. De manera general la ciudadanía abarca todos los derechos políticos que la Constitución federal confiere a sus habitantes. Pero, ¿a todos? Si nos limitamos a la letra de la Constitución debemos contestar de manera negativa.

En este sentido la Constitución federal es muy clara, por exclusión, los extranjeros no pueden ejercer los derechos políticos. Y no lo pueden hacer porque, con apego a las leyes de nuestro país, quienes no posean la nacionalidad mexicana y por tanto la ciudadanía, carecen de derechos políticos y además, están sujetos a la prohibición expresa y terminante de inmiscuirse en los asuntos políticos del país mientras se encuentren en territorio nacional, bajo pena de ser expulsados por el presidente de la República (artículo 33 constitucional). Esta prohibición comprende no sólo la participación directa o indirecta en la adopción de decisiones propiamente políticas, sino también el ejercicio de aquellos derechos fundamentales, como el derecho a asociarse o el derecho fundamental de expresarse libremente. Derechos que la Constitución determina reservados sólo a los ciudadanos mexicanos cuando se refieren a asuntos políticos.

¿Qué debemos entender por: *los extranjeros no deben inmiscuirse en asuntos políticos*? Desde mi perspectiva, y con toda seguridad, participar en asuntos políticos sólo se refiere a votar y ser electo para cualquier cargo de elección popular. Las demás actividades en las que participan extranjeros no deben considerarse asuntos políticos nacionales. Los extranjeros participan en otros ámbitos de la vida nacional. A partir del

levantamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (en adelante EZLN) en Chiapas, las comunidades que están en el centro de la contienda denunciaron muchísimas violaciones a sus derechos fundamentales por parte del gobierno, estatal y federal. Las autoridades en el afán de mantener el orden incurrieron en múltiples violaciones a los derechos más elementales de los habitantes de las zonas en conflicto. Por eso, muchas organizaciones internacionales de derechos humanos enviaron a buena cantidad de militantes a Chiapas con la única tarea de observar si el Estado mexicano respeta los derechos fundamentales de los pobladores que habitan esa zona del sureste nacional. El gobierno entonces, interpretando de una manera totalmente equivocada el artículo 33 constitucional expulsó a muchos extranjeros.²⁵ ¿El desempeñar actividades de este tipo es inmiscuirse en asuntos políticos del país? ¿Por qué entonces el Estado mexicano permite la participación de observadores electorales? ¿Los inversionistas extranjeros no influyen en los asuntos políticos del país? Sin duda, el tema es polémico. Más adelante seguiré con estas ideas.

Entonces, ¿los extranjeros deben ser totalmente excluidos de participar en asuntos públicos o políticos del país? Para responder, echo mano de la Ley de Participación

²⁵ Uno de ellos fue Michel Chanteau, un sacerdote francés que llevaba 32 años como párroco en Chiapas y era un ardiente defensor de los derechos humanos. Detenido en Chiapas el 26 de febrero de 1998, el padre Chanteau fue trasladado a la Ciudad de México donde lo retuvieron durante siete horas e interrogaron sin asistencia letrada. Durante este tiempo, el Instituto Nacional de Migración se negó a facilitar información sobre su paradero o su situación legal a su diócesis y a organizaciones no gubernamentales de derechos humanos. Cuando lo expulsaron, el padre Chanteau tenía pendiente una denuncia ante la Procuraduría General de la República por las presuntas amenazas de muerte que había recibido del entonces presidente municipal de Chenalhó, justo un mes antes de la matanza de Acteal. El presidente municipal fue acusado posteriormente de homicidio y agresión con armas de fuego en relación con la matanza. También en febrero de 1998 fue expulsado Thomas Hansen, ex director de la ONG estadounidense *Pastors for Peace*, tras permanecer detenido veinticuatro horas sin acceso a asistencia letrada, después de lo cual lo expulsaron sin permitirle exponer su caso ante un juez ni recurrir ante una autoridad competente. Posteriormente ganó el pleito contra la expulsión en los tribunales y fue anulada su prohibición de volver al país. El gobierno apeló contra el fallo, pero a finales de 1998 continuaba sin conocerse la decisión judicial. AMNISTÍA INTERNACIONAL, <http://www.derechos.org/nizkor/mexico/doc/ai.html#PERSECUCIÓN>, Fecha de consulta: 18 de agosto de 2009.

Ciudadana del Distrito Federal (2004) (en adelante LPCDF). La LPCDF prevé varios instrumentos y órganos de representación ciudadana (artículos 2 y 3). Algunos de ellos están abiertos sólo a ciudadanos del Distrito Federal; otros permiten la participación de los habitantes, que son todas las personas que residen en su territorio (artículo 5°), lo que evidentemente incluye a los extranjeros.²⁶

Así por ejemplo, los habitantes tienen, entre otros derechos, los de proponer la adopción de acuerdos y la realización de actos a los órganos de participación ciudadana y a las autoridades del Distrito Federal; o bien, el de omitir opinión o formular propuestas para la solución de los problemas de interés público o general y para el mejoramiento de las normas que regulan las relaciones en la comunidad (artículo 8°, fracciones I y V). También tienen derecho a formar parte de las contralorías ciudadanas (fracción VII) y de las asambleas ciudadanas. Cómo estas últimas no son sólo órganos de análisis y consulta, sino también de deliberación y decisión²⁷, en ellas los habitantes del Distrito Federal que no son ciudadanos tienen voz pero no voto (artículo 75).

Lo anterior es un ejemplo de que con compromiso, voluntad política y con un gran sentido progresista el Distrito Federal comienza a expandir de alguna manera los derechos fundamentales de los extranjeros que se encuentren en su demarcación. El Estado mexicano poco a poco debe abandonar criterios obsoletos. Es más, en el año de 2004, la minoría de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (en adelante ALDF) impugnó por vía de una acción de inconstitucionalidad (19/2004) la LPCDF por

²⁶ Artículo 5.- Son habitantes del Distrito Federal las personas que residan en su territorio.

²⁷ Artículo 77 de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal.

considerar, entre otros conceptos de invalidez, que las asambleas ciudadanas a las que nos referimos vulneraban el artículo 9° constitucional, que reserva a los ciudadanos mexicanos el ejercicio de la libertad de reunión en asuntos políticos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) en la sentencia correspondiente²⁸ sostuvo que ni la ALDF ni el comité eran órganos de gobierno o autoridades pertenecientes a la administración pública, cuyos actos pudieran afectar la esfera jurídica de los gobernados o los derechos ciudadanos. Para la SCJN, la participación ciudadana tiene como finalidad buscar la solución de los problemas de interés general de la ciudadanía que pertenece a la misma unidad territorial, así como el intercambio de opiniones sobre asuntos públicos, lo que no implica tomar parte en asuntos políticos. Incluso, hizo referencia expresa a la reforma de 1993 al artículo 122 constitucional, por la que se eliminó el requisito de ser ciudadano para participar en organizaciones ciudadanas. Según la exposición de motivos, la reforma pretendía:

... alcanzar también a los habitantes y residentes de esta ciudad, independientemente de su nacionalidad y de su carácter de ciudadanos. Esta aplicación de derechos se explica por la importancia de reconocer que las decisiones sobre la administración de la ciudad afectan a todos sus habitantes por igual y que por ello, deben tener derecho a participar.

Como podemos ver tanto la letra de la ley como la resolución emitida por el máximo tribunal del país reconocen que todos los habitantes del Distrito Federal incluyendo los extranjeros tienen un interés legítimo por participar en el bienestar de su comunidad. La

²⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XXI, junio de 2005, pp. 471 y ss.

SCJN a diferencia de la Ley va más allá, confirma la idea de que lo *público* es un concepto mucho más amplio comparado con el concepto de lo *político*. La SCJN establece entonces que lo *político* se refiere estrictamente en la participación ciudadana para elegir representantes. Por ello, siguiendo el criterio de la SCJN las actividades que desempeñan los observadores internacionales de derechos humanos en las comunidades chiapanecas no tienen nada que ver con asuntos políticos. Todo lo contrario, tienen que ver con asuntos públicos. Lo único que buscan estos observadores es confirmar si los discursos oficiales son ciertos. La finalidad es propiciar que se garantice plenamente el ejercicio de los derechos fundamentales.

Es más, la reforma electoral de 1994 permitió que los “visitantes extranjeros” acudan a conocer el desarrollo de los procesos electorales federales en cualquiera de sus etapas. Pregunta: ¿por qué el Estado mexicano permite esta actividad hecha por extranjeros? La respuesta es clara, al gobierno mexicano le interesa mucho más la percepción que se tenga en el exterior de su sistema democrático. La idea es aparentar que en México se llevan a cabo elecciones limpias. Sin embargo, cuando se trata de observar el respeto de los derechos fundamentales, el Estado aplica e interpreta a su conveniencia todo lo que las leyes e incluso la Constitución federal en materia de extranjeros le permite. Al Estado mexicano la observancia de derechos fundamentales le resulta muy incómoda, esta actividad muestra todas las carencias y todas las violaciones en que incurren la mayoría de nuestras autoridades. El gobierno debe ser más congruente, si permite la actividad de los observadores electorales también debe permitir sin problemas las actividades que desempeñan los observadores internacionales de derechos humanos.

II. Derechos Fundamentales

Las personas no pueden ser concebidas en forma aislada, para sobrevivir requieren estar en colectividad. En ese sentido, la humanidad a lo largo de su historia ha construido y fijado las reglas de convivencia. Han fijado las reglas del juego. Sólo con ellas la sociedad puede alcanzar los objetivos que se traza. Con las reglas fijadas la comunidad pretende que la vida en sociedad sea la más adecuada. Sin embargo, las normas de convivencia deben reunir ciertas características que permitan hacerlas exigibles, deben ser bilaterales, coercibles y heterónomas. De lo contrario se seguiría viviendo en la época del más fuerte. Las normas confieren derechos e imponen obligaciones a todos los particulares que forman parte de la comunidad.

Muchos libros se han escrito sobre el tema. Sin duda un tema apasionante. En cualquier Estado democrático de derecho es indispensable estudiar y sobre todo analizar los derechos fundamentales, incluso, es indispensable mantener una estricta vigilancia sobre el actuar del gobierno. La sociedad en nuestros días necesita que el ejercicio del poder se dé en el marco de la ley, que los derechos fundamentales de las personas se respeten y se establezcan los mecanismos necesarios para garantizarlos. En México, es hasta la Constitución de 1917 que se consagraron los derechos de igualdad, los derechos de libertad, los derechos de seguridad jurídica y los derechos sociales.

1. Derechos de igualdad

Existen muchos escenarios para analizar la igualdad. Sin embargo, acotaré la exposición a dos campos, el primero a la igualdad en la aplicación de la ley y la segunda a la igualdad ante la ley. Sobre esto, echaré mano de lo expresado por Miguel Carbonell en su obra: *Los Derechos Fundamentales en México*, el autor afirma:

El primero consiste en el mandato de trato igual referido a las autoridades encargadas de aplicar la ley, es decir, este mandato se dirige de manera fundamental a los poderes Ejecutivo y Judicial. Por su parte el principio de igualdad ante la ley es un mandato dirigido al legislador para que no establezca en los textos legales diferencias no razonables o no justificadas para personas que se encuentran en la misma situación, o para que no regule de la misma manera y de forma justificada a personas que se encuentran en circunstancias desiguales.²⁹

A. Artículo 1º constitucional

Es entonces que el artículo 1º de nuestra Constitución federal establece el principio de igualdad que todos los seres humanos tienen en nuestro territorio nacional, ya sean nacionales o extranjeros. Nos referimos a los derechos universales, inalienables e imprescriptibles que corresponden a toda persona, independientemente de cualquier circunstancia o condición particular en que se encuentre, como la edad, el grado de desarrollo, el sexo, el estado de salud, la raza u origen étnico, el color de la piel, etc.

²⁹ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., pp. 179 y 180.

El artículo 1° determina:

Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos antes señalados.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier

otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Sin duda, en este artículo se sustenta la parte dogmática de nuestra Constitución y también me ayudará para sostener lo que pretendo transmitir en este trabajo. Es decir, cualquier individuo, así sea mexicano o extranjero tiene derecho a que se le respeten todos sus derechos fundamentales y que en caso de que los sujetos cometan cualquier falta a la ley se le aplique la sanción correspondiente.

2. Derechos de libertad

¡Qué complejo resulta definir la libertad! ¿Cuánto papel se ha gastado en este concepto? Por lo pronto, utilizaré lo dicho por Bobbio, el autor define a la libertad como:

“la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros.”³⁰

A. Artículo 6º constitucional

El artículo 6º constitucional contiene el derecho fundamental para que toda persona exprese libremente sus ideas, pensamientos, etc. Este derecho constituye un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Este

³⁰ Bobbio citado por CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM-PORRÚA-CNDH, México, 2006, p. 310.

derecho encuentra su fundamento en el mismo hombre, las personas por naturaleza necesitan comunicarse y dialogar con los demás. De la simple lectura del artículo 1º constitucional nos percatamos que cualquier persona goza de todos los derechos fundamentales establecidos en la Constitución federal. Por lo tanto, cualquier extranjero puede ejercer, exactamente igual que los mexicanos la libertad de expresión y cualquier otro derecho fundamental.

Con la aplicación del artículo 33, el Estado mexicano ha ignorado la verdadera naturaleza del precepto. En los casos de expulsión, se argumenta de manera simple, que los extranjeros no pueden expresar sus ideas sobre asuntos políticos mexicanos. Situación que se contrapone totalmente con el derecho fundamental de expresarse libremente. Ya lo veíamos en párrafos anteriores. El que un extranjero exprese cualquier idea, del tema que sea, no significa que se entrometa en asuntos políticos. Verlo de otra manera me parece en primer lugar, evidenciar un nulo espíritu progresista y en segundo lugar demuestra una violación a nuestra Constitución. Nuestros representantes dejaron pasar una gran oportunidad histórica para modificar esta postura. Dejaron intacto el último párrafo del artículo 33 de nuestra Carta fundamental. La prohibición constitucional de involucrarse en asuntos políticos a los extranjeros debe interpretarse sólo para el caso de ejercer derechos políticos previstos en el artículo 34 constitucional: votar, ser elegido para un puesto público, ocupar posiciones en la organización de las elecciones, ser parte de cabildos, asociarse con fines políticos, ejercer el derecho de petición en asuntos políticos y prestar servicio militar en tiempos de paz. Por tal motivo, si el extranjero participa en cualquier otra actividad, la prohibición que establece el artículo 33 no tiene razón de ser.

Las contradicciones políticas al aplicar el artículo 33 constitucional por parte del gobierno mexicano, se evidenciaron durante la visita a Chiapas del ganador del premio Nobel de Literatura, José Saramago, en marzo de 1998 y en marzo de 2001. Saramago ingresó al país con una forma migratoria de turista. Durante su permanencia dio varias entrevistas a los medios de comunicación en las que criticó al gobierno mexicano por el manejo del conflicto chiapaneco. A pesar de las advertencias para respetar la ley, Saramago no fue expulsado.³¹ Los funcionarios de migración explicaron que su autoridad moral como un gran escritor y filósofo le daba el derecho de expresar sus opiniones. Los intentos del gobierno para acomodar las declaraciones de los poderosos y famosos, mientras se expulsa a sacerdotes, observadores y trabajadores menos notables, demuestran la forma incongruente en la que los derechos de los extranjeros en México son manejados. Parece que la aplicación del artículo 33 obedece sobre todo a intereses políticos, económicos o sociales.

El artículo 33 constitucional no prohíbe a los extranjeros declarar públicamente su opinión sobre la legitimidad del gobierno mexicano, si es o no es represivo, si es o no violador de derechos fundamentales. No hay fundamento constitucional para impedir que los extranjeros den su opinión al público a través de los medios de información. Sobre todo cuando tales opiniones se anuncian como el resultado de una observación responsable y objetiva, hechas después de que los extranjeros han llevado a cabo estudios científicos o han conducido investigaciones de campo en México. Por lo tanto, no debería existir ningún tipo de confusión entre los derechos políticos reservados para los ciudadanos mexicanos y las actividades que desempeñan los observadores

³¹ Ver comentarios de Alejandro Carrillo Castro, Comisionado del INM en *La jornada*, 8 de marzo de 1998.

internacionales de derechos fundamentales. Publicar escritos, artículos periodísticos, expresar una opinión personal o colectiva, no es votar, ni ser elegido para un cargo público. Tan no lo es que existe un gran número de inversionistas extranjeros que se expresan libremente cuestionando a las autoridades mexicanas en asuntos de política económica. Sin embargo, parece que las organizaciones no gubernamentales de México, específicamente aquellas que desempeñan actividades humanitarias resultan incómodas para nuestro gobierno.

B. Artículo 9º constitucional

El siguiente derecho de libertad que comentaré es el consagrado en el artículo 9º constitucional. Este precepto constitucional protege y garantiza dos derechos: el de reunión y el de asociación. Estos derechos sin duda son indispensables en cualquier régimen democrático en virtud de que garantizan la participación ciudadana.

Una correcta interpretación del artículo 33 de la Constitución federal no impide a los extranjeros asociarse libremente y de manera pacífica en el territorio mexicano, mientras no traten de votar o ser elegidos para un puesto público. A pesar de su oposición en contra de los observadores internacionales de derechos humanos, el gobierno mexicano ha favorecido abiertamente la observancia internacional en las elecciones federales, estatales y municipales. Parece ser que cuando el gobierno federal necesita ganar la aprobación internacional en su transición democrática, abandona su abusiva interpretación del artículo 33 constitucional buscando los reportes favorables de los observadores extranjeros. En cambio, frente a su expediente irregular

en materia de derechos humanos y en su política represiva en el conflicto chiapaneco, el artículo 33 constitucional es aplicado con la clara intención de frustrar todo escrutinio internacional.

C. Artículo 11 constitucional

Este derecho protege y garantiza a toda persona el desplazamiento libre de un lugar a otro. La libertad se revela como una potestad inseparable de la naturaleza humana, como un elemento esencial de la persona. El hombre, desde el punto de vista abstracto, está dotado de potestad libertaria. La libertad individual, se convirtió en derecho público en el momento en que el Estado se obligó a respetarla.

Artículo 11 constitucional:

Artículo. 11.- Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

En caso de persecución, toda persona tiene derecho de solicitar y recibir asilo. La Ley regulará su procedencia y excepciones.

La libertad de tránsito comprende cuatro libertades especiales: la de ingresar a territorio de la República, la de salir del mismo, la de viajar dentro del territorio nacional y la de mudar de residencia o domicilio. El ejercicio de estas libertades por parte del particular es absoluto. Para el ejercicio de este derecho no es necesario ningún documento administrativo. Por lo tanto, la autoridad está obligada a no impedir la entrada y salida de una persona del territorio nacional y mucho menos la autoridad puede impedir el desplazamiento del individuo por el país. Mucho menos si se trata de extranjeros que desempeñan actividades humanitarias.

3. Derechos de seguridad jurídica

Para que el derecho sea efectivo y cumpla su finalidad es indispensable que tenga una buena base de legitimidad. En todo régimen democrático de derecho el principio de legalidad es fundamental. Este principio tiene su fundamento en la justicia. La seguridad es un estado jurídico que protege eficazmente los bienes del hombre. Si las normas son justas y están dirigidas hacia el bien común, el cumplimiento y aplicación de ellas permitirá la presencia de la seguridad jurídica y por tanto se logrará la eficacia del sistema. Más adelante, en capítulos por escribir entraremos a detalle sobre este tema.

A. Artículo 14 constitucional

Determina el conjunto de limitaciones que el Estado impone a los particulares. Establece las fronteras y requisitos que debe tener el poder estatal en caso de que pretenda *molestar* la esfera jurídica de los ciudadanos. Este precepto constitucional le

dicta al Estado la obligación de cumplir con determinados requisitos para emitir actos de autoridad, generando con ello certidumbre jurídica en sus actuaciones. El segundo párrafo del artículo 14 es el que nos interesa más. En él, ubicamos la garantía de audiencia, entendida como el derecho que tiene toda persona a un proceso justo. Este derecho fundamental impone a todas las autoridades estatales, frente al particular, ejecutar todos sus actos conforme a las exigencias legales.

B. Artículo 16 constitucional

Otro derecho fundamental importante. La autoridad siempre debe actuar por escrito y sujetándose a lo que la ley le permite hacer. En este precepto constitucional son importantes dos figuras: la fundamentación (citar los preceptos legales con base en los cuales la autoridad emite un acto de molestia) y la motivación (establecer los argumentos que llevaron a la autoridad a emitir ese acto, es decir, las consideraciones que expliquen al particular, el porqué se le deben aplicar determinados preceptos legales). De ahí que, con apego a este artículo, el Ejecutivo cuando aplica el artículo 33 de la Constitución debe fundar y motivar el acto que da inicio al procedimiento administrativo que concluirá con la expulsión del extranjero que le resulte incómodo. De no hacerlo, estaremos en presencia de un acto fuera de la ley y totalmente arbitrario.

Así las cosas, lo más difícil para cualquier Estado democrático de derecho es armonizar los intereses particulares y los intereses de la colectividad. Para ello el Estado limita su actuar y su poder frente a los particulares. Es la misma Constitución quien establece los

frenos al poder estatal. Las autoridades están obligadas a que todos sus actos se sometan al Derecho. En términos de Böckenförde:

“... el Estado de Derecho busca siempre limitar y restringir el poder y el dominio del Estado a favor de la libertad del individuo y realizar el derecho material... pero el concepto del Estado de Derecho no se cuestiona los presupuestos de todo ello, es decir, de la existencia del dominio político, que hoy aparece bajo la forma del Estado como una unidad de decisión y poder políticos que ha de estar sometida a la ley y al Derecho, y frente a la cual hay que garantizar espacios de libertad.”³²

Está muy claro, el Estado de Derecho es la referencia al derecho fundamental de la libertad personal y a la limitación del poder del Estado. Sobre lo mismo, Jellinek clasifica las garantías del derecho público en garantías sociales, como la religión, la costumbre, las fuerzas culturales y en general, los elementos diversos que se dan en la dinámica de la sociedad; garantías políticas, dentro de las que comprende la organización misma del Estado y el principio de división de poderes; y jurídicas que se traducen en sistemas de fiscalización de los órganos estatales, de responsabilidad oficial, de jurisdicción y de los medios para hacer efectivas las normas de derecho objetivo. Por su parte, Kelsen alude a las garantías de la Constitución y las identifica con los procedimientos para asegurar el imperio de la Ley Fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, es decir, para garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o su contenido.

³² BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 44.

Fix-Zamudio sostiene al respecto que:

“Solo pueden estimarse como verdaderas garantías los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales...”³³

III. Derechos políticos

Los derechos políticos son derechos fundamentales en un doble sentido: primero, como derechos subjetivos de carácter básico que constituyen el fundamento de otros derechos e instituciones; y segundo, como derechos subjetivos consagrados en la Constitución. Robert Alexy elaboró una teoría sobre los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Teoría que sirve como herramienta de análisis de esos derechos en cualquier documento constitucional.³⁴

De acuerdo con Alexy, los derechos fundamentales pueden abordarse desde una doble perspectiva: como *normas* y como *posiciones jurídicas subjetivas*.³⁵ Como normas, los derechos fundamentales tienen de igual forma una doble naturaleza: o son principios o son reglas. Los principios son *mandatos de optimización*, es decir, son normas cuyo cumplimiento admite grados, según las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. El derecho general de participación en asuntos políticos es un principio en este sentido, pues no hay duda de que la participación política admite diversos grados de intensidad

³³ FIX-ZAMUDIO, Héctor y otro, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 2ª ed., Porrúa, México, 1964, p. 58.

³⁴ ALEXY, Robert, citado en Garzón Valdés, Ernesto, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

³⁵ *Ibidem*, pp. 76 y ss.

según las modalidades y límites que pueda imponerle un ordenamiento jurídico concreto.

La naturaleza de los principios queda en evidencia en el momento en que existe una colisión entre ellos. Si este fuera el caso, entonces es necesario hacer una ponderación entre los principios involucrados. El resultado será que uno de los derechos en conflicto retroceda a favor del otro, sin que aquél se considere inválido. Por su parte, las reglas contienen un mandato definitivo que se cumple o no se cumple, sin grados intermedios. En caso de conflictos entre reglas, una de ellas funcionará como excepción de la otra, o bien, si son de jerarquía distinta, una de ambas será declarada inválida. En tanto *derechos*, los derechos fundamentales definen tres clases principales de posiciones jurídicas subjetivas: *derechos a algo*, libertades y competencias.³⁶ Los *derechos a algo* pueden referirse tanto a acciones positivas como negativas por parte de los sujetos obligados, como el Estado. Las libertades implican acciones u omisiones que no están prohibidas ni son obligatorias, es decir, que el titular decide si las realiza o las omite. Por último, las competencias implican la facultad de producir cambios en las situaciones jurídicas vigentes.

Otro concepto central en la teoría de Alexy es el de *restricción* (o limitación) de los derechos fundamentales.³⁷ Las restricciones tienen la función de convertir a los derechos fundamentales que tienen el carácter de principios *prima facie* en reglas que determinan el ámbito dentro del cual *no* puede reclamarse la protección del derecho

³⁶ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1994, pp. 159 y ss.

³⁷ *Ibidem*, pp. 249 y ss.

fundamental. Por ejemplo, el artículo 35 constitucional señala, como prerrogativa del ciudadano, la de “asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país”. Sólo los mexicanos pueden reunirse y asociarse para desarrollar actividades que influyen en el ámbito político de la nación.

1. Derechos políticos y sistema constitucional

Los derechos fundamentales tienen una naturaleza jurídica compleja. Naturaleza que dista mucho de las obligaciones que tiene el Estado para con los particulares. Es más, estos derechos se constituyen como un límite al poder que ejerce el Estado al ser constitutivos de la organización y funcionamiento constitucional. Por ello los derechos políticos cumplen también una gran tarea en el orden constitucional. Los derechos políticos también funcionan como límites al poder del Estado. Desde una perspectiva general, los derechos políticos limitan al Estado en su función de garante de la autonomía del sistema político.

Los límites referidos, tienen su existencia en la naturaleza de los derechos políticos vistos como derechos de participación en condiciones de *estricta igualdad formal*.³⁸ De ahí que dichas restricciones no obedecen a consideraciones jurídicas estrictas, sino que también contemplan los factores de oportunidad política. Empero, como se trata de

³⁸ El Tribunal Constitucional Federal alemán, en su jurisprudencia sobre los partidos políticos, ha insistido en la igualdad estricta (formal) de los derechos de participación de los ciudadanos (no de los partidos), con la consecuencia de que los límites a los que está sujeto el legislador en su reglamentación son también más severos. Véase ARNIM, Herbert H., “der strenge und der formale Gleichheitssatz”, *Die öffentliche Verwaltung*, Colonia, 1984, pp. 85 y ss.

derechos positivos, no debemos sorprendernos que con mayor presencia los órganos jurisdiccionales se encarguen de definir y aplicar dichos límites.

2. Derecho general de participación en asuntos políticos

La Constitución federal por ninguna parte establece como principio un derecho general de esta naturaleza. Más bien, determina en su artículo 35 las prerrogativas que tiene el ciudadano. Dentro de éstas están los llamados derechos políticos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el Pacto) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención) –instrumentos ratificados por nuestro país– establecen expresamente, en sus artículos 25 y 23 respectivamente, el derecho de todo ciudadano a “participar en la dirección de los *asuntos públicos*, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”.

Como vemos, la Convención se refiere a *asuntos públicos* y no a *asuntos políticos*. A simple lectura parecería que estamos hablando de lo mismo. Pero me parece oportuno tratar de diferenciar estos conceptos. Porque no son lo mismo. Es decir, cuando nos referimos a *asuntos públicos* pensamos en todo aquello que interesa a una colectividad, a todos. Por su parte, cuando nos referimos a *asuntos políticos*, estamos hablando del tema político-electoral.

A nuestro ver, la existencia del derecho de participación en asuntos políticos sólo implica el deber que tiene el Estado para generar y perfeccionar todos los mecanismos

necesarios de dicha participación. Cualquier otra actividad, como la que desempeñan observadores internacionales de derechos humanos no encuadra en *asuntos políticos*. Todo lo contrario, cuando los observadores internacionales hacen su trabajo sólo se involucran en asuntos públicos. Los resultados de su tarea repercuten de manera pública en el país. A partir de sus conclusiones la colectividad sale ganando. No nos engañemos, gracias a la participación de estos activistas el Estado pone más empeño en respetar y garantizar los derechos fundamentales. Eso ha sucedido por lo menos en Chiapas. Es claro que al gobierno mexicano le interesa mantener una imagen positiva al exterior. La condena internacional es muy incómoda. El Estado entonces debe desarrollar y garantizar todos los derechos ligados al ejercicio de los derechos políticos.

3. Desarrollo y evolución de los derechos políticos

Parecieran lejanas aquellas épocas en las que se comenzó a gestar la transición política del país. Los primeros movimientos sociales que se presentaron en nuestra vida social marcaron el actuar de una nueva sociedad. Personalmente, considero que el movimiento estudiantil de 1968 sin duda, es un parte aguas en la vida democrática de nuestro México. Las batallas que se han librado para hacer efectivos los derechos políticos no han sido sencillas.

Afortunadamente la fuerza y el empuje de algunos sectores de la población han ocasionado ciertos avances. Un ejemplo evidente es la creación del Instituto Federal Electoral. Sin duda, otro ejemplo es la aparición de una justicia electoral. Una justicia que hasta la fecha dirime toda controversia de naturaleza político-electoral.

Desafortunadamente estas dos figuras en la actualidad atraviesan una etapa complicada. Es más, creo que las elecciones presidenciales del 2006 dejaron una sensación en la población de que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió el conflicto electoral bajo la influencia y presión de ciertos grupos importantes en la vida nacional, los medios de comunicación por ejemplo. Pero en fin, por lo pronto continuó con los derechos políticos.

4. Fronteras de los derechos políticos

Con el desarrollo del constitucionalismo moderno los derechos políticos del ciudadano se han ido internacionalizando. La globalización alcanza a casi todos los ámbitos de la vida social. Por ello, cuando terminó la Segunda Guerra Mundial los derechos fundamentales comenzaron a tener un carácter universal. Antes, los Estados consideraban que éste era un tema netamente interno. Es entonces que gracias a la universalidad de los derechos humanos se han creado ordenamientos e instituciones de carácter internacional que han venido a complementar e incluso, en algunos casos, a enmendar la plana a los sistemas jurídicos que tienen deficiencias evidentes en los mecanismos encargados de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales.

Es lógico el desarrollo planteado, es decir, los derechos fundamentales tienen su origen en el plano nacional. Después saltan al reconocimiento internacional. Actualmente muchos cambios o reformas a los ordenamientos que regulan la materia en referencia se dan por la influencia internacional. Ya ningún país puede permanecer aislado. Los medios de comunicación utilizan las más avanzadas tecnologías para dar a conocer

todo lo que acontece en el mundo. Por ello, los Estados democráticos deben avanzar en la medida en que avanza la comunidad internacional. Obvio, se tienen que tomar en cuenta muchas circunstancias. No podemos exigir que México, por ejemplo, avance al mismo ritmo que Alemania en materia de derechos fundamentales o en justicia constitucional, ellos de entrada tienen un Tribunal Constitucional mucho más sólido. Las características sociales, políticas, económicas, culturales, educativas, etc., son completamente distintas. Sin embargo, como mexicanos debemos aspirar y sobre todo debemos trabajar para que algún día podamos igualarnos a los países que en materia de derechos fundamentales marcan la pauta.

No es nada nuevo afirmar que la comunidad internacional influye de manera importante en el desarrollo democrático de los países. En países como el nuestro esta influencia se percibe más con la existencia de Convenciones y Organismos Internacionales de Derechos Humanos que han desarrollado mecanismos para que los Estados velen adecuadamente por los derechos fundamentales de las personas. Estos mecanismos al paso del tiempo influyen de tal manera que los Estados crean o modifican sus leyes en aras de equipararse con las disposiciones internacionales en esa materia. Así sucedió con la más reciente reforma a la Constitución federal.³⁹ La existencia de un sistema internacional de los derechos humanos no resulta cómodo para muchos países. No resulta cómodo para países como México. Desde siempre, el sistema político mexicano ha funcionado en aras de proteger los intereses de los grupos de poder.

³⁹ El Comité de Derechos Humanos de la ONU publicó el 6 de Abril de 2010 las observaciones en materia de derechos humanos que este organismo le hizo al Estado mexicano. (Observaciones consultables en www.miguelcarbonell.com) fecha de consulta: 7 de abril de 2010.

Los partidos políticos que han gobernado en nuestro país han actuado de manera tal que la sociedad percibe que no gobiernan respetando los intereses de la sociedad. Es por ello que la existencia de un sistema internacional evidencia las graves contradicciones que existen entre la vigencia universal de los derechos humanos y la existencia real en las estructuras internas. Esto es evidente en materia de derechos políticos. Por ejemplo, en México existe una contradicción que en lo personal me inquieta mucho. Remontémonos al año de 1994. La administración del entonces titular del Poder Ejecutivo, Carlos Salinas de Gortari, hacía lo imposible para que la comunidad internacional viera con buenos ojos su gestión. Entre muchas acciones el gobierno mexicano permitió el ingreso de observadores internacionales en las jornadas electorales para legitimar su gobierno, empero, no contaba con que el Ejército Zapatista de Liberación Nacional a principios de ese mismo año se levantara en armas y expusiera abiertamente su descontento social. A partir de esto, un sinnúmero de observadores internacionales de derechos humanos se presentaron en las comunidades inmersas en el conflicto para observar si el Estado mexicano respetaba los derechos fundamentales de sus habitantes. Sin embargo, estos observadores desde su llegada son sometidos a presiones e intimidaciones. Las autoridades migratorias no les dan libertad plena para desarrollar adecuadamente su tarea humanitaria, incluso, se les amenaza con la aplicación del artículo 33 constitucional. La incongruencia gubernamental es clara, a conveniencia el Estado mexicano permite o no la participación de organizaciones internacionales.

5. Derechos políticos exclusivos de los ciudadanos mexicanos

El Constituyente mexicano no estuvo satisfecho con definir quiénes son ciudadanos mexicanos y otorgarles derechos políticos exclusivos. Quería dejar muy claro, a través de la inclusión del polémico artículo 33 de la Constitución, que los extranjeros no deben ejercer estos derechos políticos, incluso, la reciente reforma a este precepto dejó intacta esta polémica prohibición. El artículo antes de la reforma decía:

Artículo 33. Son extranjeros los que no poseen 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.

Hoy el polémico artículo 33 establece:

Artículo 33. Son personas extranjeras las que no poseen las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.

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

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

A simple vista, la reforma no resuelve absolutamente nada. No se vislumbra por ninguna parte progresividad. El Constituyente insiste en mantener la facultad de que el Presidente a su saber y entender pueda expulsar a cualquier extranjero. Para muchos, este artículo resulta inaceptable. Para entender que pretendía el Constituyente del 17 con la redacción del 33 nos tenemos que remontar a la historia. La dolorosa experiencia mexicana con las intervenciones extranjeras fue la inspiración de los constituyentes de 1917 cuando decidieron la inserción del Artículo 33. España estableció un bloqueo marítimo desde sus bases en Cuba y Puerto Rico (1821-1828) e intentó una reconquista en 1832. Entre los pasajes históricos que más han dejado huella en el colectivo nacional fue la invasión, ocupación y conquista de la mitad del territorio nacional por el ejército de los Estados Unidos en 1845-1849 y la imposición francesa del príncipe de Habsburgo como emperador de México entre 1862 y 1867.

El desarrollo económico del país no se mantuvo alejado de estos conflictos entre mexicanos y extranjeros. Bajo la administración de Porfirio Díaz, el gobierno mexicano se sintió obligado a nacionalizar los ferrocarriles porque los intereses británicos en este campo se volvieron excesivos (1907-1910). Los gobiernos revolucionarios de las décadas de 1920 y 1930 hicieron a las compañías petroleras extranjeras su blanco favorito hasta que la expropiación de 1938 dirimió la situación.

Actualmente, la retórica nacionalista está viva a lo largo del espectro ideológico. Para los políticos de derecha, sobre todo, la defensa de los derechos fundamentales es una especie de Caballo de Troya contra la seguridad nacional. Para los de izquierda, las verdaderas amenazas intervencionistas son las políticas económicas de las organizaciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Cualquiera que sea el caso, el texto del artículo 33 de la Constitución, no elimina la facultad que tiene el Ejecutivo para expulsar a extranjeros del país. En fin, la existencia del artículo 33 en nuestro sistema constitucional obedece a las intervenciones militares extranjeras que nuestro país sufrió durante buena parte de su historia. Hoy, la existencia de un artículo como el 33 sigue siendo cuestionable. Me parece, como ya apunté, que los legisladores no aprovecharon la coyuntura histórica para armonizar el artículo 33 constitucional con los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales.

Pues bien, los derechos políticos exclusivos de los mexicanos de acuerdo con el artículo 35 de nuestra Constitución federal son:

Art. 35.- Son prerrogativas del ciudadano:

I.- Votar en las elecciones populares;

II.- Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley;

III.- Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;

IV.- Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y

V.- Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

Está claro entonces que sólo los ciudadanos mexicanos pueden ejercer estos derechos. Justo este artículo determina que debemos entender por asuntos políticos. Si un extranjero desarrolla cualquier otra actividad lícita distinta a las numeradas en el artículo 35 constitucional de ninguna manera se involucra en asuntos políticos nacionales.

A. Derecho al voto activo

En cualquier democracia e incluso en democracias en vías de desarrollo como la nuestra el voto es el derecho de participación política por excelencia, no hay más. El sufragio no es otra cosa que la facultad que tiene el ciudadano de manifestar su voluntad a favor de los candidatos a ocupar cargos de elección popular de todo tipo. El voto, según lo establece el artículo 4º, fracción II del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, es universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible. En otras palabras, el voto activo sirve para elegir a quiénes ocuparán los cargos que la Constitución establece que deben ser designados por elección popular, ya sea a los representantes en el poder legislativo o a los gobernantes en los distintos niveles de gobierno. Sólo los ciudadanos mexicanos tienen derecho al voto activo.

B. Derecho al voto pasivo

La segunda fracción del artículo 35 establece el derecho al voto pasivo. Este voto, como sabemos, se refiere a la capacidad que tiene una persona para ser elegido a cualquier cargo de elección popular. Al respecto, la Constitución federal y las leyes electorales determinan cuales son los requisitos para que un individuo pueda ser electo. En resumen, tanto el derecho al voto activo como el derecho al voto pasivo son dos instituciones claras de participación ciudadana exclusiva de los mexicanos. Esta actividad desde luego, repercute en el ámbito político nacional. Por medio de estas figuras se eligen a quienes conducirán los destinos de la nación. Por tanto, los ciudadanos que ejercen estos derechos hacen política.

C. Derecho de asociación política

Este derecho reconoce a las personas la posibilidad que tienen de asociarse con fines políticos, derecho que sólo tienen los ciudadanos mexicanos y que evidentemente está prohibido para los extranjeros. El artículo 33 constitucional que estudiamos, claramente establece que los extranjeros no pueden participar en actividades políticas o en asuntos políticos del país y, en consecuencia asociarse para ese fin. Está claro entonces que los extranjeros cuando realizan actividades humanitarias no incurren en ninguna falta y mucho menos se inmiscuyen en asuntos políticos nacionales, ya dijimos que la forma de asociación con fines políticos tradicional en una democracia en desarrollo como la nuestra son los partidos políticos, a los que incluso en nuestro sistema democrático se les reconoce una exclusividad para postular y registrar candidatos a los cargos de elección popular.

La participación ciudadana⁴⁰ en los procesos electorales del país es indispensable. Los procesos electorales son el medio más eficiente para cualquier sistema democrático de derecho. Por medio de las elecciones los ciudadanos elegimos a quienes conducirán las riendas de la nación. Sólo así los ciudadanos participamos políticamente. Por eso, reitero, si un extranjero no se asocia o se reúne con los fines que señalamos, no debe ser expulsado de nuestro territorio. Desafortunadamente, esto no ha sido así, a consecuencia del levantamiento zapatista en Chiapas, muchos observadores internacionales de derechos humanos ingresaron a las zonas de conflicto para desempeñar actividades humanitarias. Empero, equivocadamente el Estado mexicano ha considerado esto como una forma de participación política. Interpretación totalmente errónea y arcaica. El Estado mexicano debe cambiar por completo esta idea e interpretar el artículo 33 constitucional con apego a los derechos fundamentales. Tenemos que superar los viejos mitos y abrirnos a la vanguardia. Tenemos que interpretar los principios constitucionales de manera progresista. Una peculiaridad importante del derecho de asociación con fines políticos consiste, siguiendo al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en adelante TEPJF), en que su ejercicio se satisface cuando el ciudadano se adhiere sólo a una organización, es decir, que no permite la afiliación simultánea a dos o más partidos o agrupaciones políticas.⁴¹ Entonces, bajo estos supuestos, si un extranjero se asocia con otras personas para desempeñar actividades humanitarias de ninguna manera se involucra en asuntos políticos.

⁴⁰ Robert Alexy opina que estamos en presencia de un derecho complejo, pues comprende al mismo tiempo un derecho de acciones positivas y negativas por parte del Estado (creación de un régimen jurídico apropiado y no interferencia, respectivamente), una libertad negativa (el ciudadano decide si se asocia o no) y una competencia para la creación de nuevos entes jurídicos.

⁴¹ Sala Superior, tesis S3ELJ 59/2002 y 60/2002, en TEPJF (2003^a, pp. 66-68).

IV. Política migratoria internacional y nacional

La presencia de extranjeros que desarrollan actividades humanitarias en nuestro país o en cualquier otra nación tiene una esencia multidisciplinaria. Por ello los Estados se ven en la necesidad de generar políticas migratorias. La movilidad de estos personajes la tenemos que ver como un derecho fundamental de libertad de tránsito. La participación de estos grupos internacionales debe ser vista como un factor de transformación y evolución de la sociedad. No existe nación en el mundo que pueda ser ajena a este fenómeno. Las crisis económicas, las guerras civiles, los desastres ecológicos, los disturbios raciales, étnicos, religiosos y los ataques terroristas, han propiciado inevitablemente la presencia de activistas internacionales por todo el orbe. La presencia de estos activistas debe verse como un fenómeno de origen cien por ciento humanitario. La lucha por mejores condiciones de vida, por el respeto a la dignidad, por anhelos de superación, por seguridad de los derechos fundamentales, han motivado que la observancia de éstos sea cada vez más significativo y necesaria.

En nuestro país, la Ley General de Población (en adelante LGP) señala cómo pueden internarse a nuestro territorio los extranjeros. Parte de la política migratoria de todo país, está en definir quiénes son sus nacionales y quiénes son considerados extranjeros, así lo define el artículo 30 de la Constitución federal:

Art. 30.- La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A).- Son mexicanos por nacimiento:

I.- Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

II.- Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional.

III.- Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y

IV.- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B).- Son mexicanos por naturalización:

I.- Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.

II.- La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

Por otra parte, el artículo 2º fracción IV de la Ley de Nacionalidad, establece:

Artículo 2o.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

I...

II...

III...

IV. Extranjero: Aquel que no tiene la nacionalidad mexicana.

La migración actualmente es, sin duda, un tema prioritario para cualquier política internacional. Por eso resulta necesario considerar los factores que inciden en la definición de las políticas migratorias. No podemos concebir una política migratoria como un problema de solución al interior de cada Estado, es menester ubicar su tratamiento a nivel interno y externo, ya que negar la influencia que ejerce el exterior en la definición de las políticas de cada Estado es incuestionable. La construcción de la política migratoria de un país y en una región, se determina por el impacto que ejerce la comunidad internacional, por ejemplo, la globalización definitivamente permite que hoy en Europa se esté hablando de una nacionalidad común. Rechazar la presencia de activistas en materia de derechos humanos, constituye en sí mismo el rechazo a las conquistas en el campo de los derechos universales.

1. Políticas migratorias

Es necesario dejar claro que las políticas migratorias inciden sobre la tendencia de los flujos migratorios y en la presencia de observadores internacionales de derechos humanos. La presencia de activistas humanitarios es consecuencia de factores sociales, económicos y culturales. Su estudio debe ser analizado desde los diversos ángulos del desarrollo socioeconómico y cultural de una nación. Las mejores políticas migratorias son y serán siempre, las que toman en cuenta los factores reales, esto es lo

que hace exitosa a una política migratoria. Los Estados deben construir la política migratoria interna considerando su desarrollo y sus capacidades de negociación con el exterior.

Las políticas migratorias forman parte de las políticas públicas, es por ello, que corresponde a cada Estado establecer las reglas de su política migratoria, es así como la política migratoria varía de Estado a Estado y la percepción que de dicho fenómeno tengan los gobernantes será la que determine la política y el plan de acción a realizarse. La situación ideal parte de planteamientos deseables del comportamiento entre los factores políticos, económicos, sociales y culturales de una sociedad para con los visitantes extranjeros. El plano ideal es aquel en el que se permita al Estado gobernar y que el Estado respete los derechos fundamentales de las personas no sólo en lo individual, sino también en lo colectivo. Veamos entonces los aspectos generales de la política migratoria en nuestro país.

2. Aspectos generales de la política migratoria en México

En México la política migratoria es explícita, nace a través de un texto legal, más que de una realidad social. Las políticas migratorias pueden o no estar asociadas a un esquema de planificación integral o programática de largo alcance, como clave de un proyecto nacional, o en su defecto, como un medio de control económico social o de relaciones internacionales.

En nuestro país, la política migratoria se incorporó en los distintos instrumentos legales, reglamentarios y administrativos que hoy regulan la actividad migratoria dentro del territorio nacional. La LGP determina las formas en que, los derechos fundamentales de los extranjeros se encuentran regulados, fijando sus límites y condiciones para el ingreso y salida del territorio nacional.

La política migratoria mexicana debe ser honesta con su propia realidad y con las circunstancias que le afectan para bien o para mal. ¿Qué necesita el Estado mexicano en política migratoria? Considero que el gobierno mexicano debe generar una dinámica migratoria que no sólo facilite el ingreso sino la permanencia de los extranjeros dentro del territorio nacional para fomentar el crecimiento cultural de la nación.

Por ello considero que la política migratoria nacional debe enfocarse en una realidad, la política migratoria debe ser congruente, no puede por un lado, tener un grupo de protección a migrantes (Grupo Beta), que se dedica a proteger el tránsito de los nacionales y extranjeros dentro del territorio nacional para cruzar a Estados Unidos de Norteamérica y por otro, aplicar arbitrariamente las leyes para expulsar extranjeros que llevan a cabo tareas humanitarias. Esto desde luego, deja evidencia de una simulación de objetivos en la política migratoria nacional.

En México se debe aplicar un nuevo esquema de regulación migratoria, sustentado en el reconocimiento de la persona y sus conocimientos, su formación, su actividad lo que

representa su contribución al país, México no debe tener una política basada en intereses políticos internos. La migración enfrenta diversos problemas que han llegado a ser trascendentales para la evolución de las sociedades modernas. Las tensiones que se presentan entre el fenómeno migratorio y otros derechos inherentes a la persona humana, como el derecho a la salud, al desarrollo, a la alimentación, a la información, a la libertad de expresión, son algunos ejemplos de la necesidad de enriquecer con argumentos lógicos y jurídicos la existencia de una reingeniería en la regulación y protección de los derechos de extranjería en nuestro país.

3. La Secretaría de Gobernación (SEGOB) como autoridad migratoria en México

En nuestro país, el fenómeno migratorio se consideró parte de la política poblacional a partir de la LGP de 1936. Por ello la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su artículo 27, fracción IV establece como facultad de la SEGOB el formular y conducir la política de población.

De igual manera, la LGP determina como facultad de la SEGOB dictar, promover y coordinar en su caso, las medidas adecuadas para resolver los problemas demográficos, siendo facultad de la misma el dictar las medidas necesarias para sujetar el ingreso de extranjeros a las modalidades que juzgue pertinentes y procurar la mejor asimilación de éstos al medio nacional y su adecuada distribución en el territorio en

caso de que pretendan residir en el país, además de restringir la emigración de nuestros nacionales cuando el interés nacional así lo exija.⁴²

En suma, el diseño, elaboración, aplicación y evaluación de la política migratoria en nuestro país corresponde a la SEGOB, quien organiza y coordina los distintos servicios migratorios; vigila la entrada y salida de los nacionales y extranjeros y revisa la documentación de los mismos; aplica la LGP, su reglamento y las demás facultades que le confieren otros instrumentos jurídicos en el ámbito migratorio, todo eso lo debe realizar velando por el respeto de los derechos fundamentales y por la integridad familiar de los sujetos que regula.⁴³

A. Instituto Nacional de Migración

El 19 de noviembre de 1993 se crea el Instituto Nacional de Migración (en adelante INM) como órgano técnico desconcentrado dependiente de la SEGOB. Con la creación del INM, se especializa el servicio migratorio en nuestro país bajo los siguientes principios:

- a) La regulación y control migratorio, se sustentará, en una política de amistad, cooperación y solidaridad internacional.
- b) La adecuación de sus objetivos y estrategias al proceso de globalización y a las prioridades del desarrollo nacional que le son inherentes.

⁴² Artículo 2° y 3° de la Ley General de Población.

⁴³ Artículo 7° Ley General de Población.

Al INM se le creó con el objeto de planear, ejecutar, controlar, supervisar y evaluar los servicios migratorios. Posteriormente, el 31 de agosto de 1998, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento Interior de la SEGOB, en él, específicamente en el Capítulo VI establece la existencia de los Órganos Administrativos Desconcentrados de dicha Secretaría, quedando asentado en el artículo 30 lo siguiente:

Artículo 30. Para la más eficaz atención y el eficiente despacho de los asuntos de su competencia, la Secretaría contará con órganos administrativos desconcentrados que le estarán jerárquicamente subordinados.

Así entonces, los objetivos del INM son: planear, ejecutar, controlar, supervisar y evaluar los servicios migratorios; así como, el ejercicio de la coordinación con las diversas dependencias de la Administración Pública Federal, que concurren a la atención y soluciones de los asuntos relacionados con la materia.

B. Estructura y atribuciones del Instituto Nacional de Migración

El 14 de abril de 2000, en el Diario Oficial de la Federación se publicó el Reglamento de la Ley General de Población (en adelante RLGP). Este reglamento incorpora en su capítulo sexto, del artículo 133 al 138, al INM como autoridad migratoria.

Artículo 133.- El Instituto, en el ejercicio de sus funciones, procurará que los movimientos migratorios de nacionales y extranjeros favorezcan el desarrollo económico, social y cultural del país. En ello, se preservará la seguridad y

soberanía del país, en pleno apego a la ley y con amplio respeto a los derechos de los migrantes.

Es importante señalar que en el reglamento no se precisan cuales son las funciones que realizará el Instituto, de ahí que el mismo artículo 136 nos remita al Reglamento Interior de la SEGOB, para el efecto, señala:

Artículo 136.- El Instituto tendrá las funciones, facultades, atribuciones y la organización administrativa que el Reglamento Interior de la Secretaría y demás disposiciones en la materia le señalen.

Al servicio central del INM corresponde:

- a) la regulación del flujo y la estancia migratoria de los extranjeros;
- b) el establecimiento de los procedimientos operativos en materia migratoria;
- c) la dirección, distribución y vigilancia del personal encargado del ejercicio de la función migratoria;
- d) la imposición de las sanciones en los casos de violación a la LGP o al presente Reglamento;
- e) el desahogo de las consultas formuladas;
- f) el registro de extranjeros;
- g) la compilación de la estadística de la materia y

h) las demás que fije la Secretaría.⁴⁴

Está claro entonces que el INM tiene como finalidad atender el servicio migratorio interior, por ello su estructura y sobre todo su naturaleza jurídica se determina tanto en el Reglamento Interior de la SEGOB como en el Reglamento de la LGP. En ambos instrumentos se precisa que el INM es un órgano técnico desconcentrado de la SEGOB,⁴⁵ naturaleza jurídica que desde su creación le fue conferida por el Titular del Ejecutivo Federal.

C. Grupos Beta de protección a migrantes

Ya en el apartado: Aspectos generales de la política migratoria en México mencionamos brevemente a los Grupos Beta. ¿Qué son? Estos grupos nacen en nuestro país a consecuencia de un problema real: la incontrolable migración de nacionales y extranjeros hacia los Estados Unidos de Norteamérica. Es un hecho que el flujo migratorio hace transitar a cientos, a miles de personas por los lugares inhumanos y peligrosos. Los Grupos Beta tienen una naturaleza humanitaria, digamos que es *la cara bonita* de las autoridades migratorias. A través de estos grupos se protege a los nacionales y extranjeros que pretenden cruzar nuestra frontera norte. No obstante, esta cara bonita del quehacer migratorio y lo noble que pudiere ser este programa no es otra cosa que *incongruencia estatal*, por una parte el gobierno mexicano fomenta la creación y la actividad de estos grupos y por otro no respeta los derechos fundamentales de los extranjeros que desempeñan actividades humanitarias en nuestro país.

⁴⁴ Artículo 90 del Reglamento de la Ley General de Población.

⁴⁵ Artículo 36 del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación.

El artículo 137 del Reglamento de la LGP determina:

Artículo 137.- La Secretaría podrá crear grupos de protección a migrantes que se encuentren en territorio nacional, los que tendrán por objeto la protección y defensa de sus derechos humanos, así como de su integridad física y patrimonial, con independencia de su nacionalidad y de su condición de documentados o indocumentados; dichos grupos se crearán en el marco de los acuerdos de coordinación que para el efecto se celebren con los ejecutivos de las entidades federativas, considerando, en todo caso, la participación que corresponda a los municipios.

Es obligación de la autoridad migratoria el proteger y defender los derechos fundamentales, la integridad física y patrimonial de los individuos independientemente de su nacionalidad y de su condición de documentados o indocumentados y no debe ser vista como una obligación exclusiva de los grupos de protección a migrantes. Esto se establece en el artículo 1º de nuestra Constitución federal. Toda autoridad debe respetar, proteger y defender los derechos fundamentales de toda persona. Desafortunadamente, resulta evidente que la razón que tuvo el gobierno mexicano para crear estos grupos, fue política y no jurídica, al gobierno mexicano le urgía en ese momento dar una imagen a nivel internacional de respeto por los derechos fundamentales en respuesta al recién firmado Tratado de Libre Comercio celebrado con Estados Unidos de Norteamérica y Canadá.

V. Ley General de Población

En contraposición a la política poblacional de 1936 y 1947, esta nueva ley (Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día 7 de enero de 1974), se plantea el problema del crecimiento demográfico, la exposición de motivos hace especial énfasis en dicho fenómeno como un problema severo extraído de una evidente realidad, de ahí que señale que la política demográfica debe considerar el volúmen, la estructura, la dinámica y la distribución de la población; incluyendo la planificación familiar y las vías que permitan efectuar la transformación de la población.

En la misma exposición de motivos, se hizo el señalamiento de que la nueva ley generaba una política migratoria en términos favorables para la satisfacción de los intereses nacionales; así como restrictiva, en los casos en que se requiera proteger la actividad económica, profesional o artística de los mexicanos. Se enfatizó el tratamiento individual y no colectivo de los permisos de ingreso a territorio nacional, otorgando prioridad a la internación de investigadores, científicos y técnicos a los que dice se da un tratamiento especial, en razón de que su ingreso puede ser útil al desenvolvimiento nacional.

Pues bien, no cabe duda que la retórica y la demagogia legislativa resultan conmovedoras. ¿Entonces qué pasa con los observadores internacionales de derechos humanos que han sido expulsados de nuestro país? ¿Acaso su presencia no es de utilidad? Incluso los legisladores han tenido cada ocurrencia que da pena ajena. El legislador plasmó en la ley los beneficios que tiene cualquier persona de solicitar asilo

en nuestro país, aseverando en la exposición de motivos en referencia que: “de esta suerte, nuestro país reafirma y enriquece su convicción humanista, sin distinción de nacionalidades”.⁴⁶ ¡Qué frase! está claro que existe una gran contradicción entre el discurso oficial y la realidad.

No es que, con antelación a esta Ley, no existiese la obligatoriedad de la autoridad de respetar los derechos fundamentales de los extranjeros, ello era obligatorio desde 1917, con la promulgación de la Constitución federal,⁴⁷ y posteriormente con la ratificación por parte del Senado y su publicación en el Diario Oficial de la Federación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), artículo 1º,⁴⁸ lo cierto es que, hacer énfasis en dicha circunstancia, resultaba imperativo, ante una crisis política migratoria que se veía latente con el conflicto del EZLN en el estado de Chiapas y con ella, la internación de extranjeros en número significativo que se dirigían a dicho territorio para observar el respeto de los derechos fundamentales de la población.

La LGP, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Convención regula los fenómenos que afectan a la población, así que:

ARTICULO 1o.- Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de observancia general en la República. Su objeto es regular los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y

⁴⁶ Cámara de Diputados, *Diario de Debates*, 13 de septiembre de 1973.

⁴⁷ Artículo 1º.

⁴⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Vademécum Penal Federal*, INDEPAC EDITORIAL, México, 2002, p. 995. “1º. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra condición social.”

distribución en el territorio nacional, con el fin de lograr que participe justa y equitativamente de los beneficios del desarrollo económico y social.

También la LGP regula la inmigración, emigración y repatriación como las tres columnas fundamentales del fenómeno migratorio en México; no existen definiciones concretas respecto de estos tres términos, la LGP señala cómo pueden internarse a territorio nacional los extranjeros, pero no define qué debe entenderse por extranjero, ni por inmigrante y en general no hace una referencia conceptual concreta de las calidades y características migratorias que la conforman.

Consecuentemente, es de considerarse que las actividades autorizadas a los extranjeros no contravengan el espíritu mismo de la calidad y característica migratoria otorgada por la autoridad. Cabe señalar que existe una desarticulación en cuanto a las características migratorias de los No Inmigrantes e Inmigrantes, lo cual es significativo, dado que es muestra de una falta de técnica jurídica por parte del legislador, que no obstante las reformas de 1996, no tuvo el empeño por generar una dinámica migratoria que le permitiese dar continuidad a las calidades y características migratorias en un esquema lógico-jurídico, ya que las calidades y características migratorias se otorgan por la autoridad migratoria con plena facultad discrecional.

1. Calidades y características migratorias en México

La legislación migratoria vigente en nuestro país, ha creado dos calidades migratorias que permiten el ingreso de extranjeros a territorio nacional (No inmigrante e inmigrante. Artículo 41 LGP). Los siguientes párrafos abordarán las calidades, características y modalidades migratorias con las que se determina la internación y permanencia de los extranjeros en territorio nacional.

A. No inmigrantes

Los no inmigrantes están regulados en el artículo 42 de la LGP. La calidad migratoria en referencia tiene como finalidad el permitir el ingreso a territorio nacional, a los extranjeros que no tienen la intención de radicarse en el mismo. La LGP regula la actividad y la conducta que desplegará el extranjero dentro del territorio nacional. El artículo 42 también determina cuáles son las características migratorias: 1. Turista; 2. Transmigrante; 3. Visitante; 4. Ministro de culto o asociado religioso; 5. Asilado político; 6. Refugiado; 7. Estudiante; 8. Visitante distinguido; 9. Visitantes locales; 10. Visitante provisional; y 11. Corresponsal. En párrafos siguientes escribiré sobre la característica que me interesa, la de Visitante. El artículo 163 fracción VI del Reglamento de la Ley General de Población (en adelante RLGP) señala varias modalidades. Para efectos de este trabajo sólo me interesan dos, la de Visitante Observador de Derechos Humanos y la de Visitante para Conocer Procesos Electorales.

Muy bien, el Visitante Observador de Derechos Humanos es el extranjero que se interna con el propósito de observar la aplicación y respeto de los Derechos Humanos.

El artículo 163, fracción VI, del RLGP establece:

Artículo 163.- El extranjero o extranjera que solicite autorización, dentro de la característica de Visitante a que se refiere el artículo anterior, en las modalidades que específicamente se señalan, se sujetará a las siguientes reglas:

VI. VISITANTE OBSERVADOR DE DERECHOS HUMANOS. Tratándose de visitantes observadores de derechos humanos, la solicitud y el permiso respectivo se otorgarán de conformidad con las siguientes reglas:

- a) El permiso de internación se autorizará exclusivamente por las oficinas centrales del Instituto;
- b) Los sujetos que podrán ingresar al amparo de la presente fracción serán aquellos extranjeros y extranjeras que pretendan internarse a México para conocer la situación de los derechos humanos in situ, independientemente de que pertenezcan o no a un Organismo No Gubernamental. La solicitud de internación deberá ser presentada cuando menos con quince días de anticipación a la fecha en que pretendan internarse a territorio nacional, el Comisionado podrá autorizar la disminución de este plazo;
- c) Tratándose de grupos, la autorización se realizará de manera individual en un máximo de diez individuos por organización o grupo de organizaciones. El Comisionado podrá autorizar la ampliación de ese límite;

- d) La temporalidad autorizada será de diez días contados a partir de la fecha de ingreso a territorio nacional, el Comisionado podrá autorizar la ampliación de la temporalidad concedida y, en su caso, la prerrogativa de entradas y salidas múltiples;
- e) El Comisionado, podrá autorizar al Directivo de mayor rango de Organizaciones No Gubernamentales Internacionales con estatus del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, estancias en nuestro país, por una temporalidad hasta de un año, mismas que pueden ser prorrogadas a su vencimiento, a solicitud del interesado;
- f) Para los casos en que un observador de derechos humanos se encuentre documentado en México y pretenda visitar otra entidad federativa distinta a la autorizada, deberá solicitarlo a las oficinas centrales del Instituto o a la Delegación que corresponda, anexando el nuevo programa de trabajo a desarrollar, y
- g) La solicitud de internación deberá cumplir los siguientes requisitos:
 - 1. Anexar, en su caso, copia certificada de la escritura constitutiva o del instrumento que acredite la legal existencia de la Organización No Gubernamental, con su respectiva traducción al español; se debe acreditar que la citada organización cuenta con una antigüedad mínima de cinco años al momento de presentar la solicitud; o acreditar que cuenta con el estatus consultivo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas;
 - 2. Documento por medio del cual se acredite plenamente ser miembro de la Organización No Gubernamental;

3. Programa de trabajo en el que se señale: actividades, instituciones a visitar o entrevistar, así como las entidades federativas y localidades que pretenda visitar;
4. Documentos, registros o certificaciones que acrediten la experiencia previa del extranjero en relación con las actividades que pretende realizar;
5. Cuando la visita sea consecuencia de invitación de una Organización No Gubernamental o institución mexicana, se deberá presentar la carta invitación y la carta responsiva emitida por persona legalmente facultada para ello; en todo caso, la institución mexicana deberá acreditar los requisitos previstos en el numeral uno;
6. Cuando se trate de un observador de derechos humanos que no pertenezca a una Organización No Gubernamental deberá acreditar tener experiencia en las actividades que pretenda desarrollar, y
7. Tratándose de visitas que tengan dentro de su finalidad la de otorgar donaciones, deberá, adicionalmente, cumplir con la normatividad aplicable.

Una vez autorizada la internación del extranjero o extranjera al país, en el documento migratorio respectivo se anotará el contenido de los artículos 9, 11 y 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como 34 y 43 de la Ley General de Población.

¿Más requisitos? Es increíble que para desempeñar actividades tan sensibles y humanitarias los extranjeros tengan que recorrer un camino lleno de piedras, un camino

con demasiadas trabas. Tratándose de derechos fundamentales el Estado mexicano debería facilitar los trámites para que los extranjeros puedan realizar sus tareas. ¿O acaso el gobierno mexicano quiere ocultar las condiciones actuales de los derechos fundamentales en Chiapas? No hay duda de que el Estado mexicano tiene derecho a controlar el acceso de los visitantes extranjeros a México. Sin embargo, tantos requisitos limita el acceso a los organismos internacionales de derechos humanos, el gobierno mexicano da la impresión de ser contrario al espíritu y a la intención del artículo 9.4 de la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos, (Declaración sobre Defensores de los Derechos Humanos), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998. Dicho artículo determina:

[...] toda persona tiene el derecho, individual y colectivamente [...] a dirigirse sin trabas a los organismos internacionales que tengan competencia general o especial para recibir y examinar comunicaciones sobre cuestiones de derechos humanos y libertades fundamentales, y a comunicarse sin trabas con ellos.

Si el Estado fuera congruente con su discurso permitiría y facilitaría la presencia de extranjeros observadores de derechos humanos. Bueno, ésta modalidad nace en 1998 en atención de que muchos observadores de derechos humanos vinieron a la sierra chiapaneca. Mucho se habló de ello en la prensa, las críticas al gobierno mexicano fueron muchas, a nivel internacional y nacional. Al gobierno mexicano se le señaló

como agresor de derechos fundamentales por aplicar una política migratoria cerrada y su posición de ocultar el conflicto con el EZLN. Desde luego que la medida fue evidentemente política y el gobierno mexicano, por conducto del INM tenía que enfrentar tal situación y además establecer las reglas necesarias para que los extranjeros pudieran observar el respeto o no de los derechos fundamentales en nuestro territorio.

Por eso, como medida emergente se emitieron las reglas a las que se sujetarían los observadores de Derechos Humanos *in situ* mediante la circular *INM/001/98* titulada *reglas a las que se sujetará el permiso de internación para visitantes miembros de Organizaciones No Gubernamentales interesados en conocer in situ la vigencia de los Derechos Humanos en México*, publicada en Diario Oficial de la Federación el 14 de octubre de 1998. La autoridad migratoria respondió con prontitud a un evento no previsto, pero que indudablemente era el símbolo del nuevo mundo globalizado, la necesidad de crear instrumentos jurídicos que den pauta a un libre flujo de personas es y será el reto de los próximos años. Sin embargo, tendremos que esperar, porque como ya vimos, hoy los requisitos para ingresar al país para desempeñar actividades humanitarias son demasiados. Pareciera que la autoridad migratoria, trató de abarcar en lo posible, el hecho de impedir que los extranjeros so pretexto de observar los derechos humanos *in situ* pudieran influir en actos de política interna.

La siguiente modalidad que me interesa analizar es la de Visitante para Conocer de Procesos Electorales. En párrafos anteriores he externado la idea de que el Estado

mexicano incurre en severas contradicciones y aberrantes incongruencias en materia migratoria. Por una parte el gobierno permite que extranjeros se involucren en las jornadas electorales y por otra expulsa de nuestro territorio a extranjeros que observan el respeto de los derechos fundamentales en nuestro país. Para muestra, veamos el artículo 163, fracción VII del RLGP que dice:

Artículo 163.- El extranjero o extranjera que solicite autorización, dentro de la característica de Visitante a que se refiere el artículo anterior, en las modalidades que específicamente se señalan, se sujetará a las siguientes reglas:

VII. VISITANTE PARA CONOCER PROCESOS ELECTORALES. El extranjero o extranjera que pretenda internarse a territorio nacional para conocer las modalidades del desarrollo de procesos electorales federales o estatales en su caso, se ajustará a las siguientes reglas:

- a) Toda solicitud deberá estar avalada por el organismo electoral federal o local de que se trate, según sea el proceso electoral que se pretenda cubrir.
- b) El interesado deberá acreditar de manera fehaciente que pertenece a una organización, institución o asociación que tenga objetivos congruentes con las actividades que pretenda realizar, misma que deberá respaldar su solicitud y acreditar plenamente que se responsabiliza de cubrir los gastos que origine la estancia del extranjero en el país, y
- c) Una vez autorizada la internación del extranjero o extranjera al país, en el documento migratorio respectivo se anotará el contenido de los artículos 9,

11 y 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como 34 y 43 de la Ley.

Haciendo un rápido ejercicio comparativo podemos ver que los requisitos y condiciones que se le imponen a los observadores de derechos humanos son mucho más de los que necesita un observador de procesos electorales. ¿Es o no contradictorio el Estado mexicano? Reitero, no cabe duda que el gobierno aplica la ley en función de intereses políticos, financieros, el gobierno mexicano aplica la ley a su conveniencia. Parece que nunca antepone la defensa de los derechos fundamentales, pero eso sí, ¿qué tal los discursos llenos de demagogia?

B. Inmigrante

No me detendré mucho en esta calidad migratoria sólo mencionaré que el artículo 44 de la LGP define que el inmigrante es el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiere la calidad de Inmigrado. Las características del inmigrante las establece el artículo 48 de la LGP: 1. Rentista; 2. Inversionista; 3. Profesional; 4. Cargos de confianza; 5. Científico; 6. Técnico; 7. Familiares; 8. Artistas y deportistas; y 9. Asimilados.

VI. Sanciones en materia migratoria

Bueno, para finalizar este capítulo creo conveniente plasmar como sanciona administrativamente la LGP las faltas en que incurren algunos extranjeros que se

encuentran legalmente en nuestro país. Considero que estas sanciones son suficientes, me parece que la expulsión sólo debe aplicarse en caso de que el extranjero ponga en riesgo la seguridad nacional, en capítulos por escribir desarrollaré mejor esta idea, por lo pronto, veamos las sanciones que la LGP señala:

Capítulo VIII. Sanciones.

ARTICULO 118.- Se impondrá multa de veinte a cien días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, al extranjero que:

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

g) Contraiga matrimonio con mexicano en los términos previstos en el artículo 127.

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

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

ARTICULO 125.- El extranjero que incurra en las hipótesis previstas en los artículos 115, 116, 117, 118 y 138, será expulsado del país o repatriado a su país de origen si existiese convenio con este último, sin perjuicio de que se le apliquen las penas previstas en dichos preceptos.

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

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

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

ARTICULO 126.- En los casos en que se atente en contra de la soberanía o la seguridad nacional, la expulsión será definitiva. En todos los demás casos la Secretaría de Gobernación señalará el período durante el cual el extranjero no deberá reingresar al país. Durante dicho período, sólo podrá ser readmitido por acuerdo expreso del Secretario de Gobernación o del Subsecretario respectivo.

Me detendré en este artículo. Sólo en los casos en que se atente contra la soberanía y/o la seguridad nacional se podrá expulsar al extranjero. Estamos de acuerdo, a medias, es decir, compartimos la idea de que si un extranjero pone en riesgo la seguridad nacional pueda ser expulsado del país. Dicha expulsión debe ser consecuencia de un procedimiento claro. Sin embargo, la reciente reforma al 33 constitucional no lo refiere de esta manera, la reforma –a mi parecer– es ambigua y no resuelve nada, me explico, el Constituyente mantiene intacta la facultad que tiene el Presidente para expulsar a extranjeros, eso sí, previa audiencia, pero el precepto constitucional no establece cómo será la detención del extranjero y ante qué autoridad se llevará a cabo, hoy no existe ley especial⁴⁹ que especifique estos detalles. Es más, el artículo quinto transitorio del decreto de reforma del artículo 33 dice que: “El Congreso

⁴⁹ En el último capítulo de este trabajo mencionaré los puntos fundamentales que a mi parecer debe contener la Ley Reglamentaria del artículo 33 constitucional.

de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 33 constitucional, en materia de expulsión de extranjeros en un plazo máximo de un año contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto. En tanto se expida la ley referida, este artículo se seguirá aplicando en los términos del texto vigente.”

ARTICULO 128.- Son de orden público, para todos los efectos legales, la expulsión de los extranjeros y las medidas que dicte la Secretaría de Gobernación para el aseguramiento de los extranjeros en estaciones migratorias o en lugares habilitados para ello, cuando tengan por objeto su expulsión del país.

ARTICULO 138.- Se impondrá pena de seis a doce años de prisión y multa de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumar la conducta, a quien por sí o por interpósita persona, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente.

Igual pena se impondrá a quien por sí o por medio de otro u otros introduzca, sin la documentación correspondiente expedida por autoridad competente, a uno o varios extranjeros a territorio mexicano o, con propósito de tráfico, los albergue o transporte por el territorio nacional con el fin de ocultarlos para evadir la revisión migratoria.

A quien a sabiendas proporcione los medios, se preste o sirva para llevar a cabo las conductas descritas en los párrafos anteriores, se le impondrá pena de uno a cinco años de prisión y multa hasta el equivalente a cinco mil días de salario mínimo conforme al que esté vigente en el Distrito Federal.

Se aumentarán hasta en una mitad las penas previstas en los párrafos precedentes, cuando las conductas descritas se realicen respecto de menores de edad; o en condiciones o por medios que pongan en peligro la salud, la integridad o la vida de los indocumentados; o bien cuando el autor del delito sea servidor público.

ARTICULO 140.- Toda infracción administrativa a la presente Ley o a sus reglamentos en materia migratoria, fuera de los casos previstos en este capítulo, se sancionará con multa hasta de un mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumir la conducta, según la gravedad de las violaciones cometidas a juicio de la Secretaría de Gobernación, o bien con arresto hasta de treinta y seis horas si no pagare la multa.

La SEGOB cuenta con un órgano técnico desconcentrado que tiene la facultad de planear, ejecutar, controlar, supervisar y evaluar los servicios migratorios, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 del Reglamento Interior de la SEGOB, se faculta a la Coordinación Jurídica, unidad administrativa de dicho Instituto a formular las denuncias y querellas que a nombre de aquél procedan, así lo precisa el artículo 67, fracción III. En tal virtud, la querella debe formularse por las autoridades facultadas para tal efecto. Carnelutti se refiere a la querella de la siguiente manera:

“Que una ofensa no sea punible sino a querella de parte significa que depende en primer lugar del juicio del ofendido su castigo no en el sentido de que tal juicio sea suficiente sino en el de que es necesario, no obstante la

querella, un hecho puede no ser castigado, pero sin ella no puede ser castigado.”⁵⁰

⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Tomo IV, Harla, México, 1997, p. 328.

Capítulo segundo

Derecho internacional de los derechos humanos

I. Introducción

Al paso de la historia política de nuestro país, muchos ciudadanos percibimos que el sistema jurídico nacional está diseñado para que sólo algunos cuantos tengan acceso a la impartición de justicia. Por más que la propaganda oficial insista en que México es un Estado de Derecho pleno, hay voces que piensan todo lo contrario. De ahí la importancia y la utilidad de recurrir a instancias internacionales para que éstas le corrijan la plana al Estado mexicano y sus Instituciones. ¿Cuántas historias conocemos al respecto? A muchos nos ha pasado. Cuando tenemos que acudir a los tribunales locales o a los federales para dirimir cualquier controversia siempre existen razones para pensar que los encargados de impartir justicia no están a la altura de las necesidades que la sociedad demanda. Situación que resulta preocupante cuando se trata de violaciones a los derechos fundamentales.

Es un alivio sin duda, contar con un sistema jurídico internacional. Sobre todo cuando los sistemas jurídicos locales presentan severas deficiencias, como el nuestro, situación que no es para nada halagadora, al contrario, es una pena saber que contamos con un Estado de derecho en construcción. Los particulares entonces deben echar mano de la *vergüenza internacional*. La reputación del Estado que viola derechos fundamentales está en juego, está en la mira de los órganos jurisdiccionales que protegen los derechos elementales de las personas. La imagen del Estado que violentó cualquier derecho fundamental se ve golpeada. Imagen que no es conveniente tener ante los demás

Estados, ¿por qué? porque esto ocasiona que los Estados no firmen acuerdos comerciales, culturales, o de la materia que sea con nuestro país. Ningún Estado querría negociar con otro que no respete y garantice los derechos fundamentales de su población.

Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos como sabemos sirven como balanza, funcionan como contrapeso entre el poder que sin duda ejerce el Estado y el individuo, muchas veces, actuando en solitario o si bien le va, apoyado por alguna o algunas organizaciones no gubernamentales. Sin embargo, como en cualquier ámbito de la vida, algunos sectores creen que al acudir al terreno internacional se pasa por alto la soberanía nacional. Se cree que si un órgano extranjero evalúa el actuar de algún poder estatal la autoridad del mismo se debilita. Concepto que a mi parecer resulta inapropiado. Por ejemplo, en nuestro país, en aquéllos años en que la transición política encontraba sus inicios, el Estado mexicano solicitaba la legitimación de sus procesos electorales por parte de la comunidad internacional.

II. Soberanía

Durante muchos años se pensó que la soberanía del Estado era un fin del mismo. Empero, en el constitucionalismo actual, se observa a la soberanía como una cuña que limita el poder estatal. Esta manera de conceptualizar a la soberanía da origen a las Constituciones contemporáneas, con este concepto se justifica la separación de

poderes y otra serie de elementos del constitucionalismo.⁵¹ Empero, estos intentos por limitar al poder no siempre llegan a buen puerto. Por ello es necesaria la creación de nuevos mecanismos de control. Dentro de ellos ubicamos la internacionalización de los derechos humanos, de ahí que la violación de éstos sea de interés de la comunidad internacional.

Sea como sea, el concepto de soberanía sigue evolucionando. Ya no es concebible un concepto de soberanía estancado. Así lo ven también Abram y Antonia Chayes, “hoy en día los Estados están estrechamente vinculados en una red de acuerdos, organizaciones, e instituciones internacionales que moldean sus relaciones recíprocas y penetran en sus políticas y economías internacionales.”⁵² Estos autores, proponen un nuevo concepto de soberanía, “(...) no consiste más en la libertad de los Estados de actuar independientemente en su propio interés, sino en la pertenencia, en buen pie, a los distintos regímenes que componen la vida internacional. Para ser un jugador, el Estado debe someterse a las presiones que la regulación internacional impone.”⁵³

Es claro entonces que la globalización impulsa un nuevo concepto de soberanía. Los Estados no pueden permanecer en una cápsula de cristal, no pueden encerrarse en su propio caparazón, el Estado no puede vivir en *un castillo de la pureza*. En nuestro país la percepción que tiene una gran parte de la sociedad es que las decisiones son

⁵¹ MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1988.

⁵² CHAYES, Abram y CHAYES, Antonia Handler, trad. de Francisco Cox, *The New Sovereign*, Harvard University Press, p. 26.

⁵³ *Ibidem*, p.27.

tomadas por una elite y al margen de todo control ciudadano. Quién financia una campaña electoral influye directamente en los destinos del país. No hay incentivos institucionales para la participación ciudadana. No existe la figura de revocación del mandato, no existe el plebiscito, la iniciativa popular, al contrario, se nos ha hecho creer que la sociedad forma parte del “debate”, ¿de qué debate hablamos? En nuestro país las decisiones se toman entre cuatro paredes. México está muy lejos de ser una democracia plena. Por ello, recurrir al sistema internacional es una opción real para aquellos ciudadanos que no formamos parte de ninguna elite.

Siguiendo a Harold Koh, el proceso legal transnacional (*transnational legal process*) que él identifica como “el complejo proceso de interacción institucional por el cual las normas globales no son debatidas e interpretadas, sino que internalizadas por los sistemas legales domésticos”⁵⁴, tendría tres etapas. En la primera se produce una norma, por citar un ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención). En la segunda se necesita una interpretación. En América esto ocurre cuando se presenta una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión), ésta emitirá su resolución, misma que podrá ser revisada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte). Ya sea por el informe definitivo de la Comisión o por la sentencia de la Corte, se producirá una interpretación que definirá las futuras relaciones entre los actores. Por último, la tercera etapa es aquella en la que los actores incorporan a su sistema legal la

⁵⁴ HONGIU, Koh Harold, *Review Essay: Why do nations obey international law?*, en “Yale Law Journal” 2599, n° 105.

interpretación producida. La aspiración es que los Estados, sin necesidad de denuncias internacionales, garantizaran el pleno goce de los derechos fundamentales.

En suma, la presentación de denuncias debe ser parte de una estrategia política global. Es importante que el Estado que recibe cualquier recomendación o es condenado por algún fallo de los órganos jurisdiccionales internacionales adopte y adapte éstas a su régimen legal. De nada serviría acumular informes o sentencias condenando al Estado si ello no produce un cambio en el goce y garantía de los derechos fundamentales.

III. Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos

Partamos de lo siguiente: los tratados internacionales son una de las fuentes que dan origen al derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, los Estados se obligan a respetar los derechos fundamentales de los individuos.

El artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece como fuentes de derecho:

- a) Las convenciones internacionales sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.⁵⁵

Ahora bien, en el terreno del derecho internacional de los derechos humanos hay que agregar dos elementos. La obligatoriedad universal y regional de la norma que obliga a los Estados a respetar y garantizar los derechos fundamentales conforme con la Carta de las Naciones Unidas y el carácter de *ius cogens* que tiene dicha norma.

1. Costumbre internacional

Durante muchos años, la principal fuente del derecho internacional fue la costumbre. Las relaciones que tenían los Estados entre ellos siempre se regían por reglas o normas no escritas aceptadas por ellos mismos. Es por ello que, para que exista una norma consuetudinaria es indispensable la existencia de dos factores, uno, la práctica y dos, la *opinio juris*. Empero, no es regla general que una norma sea aceptada de manera unánime por la comunidad internacional para tener obligatoriedad. Tampoco su aceptación por una simple mayoría es suficiente para este efecto, en todo caso, será el órgano jurisdiccional internacional correspondiente quien al resolver algún conflicto determine la obligatoriedad de la norma consuetudinaria. En el ámbito de los derechos fundamentales, cada vez que un órgano internacional competente concluye que un país

⁵⁵ Artículo 59.- La decisión de La Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

ha violado una determinada norma o invita a respetar una, y el gobierno no rechaza la obligatoriedad de ésta, está ratificando implícitamente su aceptación de la obligatoriedad de dicha norma. Lo mismo sucede cuando un Estado vota a favor de una resolución que establece una violación de una norma consumada por algún Estado, también constituye un reconocimiento de la obligatoriedad de la disposición en cuestión.

La aceptación por parte de la comunidad internacional de una norma consuetudinaria es importantísima, la regla debe ser aceptada por la mayoría de los Estados. Al respecto Carrillo Salcedo opina:

La exigencia de una aceptación general, efectivamente, no quiere decir unanimidad, sino aceptación general por una amplia mayoría de los Estados, representativa de los diferentes sistemas sociales y económicos, es decir, de los distintos grupos de Estados existentes en la sociedad internacional.⁵⁶

Por lo tanto, no podemos omitir las resoluciones que emite la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas para dar mucho más fuerza a las normas consuetudinarias. Sobre esto, gracias a las resoluciones de la Asamblea General y de la Organización de Estados Americanos se constituyó la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁵⁷ Los instrumentos citados, en un principio no eran obligatorios, carecían de efectos vinculantes, afortunadamente, con el paso del tiempo se incorporaron al derecho consuetudinario que rige a los Estados en un contexto global.

⁵⁶ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Derecho internacional en un mundo de cambio*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 106.

⁵⁷ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Así fue que en el Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán, en 1968, la Declaración Universal de Derechos Humanos obtuvo carácter de obligatoria, es más, la Declaración enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos de igualdad inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional.

Además, la Declaración Universal ha sido aplicada muchas veces por la Asamblea General en resoluciones que condenan las violaciones de derechos fundamentales y ha tenido una gran influencia en la legislación y las Constituciones de los Estados, e incluso ha sido aplicada por tribunales nacionales.⁵⁸ En nuestro continente, la Comisión determinó que la observación de la Declaración Americana es obligatoria. En 1981, la Comisión concluyó que la Carta de la OEA establece como obligatorios tanto, La Declaración Americana de 1948, como el Estatuto y el Reglamento de La Comisión.⁵⁹ También hay otras formas para que una norma consuetudinaria sea aceptada por la comunidad internacional. La celebración de tratados. Al respecto, las opiniones y sentencias que ha emitido La Corte Internacional de Justicia reconocen en los tratados fundamentos importantes para la creación del derecho internacional consuetudinario.

⁵⁸ O'DONELL, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, p. 24.

⁵⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estados Unidos, Caso 2141, Informe No. 23/81, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1980-81, OEA/Ser.L/V/II.54 Doc. 9 rev. 1, (1981), párrs. 15-16.

2. Principios generales del derecho, la doctrina y las decisiones judiciales

Son principios comunes que tienen los diversos sistemas jurídicos que han alcanzado cierta objetivización en el derecho interno. Estos principios no deben confundirse con los principios de derecho internacional. Los primeros encuentran su origen en los sistemas locales, como señala Verdross, y los segundos en el derecho internacional convencional o consuetudinario.⁶⁰

Uno de los fundamentos internacionales de lo que hablo lo ubicamos en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Este artículo hace referencia a ideas jurídicas generales y fundamentales y no a cualquier precepto normativo. La función de dichos principios no se limita a solucionar lagunas legales que pudieran presentarse por la falta de norma convencional o consuetudinaria aplicable, sino que sirven de instrumento para la debida aplicación e interpretación de los tratados y la costumbre. El artículo 38 determina:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

⁶⁰ VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Aguilar, Madrid, 1967, p. 133.

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

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

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

Pues bien, si analizamos diferentes Constituciones podemos observar el origen de dos principios generales del derecho en el ámbito de los derechos fundamentales, uno de ellos en materia de interpretación puntualiza que “los derechos y deberes consagrados en la Constitución deberán interpretarse de conformidad con los tratados internacionales o aplicando el criterio que resulte más benéfico para el individuo”⁶¹, y el otro señala que “la enumeración de los derechos y garantías contenidos en las Constituciones o tratados internacionales no deben entenderse como la negación de otros que siendo inherentes a la persona humana no figuren expresamente.”⁶²

Cabe precisar que la objetivización de dichos principios se ha generado en buena medida por el proceso de incorporación del derecho internacional al interno y que, con el fin de salvar en muchas ocasiones los conflictos entre las normas de derechos

⁶¹ Artículo 10.2 de la Constitución española de 1978.

⁶² Artículo 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela..

fundamentales de carácter interno y las adoptadas en el seno de la comunidad internacional, se requirieron de criterios de solución en caso de conflicto entre ambas.

Por su parte, las decisiones judiciales también son una gran fuente del derecho internacional de derechos fundamentales, como vimos, el artículo 38, inciso d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia precisa que las “decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones” constituyen “un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.” Los órganos jurisdiccionales internacionales competentes en casos de violaciones a derechos fundamentales, suelen apoyar sus sentencias en las opiniones o sentencias de la Corte Europea, la Corte y la Corte Internacional de Justicia.

IV. Los tratados internacionales en materia de derechos humanos

Como ya he comentado, no todos los tratados internacionales son iguales. A partir de que el derecho convencional tomó importancia allá por el año de 1949, La Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la ONU decidió codificar la materia de tratados. Este proyecto, concluido como tal en 1966, fue adoptado como un tratado en la Conferencia de Viena del 23 de mayo de 1969 con el nombre de Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁶³

⁶³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

La Comisión de Derecho Internacional decidió ajustar la Convención a los acuerdos celebrados entre Estados excluyendo los concluidos entre Estados y Organizaciones Internacionales. ¿Por qué? Porque se decidió que los tratados celebrados entre Organismos Internacionales y Estados, serían objeto de otra convención, la que se adoptó el 21 de marzo de 1986, estamos hablando de la Convención de Viena de 1986.⁶⁴ Por su parte, en nuestro continente, también la Corte ha señalado la naturaleza propia de los tratados en materia de derechos fundamentales.⁶⁵

Pero adentrémonos en el tema, para comenzar es necesario hacer una distinción entre los tratados sinalagmáticos y los tratados normativos. Los primeros, según su naturaleza, solamente serán aplicables en el derecho interno, para los casos específicos previstos en ellos y respecto de las situaciones jurídicas aplicables solamente en tanto las partes firmantes se vean directa o indirectamente afectadas por su aplicación. Es decir, tienen efectos en el derecho interno como leyes especiales, que “derogan” a las generales, no importando si se trata de leyes federales, locales o incluso otros tratados internacionales aplicables a otros casos especiales. Son acuerdos de voluntades entre sujetos del derecho internacional, en virtud de los cuales las prestaciones y contraprestaciones pactadas se encuentran claramente definidas en el contenido del tratado.

⁶⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, 1986.

⁶⁵ Opinión consultiva OC-2, relativa al efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75).

Los tratados en materia de derechos humanos, no reúnen las mismas características de los tratados que citamos en el párrafo anterior. Cuando un Estado celebra un tratado sobre derechos humanos con varios Estados, no lo firma con el fin de hacer que los otros Estados se comprometan a respetar los derechos fundamentales de sus nacionales, a cambio de respetar los derechos fundamentales de los nacionales de los demás Estados. Más bien, cada uno de los Estados debe cumplir con las obligaciones respectivas, con el fin de que se respeten los derechos fundamentales de todas y cada una de las personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado en cuestión, independientemente de la nacionalidad de las personas. El interés que mueve a los Estados para la celebración de este tipo de tratados, llamados “normativos”, no es el cumplimiento de las obligaciones incurridas por las partes, sino el respeto de la dignidad de los seres humanos que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado de que se trate. El objetivo es el salvaguardar los derechos de toda la humanidad más allá de intereses particulares de los Estados. Así, los beneficiarios del cumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados normativos, serán siempre los seres humanos que se encuentren bajo la jurisdicción de cualquier Estado Parte sin importar su nacionalidad.⁶⁶

Pues bien, los tratados sinalagmáticos, por su naturaleza, adquieren el carácter de ley especial, mientras que las leyes federales tendrían el carácter de ley general, por lo que

⁶⁶ Sobre la diferencia entre los tratados internacionales sinalagmáticos y normativos se sugiere consultar la Opinión Consultiva de La Corte OC-2/82, *El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Serie A, núm. 2, 24 de septiembre de 1982, párr. 29.

toca a los sujetos destinatarios de las normas respectivas.⁶⁷ Atendiendo al ámbito personal de validez de cada una de las normas, los tratados sinalagmáticos solamente serán aplicables a las personas que se encuentren en el supuesto de aplicación de los tratados respectivos. La cuestión jerárquica tratándose de los tratados de naturaleza normativa adquiere mucha relevancia. En efecto, los tratados normativos no tienen el carácter de ley especial, como en el caso de los sinalagmáticos, sino que sus normas son aplicables a todas las personas, sin distinción, independientemente de su origen nacional. Así pues, un tratado normativo sobre derechos fundamentales celebrado, por ejemplo, por 20 países, entre ellos México, es aplicable dentro del territorio mexicano a todas las personas, sean o no nacionales de cualquiera de esos países. De este modo, la posible contradicción entre dos o más tratados normativos que versen sobre la misma materia, o entre un tratado normativo y una ley federal, debe solucionarse para resolver sobre cuál cuerpo normativo debe aplicarse al caso concreto. Creo que en caso de presentarse cualquier contradicción entre varias normas y un tratado internacional de derechos fundamentales debe aplicarse la norma que favorezca más a la persona afectada, independientemente de la jerarquía de las normas en cuestión o independientemente de que se trate de una norma especial derivada de un tratado sinalagmático frente a uno normativo o de que se trate de cuerpo normativo posterior frente a otro anterior.

⁶⁷ VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, “Jerarquía del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá en el sistema jurídico mexicano”, en *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio*, Memorias, Universidad Iberoamericana, México, 1992, pp. 39 y 40.

V. Organismos internacionales en materia de derechos humanos: sus recomendaciones y resoluciones

Las recomendaciones, observaciones generales, declaraciones y opiniones por sí solas, no constituyen fuente de obligaciones. Lo son cuando soportan una norma convencional o consuetudinaria, por ejemplo, las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos, cuyo valor y fuerza jurídica están dadas por la Carta de la ONU y la OEA respectivamente. Veamos, el artículo 1.3 de la Carta de la ONU dispone que:

Los propósitos de las Naciones Unidas son [...] realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todo, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

El Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, determina que “la Declaración enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional.” Además, la Declaración Universal ha sido aplicada reiteradamente por la Asamblea General de la ONU en resoluciones que condenan las violaciones de derechos fundamentales y ha tenido una gran influencia en la legislación y las Constituciones de los Estados.

VI. Responsabilidad internacional de los Estados

Una vez que planteamos la necesidad de la existencia de una jurisdicción internacional y una vez que marcamos la diferencia que existe entre los tratados internacionales y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es tiempo de exponer en que responsabilidades incurren los Estados que no cumplen con lo obligado en cualquier tratado internacional ya sea general o en materia de derechos humanos.

En nuestra vida cotidiana, en nuestro día a día se deben respetar todas las reglas que existen para llevar de mejor manera nuestra convivencia. Existe un compromiso personal y con la sociedad de que así sea. Lo mismo sucede dentro de un contexto internacional. Todo ordenamiento debe tener bien definido un apartado de responsabilidades para el caso de que el Estado incumpla cualquier obligación. Un apartado de responsabilidades para el caso de que el Estado cometa lo que se conoce como un hecho internacionalmente ilícito.

De acuerdo con el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el hecho internacionalmente ilícito compromete la responsabilidad internacional del Estado. El hecho ilícito consiste en una acción u omisión, atribuible al Estado, que constituye según el derecho internacional una violación a una obligación internacional que se encuentra en vigor⁶⁸ para dicho Estado.⁶⁹ La existencia de un hecho

⁶⁸ El problema de determinar cuándo comienza y cuánto dura un hecho ilícito se plantea frecuentemente. El hecho de si un acto ilícito se ha consumado o tiene carácter continuo dependerá tanto de la obligación primaria como de las circunstancias del caso; por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado, en el caso Blake, a la desaparición forzada como un hecho ilícito continuado, que persiste mientras el interesado se encuentre en paradero desconocido. Dicho criterio también ha sido aplicado por la Corte Europea de Derechos Humanos para

internacionalmente ilícito depende, en primer lugar, de los requisitos que exige la obligación que presuntamente se ha violado y, en segundo lugar, de las condiciones en que se verifica ese hecho. Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un acto de ese Estado no está conforme con determinada obligación.⁷⁰ Lo que se pretende es que el Estado actúe dentro de los parámetros que le marca la norma.

Por ello, todo Estado que forma parte de la comunidad internacional tiene interés para que se protejan ciertos derechos y con mucho más énfasis para que se protejan principios y normas que tienen que ver con los derechos fundamentales. En el ámbito internacional, existen dos condiciones para estar en presencia de un acto de autoridad que provoque la violación de derechos fundamentales:

1. Que el acto u omisión sea atribuible al Estado de acuerdo con el derecho internacional.
2. Que el acto u omisión constituya una violación de una obligación internacional del Estado.⁷¹

Cuando un Estado es responsable por no respetar lo estipulado en cualquier instrumento internacional el derecho internacional le atribuye nuevas obligaciones,

declararse competente *ratione temporis* respecto de una serie de asuntos. Confróntese, Corte I.D.H., caso *Blake*, sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C, núm. 36.

⁶⁹ El proyecto sobre responsabilidad internacional no busca definir las normas que imponen a los Estados obligaciones cuya violación puede entrañar responsabilidad internacional, sino las consecuencias de tales infracciones.

⁷⁰ Artículo 12 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement núm. 10 (A/56/10)*, Chp. IV.E.I. (<http://www.un.org/law/ilc/convents.htm>).

⁷¹ Artículo 2 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *op. cit.*

dentro de éstas, la más importante es la obligación de reparar y cesar el acto que violentó la esfera jurídica de cualquier individuo. El derecho internacional establece dos maneras para reparar el daño cuando el acto de autoridad ha causado un daño material, una es la restitución en especie y la otra es la indemnización por daños y perjuicios. Aquélla es la reparación por excelencia, e implica el restablecimiento de la situación que existía antes del acto, empero, en la mayoría de las veces esta forma de reparación es complicada en virtud de que el acto que violentó la esfera jurídica del individuo es de imposible restitución. Por tanto, llegamos a la siguiente forma de reparar el daño, la indemnización por daños y perjuicios. Esta opera cuando no es posible la restitución, o bien, cuando las partes así lo acuerdan.

1. Responsabilidad del Estado por violaciones a derechos fundamentales

Dentro de este apartado, encontramos un punto trascendente. La responsabilidad internacional en materia de obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos⁷² requiere de un estudio distinto al que se utiliza para analizar la teoría general de los tratados internacionales. Por lo tanto, las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos no están sujetas a reciprocidad. Principio indispensable en las relaciones internacionales, tan es así que la ausencia de la misma puede dar lugar a la *exceptio non adimpleti contractus*.⁷³ Es indiscutible la trascendencia de este principio en materia de tratados internacionales. Incluso, desde que se inicia la

⁷² En este apartado nos referiremos en específico a la responsabilidad internacional del Estado derivada de la violación de las obligaciones establecidas por tratados de derechos fundamentales. Consideramos que son aplicables los mismos criterios a la responsabilidad derivada de la violación de otro tipo de normativa internacional relativa a la protección de los derechos fundamentales, cuya fuente sea distinta a la contractual.

⁷³ Este principio no se aplica cuando son violaciones a normas de *jus cogens*, son obligaciones relativas a las inmunidades diplomáticas o consulares o sobre la protección de personas independientemente de su nacionalidad.

negociación de cualquier instrumento internacional el principio de reciprocidad permite que exista una condición de igualdad entre los Estados.

Entonces, ¿la reciprocidad estipulada en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, opera de manera automática en todos los supuestos? De entrada podemos afirmar que no. Y contestamos en estos términos porque ya hemos expuesto que la interpretación que se haga de un tratado en materia de derechos humanos debe ser distinta a la interpretación que se hace de cualquier otro tratado. Los dos tipos de tratados contienen obligaciones impuestas a los Estados que son independientes del principio de reciprocidad, pero la naturaleza de los tratados en materia de derechos humanos crea obligaciones frente a los Estados Parte y frente a los particulares.

Es claro que los tratados en materia de derechos humanos se celebran entre Estados, pero, los derechos establecidos en los mismos no suelen otorgarse a los Estados, sino a los particulares. Estos tratados existen para proteger a las personas, sin importar nada, sin importar su nacionalidad, condición económica, género, raza, etc. “Los tratados sobre derechos humanos habrán de considerarse no como un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados, sino para el establecimiento de un orden público común, cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios.”⁷⁴

⁷⁴ NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, p.90.

Las obligaciones que adquieren los Estados en los tratados de derechos humanos se podrían calificar como *obligaciones erga omnes*. Los únicos que salen ganando con esto son los individuos, las personas, ya sean nacionales de los Estados Parte o sean extranjeros sujetos a su jurisdicción. Así lo ha dicho La Corte en su Opinión Consultiva 2/82 sobre el efecto que tienen las reservas para la entrada en vigor de la Convención Americana:

Los tratados modernos sobre Derechos Humanos, en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados internacionales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de las personas, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos Tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁷⁵

Estando de acuerdo con lo anterior, debemos decir que las obligaciones que se generan en los tratados internacionales en materia de derechos humanos son obligaciones objetivas ya que tienden a proteger los derechos fundamentales de los particulares contra el incumplimiento de los Estados. Se pudiera pensar entonces que la dimensión contractualista de estos tratados desaparece, pero no es así, ya que la

⁷⁵ Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículos 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, núm. 2, párr.29.

regulación convencional rebasa la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados, ya que éstos buscan la obtención de un interés común más que la satisfacción de intereses particulares.⁷⁶

La situación se torna simple, si un Estado ratifica un tratado en materia de derechos humanos es un signo inequívoco de que tiene toda la intención de respetar los derechos fundamentales de quienes habitan su territorio. Pero para que no quede en buenas intenciones nada más, el Estado debe garantizar efectivamente la protección de los derechos fundamentales. Tiene que armonizar su sistema legal con el sistema internacional, tiene que destinar mucho presupuesto para garantizar a los particulares la práctica efectiva de los derechos fundamentales. Exactamente esto pasó en nuestro país con la reciente reforma a la Carta fundamental, sin embargo, a mi parecer, no cumplió con las expectativas que se tenían, empero, debo reconocer que se ha dado un paso importante para la protección de los derechos fundamentales de los no nacionales que serán expulsados de nuestro territorio.

¿Cuánto presupuesto debe destinar cada Estado para armonizar el sistema internacional con el local? Para responder esto es imprescindible tomar en cuenta las diferentes capacidades que tienen los Estados. No todos los Estados tienen el mismo nivel económico, el mismo nivel académico, etc. Sin duda hay que tomar en cuenta esto para el efecto de las responsabilidades. No todos los Estados tienen la capacidad de garantizar a sus habitantes la existencia de mecanismos por medio de los cuales se

⁷⁶ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, 2ª reimp., Tecnos, España, 1999, p.66.

respeten sus derechos fundamentales. La formulación de reservas⁷⁷ a los tratados en materia de derechos humanos constituye la formalización de esta posición. Entonces ¿Por qué se comprometen y obligan ante un tratado internacional? Pareciera que se comprometen, pero a la vez no. Es decir, me parece que esto de formular reservas deja una puerta abierta para no cumplir en su totalidad con el tratado. Con la formulación de reservas se deja ver la falta de compromiso que los Estados dicen tener cuando ratifican los instrumentos. Particularmente la formulación de reservas me parece inaceptable.

La comunidad internacional ha reconocido ciertas obligaciones y estándares internacionales en materia de derechos humanos tanto por la vía convencional como por la consuetudinaria, como botón de muestra tenemos la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre. Las dos declaraciones incluyen deberes tanto positivos como negativos y se encuentran plasmados de manera general, tanto en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas⁷⁸ como en la de Organización de Estados Americanos.⁷⁹

Por tanto, todos los Estados tienen la obligación de respetar las normas internacionales en materia de derechos humanos. Por ello, los Estados se obligan a:

⁷⁷ Se escribirá sobre las reservas más adelante.

⁷⁸ Particularmente los artículos 1, 3, 55 c) y 56, de la Carta de la ONU que imponen a todos los miembros la obligación de promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y libertades.

⁷⁹ Reformada por el Protocolo de Cartagena. Según el artículo 3º: Los Estados Americanos reafirman los siguientes principios: "...k) Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, credo o sexo".

- a) Adoptar medidas jurídicas y administrativas apropiadas para prevenir las violaciones;
- b) investigar las violaciones y cuando proceda, adoptar medidas contra los violadores de conformidad con el derecho interno e internacional;
- c) dar a las víctimas acceso imparcial y efectivo a la justicia con independencia de quien sea en definitiva el responsable de la violación;
- d) poner recursos apropiados a disposición de las víctimas y
- e) proporcionar o facilitar reparación a las víctimas.⁸⁰

Un par de párrafos atrás, nos referimos a las obligaciones positivas y negativas que los Estados adquieren al momento de ratificar un tratado internacional. Las primeras quieren decir que el Estado tiene que cumplir con el compromiso de destinar recursos financieros y humanos para satisfacer ciertos derechos. Empero, este tipo de obligaciones de hacer o de dar, no necesariamente están condicionadas al presupuesto. Las obligaciones de proveer servicios pueden caracterizarse por el establecimiento de una relación directa entre el Estado y el beneficiario de la prestación. El Estado sin embargo, puede asegurar el goce de dichos derechos, a través de otros medios, por ejemplo, estableciendo ciertas obligaciones concretas a otros sujetos. Por otro lado, algunos derechos imponen al Estado la obligación de establecer algún tipo de regulación, sin la cual, el ejercicio de un derecho no tiene

⁸⁰ Artículos 1 y 2 de “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN. 4/2000/62, 18 de enero de 2000, (<http://www.unhchr.ch>).

sentido.⁸¹ Las obligaciones negativas se refieren a la abstención del Estado para hacer o ejecutar algún acto.

El sistema de responsabilidades por violaciones graves a derechos fundamentales presenta constantes más orgánicas que voluntarias. Por ello, las consecuencias ordinarias de la responsabilidad dentro de tal contexto son de índole esencialmente reparatorio, aun cuando adicioneen tímidamente algunas fórmulas retributivas y de control de la legalidad vulnerada; y que, por vía de un desdoblamiento funcional, permitan requerir a los Estados la cesación de sus conductas ilícitas o la imposición de penas a los individuos responsables de crímenes contra la humanidad.⁸²

La teoría y práctica de la responsabilidad internacional por violaciones a los derechos fundamentales ha tenido un desarrollo jurisprudencial y doctrinal a través, sobre todo, de los órganos regionales protectores de derechos humanos, por citar algunos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). La aplicación de dichos instrumentos ha significado una nueva conceptualización de muchos aspectos de responsabilidad internacional, cambiando, para su aplicación al

⁸¹ Para más información consultar: ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 32-33.

⁸² AGUIAR, Asdrúbal, “La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos”, en *Estudios básicos de Derechos Humanos I*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Comisión de la Unión Europea, 1994, p. 126.

Derecho de los Derechos Humanos, criterios tradicionales, en cuanto a las obligaciones de los Estados cuya violación apareja responsabilidad.⁸³

Es por todo esto que, el actual sistema internacional de protección de derechos humanos tiene su origen en la responsabilidad internacional de los Estados que surge por la violación de los deberes establecidos en los tratados de derechos fundamentales en vigor. Esta responsabilidad es imputable siempre al Estado⁸⁴ sin individualizar en autoridades, agentes o gobierno. Los tratados de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁵ han establecido los principios de atribución de responsabilidad internacional del Estado. Los Estados han aceptado la obligación internacional de respetar⁸⁶ y garantizar⁸⁷ los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de los que son parte, por lo que cualquier mella a dichos derechos por parte del Estado constituye un acto de responsabilidad internacional. La obligación de respetar implica una obligación general del Estado para no vulnerar los derechos⁸⁸, por su parte, la obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos se puede subdividir en las siguientes obligaciones:

⁸³ GROS ESPIELL, Héctor, “Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional en la Protección Internacional de los Derechos Humanos”, en *Héctor Fix-Zamudio Liber Amicorum*, vol. I, Corte I.D.H., San José, 1998, p.112.

⁸⁴ Corte I.D.H., *Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 14, párr. 56.

⁸⁵ El artículo 1.1 de la Convención Americana establece la obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados en la misma.

⁸⁶ Véase Corte I.D.H., *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A, núm. 6 párr. 21; Corte I.D.H., *Caso Velázquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párrs. 166 y ss.

⁸⁷ Corte I.D.H., *Caso Velázquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párr. 166.

⁸⁸ La obligación de respetar abarca dos obligaciones fundamentales: 1) Que la actuación de los órganos del Estado no debe de ir más allá de los límites que fijan las normas de derechos humanos; 2) del primer punto surge como consecuencia necesaria, la obligación de adecuar el sistema jurídico interno para asegurar la efectividad del goce de dichos derechos. Alejandro Kawabata, “Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la

- A. Prevenir las violaciones a los derechos fundamentales.
- B. Investigar las violaciones ocurridas.
- C. Sancionar a los responsables.
- D. Reparar las consecuencias de la violación.

Sólo para reiterar, dentro de las obligaciones positivas que tiene cualquier Estado en el ámbito internacional para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales está la de legislar y adecuar su ordenamiento local con los instrumentos internacionales.⁸⁹ El derecho internacional de los derechos humanos impone a los Estados una serie de obligaciones que responden a la naturaleza específica de dicho ordenamiento. La responsabilidad internacional coloca al Estado en una nueva relación jurídica respecto de los particulares que han sufrido una o varias violaciones a sus derechos fundamentales.

VII. ¿Qué alcance tienen las obligaciones internacionales de los derechos humanos?

El compromiso que adquieren los órganos estatales para interpretar el derecho internacional de los derechos humanos es muy importante. Las disposiciones de los tratados serán operativas siempre y cuando el Estado las adopte en su sistema jurídico. Por eso se afirma que el cumplimiento de las obligaciones internacionales en última

Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Martín Abregú y Christian Curtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Argentina, Editores del Puerto, 1998, pp. 353-354.

⁸⁹ Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

instancia le corresponde a los órganos domésticos. Éstos deben aplicar los compromisos internacionales adquiridos por los Estados a través de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole⁹⁰ que sean necesarias y eficaces para garantizar su cumplimiento.

Por otra parte, es un hecho que los órganos jurisdiccionales en el ámbito internacional también llevan a cabo una importante tarea: vigilan el actuar de los Estados. Esto es gracias a la aceptación de los derechos humanos dentro del derecho internacional. La implementación internacional está esencialmente limitada a la supervisión de las medidas internas adoptadas. Con acierto García Ramírez señala que “los Estados no son agentes externos a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, sino que son piezas centrales ya que de ellos depende la implementación de los tratados internacionales.”⁹¹

Esta situación exige que el alcance de las obligaciones internacionales se delimite. En América Latina hoy en día perduran situaciones en las que los derechos y garantías son objeto de graves violaciones, como dice Nino, por lo general su desconocimiento no se presenta como una negativa lisa y llana a su validez, sino que se mencionan planteamientos tales como su carácter relativo o el hecho de que deben ceder ante consideraciones de bien común o la necesidad de reglamentar su ejercicio o impedir

⁹⁰ Según la terminología del artículo 2.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante Convención contra la Tortura) entre otros.

⁹¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Reflexión sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Presente y Futuro”, en *Jornadas de Derecho Internacional*, Washington, Organización de los Estados Americanos, Secretaría General, 2002, pp. 284-285.

abusos de tales derechos o la exigencia de atender a situaciones de emergencia en el que la vida nacional misma está en peligro.⁹² Por ello es necesario determinar y aclarar cuáles son los alcances de las obligaciones internacionales de los Estados surgidas de los tratados de derechos humanos. También es de suma importancia identificar los supuestos en los que legítimamente se puede reglamentar, limitar o suspender la vigencia de tales derechos.

1. Obligaciones generales de respeto, garantía y adopción de medidas para hacer efectivos los derechos humanos

Como ya vimos, todos los tratados en materia de derechos humanos, establecen siempre tres obligaciones básicas para los Estados Parte:

1. respetar los derechos reconocidos en dichos tratados;
2. garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción; y
3. adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos.⁹³

La jurisprudencia internacional ha sostenido que las obligaciones de respetar los derechos humanos y de garantizar su goce y pleno ejercicio constituyen el fundamento

⁹² NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 481.

⁹³ Comité DESC, *Observación General* núm. 9, *La aplicación interna del Pacto*, (19º período de sesiones, 1998), U. N. Doc. E/C. 12/1998/24 (1998) párr. 15.

genérico de la protección de los derechos humanos.⁹⁴ Por lo que se refiere a la obligación de respetar los derechos se puede sostener que la misma exige que los Estados Parte eviten las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho de que se trate.⁹⁵ Desafortunadamente la reciente reforma al 33 constitucional no responde a estos compromisos. Si bien establece que el Ejecutivo previa audiencia tiene la facultad de expulsar a cualquier extranjero, no se especifican las reglas que deberá observar dicha audiencia. Esta ambigüedad, me parece, da pauta para que el Ejecutivo continúe cometiendo actos que parecen arbitrarios.

La Corte ha establecido que en los términos del art. 1 de la Convención Americana, la obligación de “respetar los derechos y libertades” implica el reconocimiento de que el ejercicio de la función pública tiene límites, límites marcados por los derechos fundamentales en virtud de que éstos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder público. Para ello, es independiente que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia.⁹⁶

El deber que tienen los Estados para garantizar el respeto de todos derechos fundamentales “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una

⁹⁴ Corte I.D.H., *Caso Velázquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párr.163.

⁹⁵ Véase, por ejemplo, Comité DESC, *Observación General No. 10, La Función de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en la protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19º periodo de sesiones, 1998)*, U. N. Doc. E/C. 12/1998/25 (1998), párr. 47.

⁹⁶ Corte I.D.H., *Caso Velázquez Rodríguez...op. cit.*, párrs. 165, 169 y 170.

conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁹⁷

Sobre el artículo 1° de la Convención, la Corte también ha dicho que: “Contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce (...)”⁹⁸

También, los tratados que regulan derechos fundamentales imponen a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos. La obligación de garantía exige que los Estados Parte realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos.⁹⁹ Los tratados sobre derechos humanos recogen de esta manera una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole.¹⁰⁰

⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 167.

⁹⁸ Corte I.D.H., *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A, núm. 11, párr. 34.

⁹⁹ Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, *Observación General N° 3, Aplicación del Pacto a nivel nacional (Artículo 2)*, / (13° periodo de sesiones, 1981), U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 5 (2001), párr.1.

¹⁰⁰ Corte I.D.H., *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1. y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, núm. 7, párr.30.

En definitiva, el sistema creado por los tratados de derechos humanos está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo.¹⁰¹ El hecho de que los Estados puedan fijar las condiciones del ejercicio de un derecho determinado, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído. En consecuencia, si por cualquier circunstancia, alguno de los derechos reconocidos en las convenciones no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado, ello constituiría una violación de los tratados susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección previstos en ella.¹⁰²

Los Estados tienen la obligación general de mejorar progresivamente la protección de los derechos fundamentales. El sistema internacional a esto aspira. Por ello espera que los Estados progresen a partir de ese mínimo consagrado en las normas internacionales.¹⁰³ La tendencia del derecho internacional de los derechos humanos es a ampliar el alcance y la eficacia de la protección de los derechos. Los tratados contienen compromisos abiertos a un desarrollo progresivo.¹⁰⁴

Los tratados de derechos humanos ofrecen una garantía mínima sin pretender agotar ni el ámbito de los derechos que merecen protección ni fijar el límite máximo del contenido

¹⁰¹ Véase Convención Americana, Preámbulo y Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, Serie A, núm. 2, párr. 33.

¹⁰² Véase *mutatis mutandi*, Corte I.D.H., *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta...* Opinión Consultiva OC-7/86, *op. cit.*, párr. 24.

¹⁰³ MEDINA, Cecilia, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Cecilia Medina Quiroga y Jorge Mera Figueroa (edit.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1996, p. 32.

¹⁰⁴ NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, *op. cit.*, p.19.

específico de cada uno de los derechos reconocidos. Por ende, ninguna disposición de estos tratados puede afectar la protección más amplia que puedan ofrecer otras normas de derecho internacional o interno.¹⁰⁵ En este sentido, el artículo 29 de la Convención indica:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En aplicación de este principio, la Corte ha establecido que el alcance de los derechos protegidos en la Convención se amplía si la Constitución del Estado de que se trate

¹⁰⁵ HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tomo I, Editorial Argentina, Buenos Aires, 1991, p. 28.

otorga una protección mayor.¹⁰⁶ Evidentemente la redacción actual, a pesar de la reforma, del artículo 33 constitucional se contrapone con todo lo expuesto. No es posible que a estas alturas nuestra Constitución federal tenga un precepto tan ambiguo.

2. Principio de no-discriminación como pilar de las obligaciones de los Estados

La no-discriminación –junto con la igualdad ante la ley– constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos fundamentales.¹⁰⁷ Es más, el párrafo primero del artículo 2° del Pacto establece la obligación de cada Estado de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en él, 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.

La no-discriminación constituye un principio tan básico que aun cuando los tratados de derechos humanos facultan a los Estados para que en situaciones excepcionales adopten disposiciones que suspendan determinados derechos, se exige, entre otras cosas, que dichas disposiciones no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79, párrs. 148 y ss.

¹⁰⁷ CCPR, *Observación General N° 18, No-discriminación*, 37° periodo de sesiones, (1989), U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 5 (2001), párr. 1. Véase, Elizabeth Odio Benito, “La discriminación en el goce de los derechos humanos”, en *Curso Interdisciplinario, Antología Básica*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 95.

¹⁰⁸ CCPR, *Observación General N° 18... op. cit.*, párr. 2.

Siguiendo las definiciones plasmadas en la Convención contra la Discriminación Racial y en la Convención sobre la Mujer, podemos entender como discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el sexo, el color, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o como resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.¹⁰⁹ De este concepto se desprende que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma.¹¹⁰

Está claro entonces que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos sin ningún tipo de discriminación y sobre todo asegurar por igual a todas las personas que se respetarán todos y cada uno de sus derechos fundamentales a pesar de que existan como en nuestro sistema constitucional un artículo tan polémico como el 33.

¹⁰⁹ Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el párrafo 1 del artículo 14 establece que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y el párrafo 3 del mismo artículo dispone que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas enunciadas en dicho artículo. Análogamente, el artículo 25 prevé la igualdad de participación de todos los ciudadanos en la vida pública, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2.

¹¹⁰ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A, núm. 17, párr. 47.

3. Obligaciones de los Estados federales

Por todo el mundo existen Estados con una estructura y organización de carácter federal¹¹¹ que influye interna e internacionalmente a la hora de cumplir los deberes establecidos en las normas internacionales de derechos fundamentales. Por ello, es importantísimo definir el alcance de las obligaciones internacionales de un Estado federal a fin de no restringir o limitar la protección internacional para sus habitantes.

De modo que el Estado federal no puede alegar las disposiciones o insuficiencias en su derecho interno como eximente de su responsabilidad internacional.¹¹² Una lectura integral de las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos, de la jurisprudencia y de la costumbre internacional, permite sostener que los mismos instrumentos establecen como deberes a cargo de los Estados que tengan una estructura federal o cualquier otra, los de respeto y garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales (artículos 1.1. de la Convención y 2.1 del Pacto). Adicionalmente colocan a los Estados con organización federal en la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno pertinentes necesarias para cumplir con tales deberes (artículos 2 y 28.2 de la Convención y 2.2 del Pacto). De allí que los Estados federales que son parte de los tratados de derechos fundamentales son plenamente responsables en el ámbito internacional por las violaciones cometidas por acción o por omisión de cualquier autoridad.

¹¹¹ En América Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, México, Venezuela entre otros.

¹¹² La Corte ha dicho que aceptar esta hipótesis llevaría a tener como primer parámetro de referencia la Constitución de un Estado y sólo subsidiariamente los tratados de derechos humanos lo que haría ilusorio el objeto y fin de dichos tratados. Corte I.D.H., *Caso Constantine y otros*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C, núm. 82, párr. 84.

VIII. Límites a los derechos humanos

Es conocido de todos que los derechos plasmados en los tratados de derechos humanos pueden ser objeto de reglamentaciones, restricciones y limitaciones siempre y cuando se respeten los límites que dichos tratados establecen. Por ejemplo, los derechos fundamentales como la libertad de conciencia y religión, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, el derecho de reunión, la libertad de asociación, el derecho de circulación y residencia, etc., incluyen en su propio reconocimiento, el criterio válido que autoriza una restricción legítima.¹¹³

El derecho internacional de los derechos humanos determina que las restricciones, que pueden imponerse al ejercicio de los derechos fundamentales, deben respetar límites formales que se refieren a los medios a través de los cuales se establecen límites sustantivos relativos a la legitimidad de los fines que pretenden alcanzarse.¹¹⁴ La Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos.¹¹⁵

¹¹³ Véase por ejemplo La Convención Americana, artículo 12.3 “La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”; artículo 13.2 “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”; o artículo 16.2 “El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

¹¹⁴ Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm.5, párr. 37.

¹¹⁵ Corte I.D.H., *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo 1986, Serie A, núm. 6, párr. 17.

De esta manera, la Declaración Universal de Derechos Humanos como instrumento rector de esta materia, dispone en su artículo 29 inciso 2 que: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades, de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

La Convención por su parte incluye en su artículo 30 lo siguiente: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. La Corte ha indicado sobre este artículo que no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, el artículo impone una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.¹¹⁶

La única limitación que el ámbito internacional acepta como legítima es aquella que esté prescrita por ley. Entonces “sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona

¹¹⁶ *Ídem.*

humana”.¹¹⁷ Por ello la ley que establezca límites a los derechos fundamentales deberá ser lo suficientemente clara y precisa. Con esto se estaría reduciendo el campo de acción para interpretaciones arbitrarias o convenencieras. De ahí que la reforma al 33 constitucional debe establecer claramente como deberá llevarse a cabo la detención y la audiencia en la que será escuchado el extranjero que será expulsado. En la medida en que la ley o en este caso la Constitución sea lo suficientemente clara los derechos fundamentales tienen mayor oportunidad para que se respeten y se garanticen.

¿Qué pasa en Europa al respecto? Las restricciones implican que exista una imperiosa necesidad, que la necesidad sea útil, razonable y oportuna. El interés público debe estar sobre todo. Sin embargo, los límites que se formulen en la ley deben ser los estrictamente necesarios, los límites a los derechos deben ser los indispensables. La restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.¹¹⁸ Es evidente que esto no ocurre así cuando el Ejecutivo federal aplica el artículo 33 constitucional a observadores internacionales de derechos humanos. El Ejecutivo expulsa a los extranjeros con el argumento de salvaguardar los intereses gubernamentales sin importar el beneficio que obtienen las comunidades más marginadas y olvidadas.

Es importante tomar en cuenta que no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, no se debe invertir la relación entre norma y excepción. En este sentido, el

¹¹⁷ Corte I.D.H., *La expresión “leyes”...* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo 1986, *op. cit.*, párr. 37.

¹¹⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Barthold c. Germany* (Merits), Eur. Ct. H. R., Judgment of 25 March 1985, App. N°. 8734/79, Serie A, N°. 90, p. 26, párr. 59.

Comité de Derechos Humanos ha indicado que las cláusulas que permiten la restricción han de interpretarse de manera tan estricta que no se permiten limitaciones por motivos que no estén especificados en el artículo particular del que se trate, aun cuando se permitan como limitaciones de otros derechos protegidos por El Pacto.¹¹⁹ Sin embargo, se destaca que el principal obstáculo para una aplicación particular de las cláusulas limitativas lo encontramos en que ellas están pobladas de conceptos indeterminados.¹²⁰ Por ello, cuando el Ejecutivo de la Unión aplique el nuevo artículo 33 debe especificar los motivos por los cuales detiene al extranjero que será expulsado.

Muchas veces las limitaciones son amplias y poco concretas. Lo que da pie a interpretaciones poco favorables para los particulares. En ciertas ocasiones las cláusulas que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales se refieren a conceptos indeterminados como el orden público, el bien común, o la moral pública.

Considero que con la actual redacción del artículo 33 constitucional el único argumento aceptable que tendría el Ejecutivo para expulsar a los extranjeros es que se cometan actos que pongan en riesgo la seguridad nacional. La seguridad nacional es un concepto permisible si “su propósito genuino y efecto demostrable es proteger al país de cualquier amenaza o proteger su integridad territorial contra cualquier fuerza”.¹²¹

Situación que no existe cuando el Estado mexicano ha expulsado de nuestro territorio a

¹¹⁹ CCPR, *Observación General N° 22, Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18)*, 48º periodo de sesiones, 1993, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.5 (2001), párr. 8.

¹²⁰ THOMPSON JIMÉNEZ, José, “Las cláusulas limitativas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Compilación de trabajos académicos del curso interdisciplinario en derechos humanos (1983-1987)*, José Thompson J. (edit.), San José, IIDH, pp. 29-53.

¹²¹ The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, November 1996, disponibles en <http://www.article19.org/docimages/511.htm>.

extranjeros que realizan actividades humanitarias y de observación de los derechos fundamentales en el sureste de nuestro país.

Es más, los observadores internacionales de derechos humanos ayudan y fomentan de manera invaluable a que el bien común en aquellas zonas sea el óptimo. Por cierto, el sistema interamericano ha definido el bien común “como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”.¹²² Por eso la presencia de los observadores internacionales de derechos humanos. Su presencia ayuda para que en las comunidades más marginadas de nuestra población se garantice la protección de sus derechos fundamentales.

En definitiva, el orden internacional de los derechos humanos busca sentar las bases de una conciencia jurídica sólida que permita que los derechos elementales echen raíz en nuestros países. Juan Bautista Alberdi sostenía que:

Cada tratado será un ancla de libertad puesta a la Constitución. Si ésta fuera violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias en ellos; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve

¹²² Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas / artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos*) Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5, párr. 37.

inviolable una parte de su Constitución, que pronto hará restablecer la otra.¹²³

Aspiramos entonces a que todos los tratados internacionales ratificados por nuestros Estados funcionen como pilares para la creación de sociedades más democráticas, más justas y más igualitarias.

IX. Sistemas internacionales de protección de los derechos humanos

La comunidad organizada debe fomentar sin duda una convivencia digna entre sus integrantes. Por eso la sociedad al paso de los años ha impulsado que los Estados respeten y garanticen todos y cada uno de los derechos fundamentales de las personas que habitan determinado territorio.

En la historia son evidentes tres momentos que dan la pauta para que los diferentes Estados hayan reconocido jurídicamente el respeto a los derechos fundamentales. El primero, estos derechos son reconocidos como derechos naturales universales en las diferentes declaraciones de derechos que las revoluciones burguesas de la segunda mitad del siglo XVIII emitieron, como la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano del 26 de agosto de 1789. El segundo momento histórico lo ubicamos cuando en las diversas constituciones de los nacientes países latinoamericanos se consagran ciertos derechos y libertades ciudadanas. La tercera y última etapa se da

¹²³ BAUTISTA ALBERDI, Juan, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1991, p. 255.

cuando esos derechos alcanzan una cierta plenitud como derechos positivos universales en los diferentes sistemas internacionales de protección de derechos fundamentales surgidos después de la segunda postguerra, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 es uno de los primeros instrumentos que inician esta etapa.¹²⁴

Como ya vimos, los diferentes sistemas de protección a los derechos humanos están formados por instrumentos que establecen obligaciones para los Estados. También, los sistemas internacionales cuentan con organismos que garantizan los derechos reconocidos en los instrumentos. Por una parte está el universal auspiciado por la ONU y otro sistema, el regional, con jurisdicciones continentales. Hoy existen el Sistema Europeo de Derechos Humanos respaldado por el Consejo de Europa, un sistema Africano amparado por la Organización para la Unidad Africana y un Sistema Interamericano auspiciado por la Organización de los Estados Americanos. Veamos pues.

1. Sistema universal

Las Naciones Unidas a lo largo de su historia ha generado un gran número de instrumentos. Entre ellos encontramos la Carta Internacional de Derechos Humanos que a su vez está integrada por la Declaración Universal de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Pacto Internacional de

¹²⁴ BOBBIO, Norberto, “Presente y futuro de los derechos del hombre”, en *Norberto Bobbio. El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 129 a 155. Incluso si quiere profundizar en el tema véase también GONZÁLEZ, Nazario, *Los derechos humanos en la historia*, Alfaomega, México, 2002.

Derechos Civiles y Políticos también de 1966 y sus dos Protocolos Facultativos. Dentro de los muchos instrumentos internacionales también existen tratados que protegen la vida y la integridad personal. Asimismo, el sistema de las Naciones Unidas cuenta con una gran cantidad de organismos que tienen competencia en materia de derechos fundamentales que son de muy diversa naturaleza y composición. La ONU cuenta también con organismos de naturaleza especializada. Entre otros están La Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, la Secretaría General y la Comisión de Derechos Humanos.

Por otra parte, entre los mecanismos contenciosos con los que cuenta el sistema universal están la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. La ONU tiene además mecanismos convencionales como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos, etc. Finalmente los mecanismos no convencionales son los Relatores Especiales, los Expertos Independientes y los Grupos de Trabajo.

A. Asamblea General

Es el principal órgano deliberativo de las Naciones Unidas. Está compuesto por representantes de todos los Estados miembros, cada uno tiene derecho a voto. Las decisiones sobre cuestiones importantes, como las relativas a la paz y a la seguridad, la admisión de nuevos miembros y las cuestiones presupuestarias, se deben adoptar por

el voto de una mayoría de dos tercios. Las decisiones sobre otras cuestiones se adoptan por mayoría simple.

B. Consejo de Seguridad

Es el órgano de la ONU cuya responsabilidad principal es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. Tiene quince miembros: cinco permanentes y diez electos por la Asamblea General por períodos de dos años. Los miembros permanentes son: China, Estados Unidos de Norteamérica, la Federación de Rusia, Francia y el Reino Unido. Cada miembro tiene un voto. Las decisiones sobre cuestiones de procedimiento se toman por voto afirmativo de por lo menos nueve de los quince miembros. Éste es el único órgano de la ONU cuyas decisiones los Estados miembros, conforme a la Carta, están obligados a cumplir.

C. Consejo Económico y Social (ECOSOC)

Es el principal órgano coordinador de la labor económica y social de la ONU y de los organismos e instituciones especializados que constituyen el sistema de las Naciones Unidas. El Consejo, establecido por la Carta tiene 54 miembros, con mandatos de tres años. Cada miembro tiene voto y el Consejo toma sus decisiones por mayoría simple.

D. Comisión de Derechos Humanos

Es el organismo permanente que tiene a su cargo todo lo relacionado con los derechos humanos. La Comisión inició sus funciones en 1947 y está compuesta por

representantes de 53 Estados miembros elegidos cada tres años por el ECOSOC. Entre sus principales funciones está el supervisar la aplicación de normas existentes, formular recomendaciones, redactar instrumentos, investigar violaciones de derechos fundamentales y brindar asesorías. Estas funciones, las desempeña entre otras por medio de la Subcomisión para la protección y promoción de derechos humanos¹²⁵ y de dos procedimientos: el procedimiento público 1235¹²⁶ y el procedimiento confidencial 1503.¹²⁷

E. Mecanismos convencionales

Son organismos creados por algunas Convenciones de derechos humanos, para supervisar su cumplimiento. Ellos son: El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de 1969; El Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1977; El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1981; El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales creado en 1985; El Comité contra la Tortura que inició actividades

¹²⁵ La Subcomisión cuenta con varios Grupos de Trabajo y Relatores especiales para el cumplimiento de sus funciones. Los Grupos son de dos tipos, unos anteriores al período de sesiones, que pueden ser para la creación de normas y para la promoción y aplicación de instrumentos internacionales.

¹²⁶ La resolución 1503 de fecha 27 de mayo de 1970 establece que la Subcomisión después de su sesión anual analiza por medio de su Grupo de Trabajo de Comunicaciones las informaciones recibidas y las respuestas, si las hubiere, de los gobiernos. Cuando este Grupo de Trabajo encuentra pruebas razonables de la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas de derechos fundamentales, las remite al Grupo de Trabajo sobre Situaciones de la Comisión de Derechos Humanos para que éste las examine y recomiende en un informe al pleno de dicho órgano las medidas que haya que adoptar conforme a cada situación.

¹²⁷ La resolución 1235 de 1967 de la Comisión de Derechos Humanos ha impulsó la creación de una serie de organismos especializados que se conocen como los mecanismos no convencionales del sistema de Naciones Unidas que supervisan el respeto de derechos fundamentales de ciertos temas o en determinados países. Los mandatos temáticos que más nos interesan son Grupos de Trabajo sobre la detención arbitraria, (1991); Relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, (1993); Relator Especial del secretario general sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, (2000). Por otra parte, para leer más sobre el tema se recomienda ONU, *Procedimientos para presentar comunicaciones*, Folleto Informativo número 7, Ginebra, s.f., (http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fact_sp.htm).

en 1988; El Comité de Derechos del Niño que inició funciones en 1991; y el Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes de 2003.

2. Sistemas regionales

A. Europa

La protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa inicia su proceso de codificación con su instrumento más emblemático, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en 1950. En materia de supervisión existe el Tribunal Europeo, órgano jurisdiccional de carácter permanente integrado por jueces que desempeñan sus funciones a tiempo completo por un periodo de seis años, siendo su número variable y en todo momento igual al de los Estados Parte. El Tribunal ejerce una función consultiva para interpretar cualquier cuestión jurídica del Convenio y sus Protocolos y una función contenciosa que le permite conocer cualquier demanda interpuesta por un Estado o por un particular. Sin dudar sus decisiones son bastante garantistas y progresistas y se han convertido en precedentes importantes para los otros sistemas regionales.

B. América

El Sistema cuenta con varios instrumentos internacionales que consagran una serie de derechos que deben ser respetados y garantizados por los Estados en América. El instrumento madre es la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948 y el instrumento convencional más importante es la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los dos mecanismos esenciales del Sistema Interamericano son la Comisión y la Corte Interamericanas.¹²⁸ La Comisión inició funciones en 1960, tiene competencia frente a todos los Estados miembros de la OEA, está integrada por siete miembros elegidos para un periodo individual de cuatro años y tiene su sede en Washington, D.C. en EEUU. Es un organismo cuasi judicial que tiene como función primordial promover la observancia y defensa de los derechos fundamentales en América. Esta función la lleva a cabo mediante la preparación de estudios o informes, el trámite de casos individuales, la práctica de observaciones en el lugar de los hechos y la formulación de recomendaciones a los gobiernos, entre otras.¹²⁹

Por su parte, la Corte, inició funciones en 1979, está integrada por siete miembros elegidos para un periodo individual de seis años y tiene su sede en San José, Costa Rica. Los estados americanos deben aceptar expresamente su competencia para que ésta tenga jurisdicción para decidir casos en su contra. La Corte es un organismo judicial que esencialmente aplica e interpreta la Convención Americana además de otros instrumentos interamericanos mediante el diligenciamiento de casos individuales que son decididos a través de sentencias. También interpreta dicha Convención y otros tratados concernientes a la protección de los derechos fundamentales en América emitiendo opiniones consultivas.¹³⁰

¹²⁸ Se sugiere ver FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996.

¹²⁹ Véase el sitio web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: www.cidh.org.

¹³⁰ Véase el portal web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: www.corteidh.or.cr.

C. África¹³¹

Este sistema es auspiciado por la Organización para la Unidad Africana (OUA) y tiene como instrumento más importante la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos adoptada en 1981, que se caracteriza por una concepción colectivista y comunitaria de los derechos fundamentales. La Carta Africana define una estructura orgánica compuesta por la Asamblea de Jefes de Estado o de Gobierno y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. La Comisión Africana está encargada de promover los derechos fundamentales de los pueblos y asegurar su protección en África. Está compuesta por once miembros elegidos por la Asamblea que desempeñan su mandato de forma independiente por periodos de seis años renovables.

X. Tratados internacionales en materia de derechos humanos: su incorporación y aplicación en nuestro sistema jurídico

El sistema jurídico mexicano está compuesto por normas generales, federales y estatales.¹³² El texto de carácter general por excelencia es la Constitución federal. A la par de ésta ubicamos a los tratados internacionales, que obligan tanto a las autoridades federales como estatales.¹³³ Las normas federales son aquellas emanadas del Congreso de la Unión y que se derivan de las facultades legislativas que al Congreso le otorga el artículo 73 de la Constitución federal. Así, en las materias que no le están

¹³¹ Véase FISCHER DE ANDRADE, José H. “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. IX, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996.

¹³² Artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹³³ Consúltense, VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, “Jerarquía del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá en el sistema jurídico mexicano”, op., cit. 1992.

reservadas de manera exclusiva al Poder Legislativo Federal, los poderes legislativos estatales están facultados para legislar.¹³⁴

El marco que regula a los tratados internacionales se encuentra, principalmente, en dos instrumentos. En la Constitución federal y en la Ley para la Celebración de Tratados.¹³⁵

Pero el artículo 133 constitucional establece el nivel jerárquico que tienen los tratados en el orden jurídico mexicano. Es por ello que en nuestro sistema jurídico, los tratados internacionales tienen un doble efecto. Por una parte, los tratados son convenios por los cuales se crean, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones internacionales para el Estado mexicano frente a otros Estados o frente a otros sujetos de derecho internacional con capacidad para celebrar tratados. Por otro lado, los tratados internacionales firmados por el Poder Ejecutivo y aprobados por el Senado se integran al régimen jurídico, con características de normas generales y abstractas, obligatorias para todas las autoridades en México. Una vez que un tratado ha sido firmado por el Ejecutivo y aprobado por el Senado, se publica como cualquier otra ley y se vuelve derecho positivo mexicano.¹³⁶

1. ¿Qué jerarquía tienen los tratados internacionales en el derecho mexicano?

El artículo 133 constitucional establece que ésta, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados internacionales firmados por el Ejecutivo y aprobados por el Senado que estén de acuerdo con la misma son Ley suprema de la unión. Esto

¹³⁴ Artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹³⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992.

¹³⁶ Véase segundo párrafo del artículo 4º de la Ley sobre la Celebración de Tratados.

significa que los tratados internacionales al ser aprobados por el Senado después de su celebración por el Ejecutivo, forman parte del sistema jurídico mexicano. Sólo en dos supuestos el sistema jurídico mexicano tiene la obligación de expedir normas instrumentales sobre un tratado internacional. El primero, si el tratado no está conforme con la Constitución federal y el segundo cuando el propio tratado así lo exija y la naturaleza de sus estipulaciones no sean de aplicación directa.

Efectivamente, mediante ejecutoria dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la SCJN) el 11 de mayo de 1999, al interpretar el artículo 133 constitucional, se modificó la jerarquía normativa de los tratados internacionales. El criterio anterior sostenía que las leyes federales y los tratados internacionales tienen la misma jerarquía normativa, ocupando el rango inmediatamente inferior a la Constitución, por lo que el tratado internacional no podía servir de criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa.¹³⁷

Afortunadamente el criterio anterior fue abandonado al resolverse el amparo promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. Con independencia de los argumentos sostenidos en el fallo, la SCJN sostuvo tres criterios: a) los tratados internacionales pueden obligar a las entidades federativas; b) a través de los tratados internacionales se puede ampliar la gama de las garantías individuales; y c) los tratados

¹³⁷ *Cfr.*, entre otras, la tesis P. C/92, cuyo rubro es: “Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa” (*Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 60, diciembre de 1992, Pleno, pág. 27).

internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal.¹³⁸

Sin embargo, me parece que este criterio todavía está en franca oposición con los tratados internacionales y, en especial, con aquéllos relativos a la materia de derechos humanos. Creo que para que un Estado se ostente como democrático y como verdadero estado de derecho debe aceptar que los tratados internacionales en materia de derechos humanos estén en el mismo plano que la Constitución e incluso por arriba de ella. No hay que espantarnos, ya en países más desarrollados lo contemplan así, como sucede en Holanda, así lo refiere Mara Gómez Pérez cuando trata y explica los cuatro tipos de jerarquía entre los tratados internacionales sobre derechos humanos y el derecho interno:

1. *Supraconstitucional*: en la cual los tratados sobre derechos humanos, por disposición expresa de la propia Constitución, tienen una jerarquía superior a ella. (Holanda).
2. *Constitucional*: en donde también por disposición expresa de la Constitución, los tratados sobre derechos humanos tienen una jerarquía exactamente igual a la de la propia Constitución. (Argentina y Venezuela).

¹³⁸ Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: X, Noviembre de 1999, Tesis: P. LXXXVII/99, Página: 46, Materia: Constitucional, Tesis aislada. TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

3. *Supra legal*: en el que los tratados internacionales sobre derechos humanos o, incluso, sobre cualquier otra materia, se colocan por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes internas. (Colombia y México), y
4. *Legal*: en donde los tratados internacionales, sean de la materia que sea, tiene un rango inferior a la Constitución e idéntico a una ley interna. (Mayoría de las naciones).¹³⁹

Algunos tratados internacionales de los que México es parte, claramente recoge el principio *pro personae*. Por ejemplo:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 5, dispone:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

¹³⁹ GÓMEZ PÉREZ, Mara, “La protección internacional de los Derechos Humanos y la soberanía nacional”, en: *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 5ª edición, Tomo II, 2006, pág. 1620.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos prevé en su artículo 29:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Por ello, considero que en nuestro país, a pesar de lo que establecen las normas internas, los tratados internacionales en materia de derechos humanos deberían tener una jerarquía superior a la Constitución siempre y cuando éstos no resulten limitativos. Es más, la jurisdicción internacional reconoce dos principios: 1. El principio de progresividad, conforme al cual un individuo puede invocar los derechos del ordenamiento jurídico que más le favorezca, sin importar si éste es nacional o internacional, y 2. Que en materia de derechos humanos nunca es válida la

interpretación restrictiva, de tal forma que siempre deben interpretarse de la manera más favorable para la persona humana.

XI. Libertad personal: Sistema Interamericano

Muy bien, ahora, tratemos el derecho fundamental a la libertad personal en el marco de la reforma al 33 constitucional. Ya comentamos que la redacción actual del 33 sigue siendo ambigua, es un hecho que el Ejecutivo sigue teniendo la posibilidad de atentar en cualquier momento los derechos fundamentales de los extranjeros. Por lo tanto creo que se tiene que definir claramente cómo y por qué un extranjero puede ser detenido para luego ser expulsado. Desafortunadamente, el artículo 33 no determina como se llevará a cabo esa detención y mucho menos establece que autoridad será la encargada de hacerlo. Por ello considero necesario exponer en los apartados siguientes como regula el sistema interamericano las detenciones para que estas no sean arbitrarias. Veamos las garantías procesales establecidas en la Convención que se contraponen a todas luces con el polémico artículo 33.

1. Derecho a ser informado

El artículo 7.1 de la Convención garantiza el derecho a la libertad personal de manera incondicionada. Las dos reglas siguientes establecen límites al poder público que prohíben expresamente tanto las detenciones ilegales como las detenciones arbitrarias (artículos 7.2 y 7.3 de la Convención).

El artículo 7.4 de la Convención dispone:

Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

Esta disposición, no sólo constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de la libertad, esta regla además tiene como finalidad posibilitar el ejercicio efectivo del derecho de defensa de la persona detenida.

El artículo en cuestión tiene por lo menos tres particularidades. Primera, el Estado debe cumplir con dos deberes, el de informar y el de notificar al imputado en dos supuestos: a) cuando el imputado se encuentra detenido; y b) cuando el imputado es simplemente “retenido”, aun si tal restricción es breve. Justo estas particularidades se omiten en la reforma del 33, seguramente en la ley reglamentaria correspondiente se especificarán estos temas, mientras tanto, queda abierta la posibilidad para que el Ejecutivo siga aplicando el 33 tal y como lo disponía este precepto antes de su reforma.

En este sentido, los principios 1 y 4 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión¹⁴⁰ establecen, respectivamente:

¹⁴⁰ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, véase: <http://www.acnur.org/secciones/>.

1. Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...)

4. Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad.

Sobre el párrafo anterior, es evidente que el artículo 33 no señala que la detención del extranjero se haga a consecuencia de una orden emitida por un juez, es más, se entiende que esta detención se llevará a efecto sólo con la autorización y orden del Ejecutivo.

Segunda particularidad, es claro que el artículo 7.4 impone dos exigencias diferentes y autónomas en cuanto al deber de informar a la persona que resulta detenida: a) el deber de informar en el acto de restricción de la libertad de las razones de la limitación de su libertad personal; y b) el deber de notificar inmediatamente de la imputación que existe en su contra. La primer exigencia constituye un deber jurídico para la autoridad que ejecuta la medida que restringe la libertad de alguna persona. El contenido de la obligación de informar consiste en explicar al sujeto de la medida las razones –de hecho y de derecho– que justifican la restricción de su libertad personal. La autoridad estatal que priva de la libertad a una persona debe explicarle que ha sido detenida por la comisión de algún delito flagrante o porque un tribunal competente ha librado orden

de captura en su contra. Con esta información, la persona detenida estará en condiciones de acreditar circunstancias que le permitan no ser detenido o en todo caso acreditar su inocencia.

Tercera, el deber de notificar “sin demora, del cargo o cargos formulados” contra la persona detenida significa dos cosas. Por un lado, se trata de un acto formal mediante el cual el tribunal competente que está a cargo del caso comunica a la persona detenida, a través de una “notificación”, “del cargo o cargos formulados” en su contra. Por otro lado, este acto reviste mayores formalidades pues la correcta notificación de la imputación es una cuestión determinante del ejercicio efectivo del derecho de defensa, ya que establece el objeto del procedimiento. En este supuesto, se debe de notificar “sin demora” pues, con toda seguridad, no será el juez quien ejecute la detención.

2. Derecho a ser presentado ante un tribunal

El artículo 7.5 de La Convención:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Lo anterior supone entonces que un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial de este artículo es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado.¹⁴¹

3. El control judicial de la detención

El artículo 7.6 de la Convención establece:

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

El contenido de este artículo se comprende mejor si tenemos en cuenta las dos disposiciones anteriores. En efecto, el artículo 7.4 obliga al Estado a informar de las causas de la detención y de los cargos contra la persona detenida. El artículo 7.5, en su

¹⁴¹ Corte I.D.H., *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8., párr. 38 y Corte I.D.H., *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A, núm. 9, párr. 36.

primera parte, dispone que toda persona detenida debe ser conducida sin demora ante un juez.

Resulta importante mencionar que ha sostenido la Corte sobre el tema, tanto en casos contenciosos como en opiniones consultivas. La Corte ha manifestado que la garantía de acceso a un recurso sencillo y eficaz consagrada en las disposiciones convencionales no se ve satisfecha con la mera existencia formal de los recursos idóneos para obtener una orden de libertad. Estos derechos constituyen uno de los pilares básicos del Estado de Derecho en una sociedad democrática. Por tanto, el artículo 25 de la Convención establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes.¹⁴²

La reforma al artículo 33 constitucional determina que el Ejecutivo, previa audiencia, podrá expulsar del territorio mexicano a cualquier extranjero con fundamento en la ley, ley que al momento de escribir este trabajo no existe. Mientras no se definan criterios claros de cuándo, dónde y a que extranjero se podrá detener para expulsarlo, se debe asumir que todo extranjero podrá ser molestado en cualquier momento que el Ejecutivo decida. Por ello resulta fundamental que un juez revise la legalidad de dicha detención, que sea un juez quien determine que esa privación de la libertad sea conforme al sistema jurídico y que no se haya violado ningún derecho del extranjero. Que esa revisión la haga un juez, dota al procedimiento de determinadas garantías, que no se

¹⁴² Corte I.D.H., Caso *Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C, núm. 34, párrs. 82 y 83.

ven debidamente protegidas si el trámite está en manos de una autoridad administrativa, quien probablemente carece de la formación jurídica-judicial necesaria.

Sobre detenciones arbitrarias la Comisión estableció:

De conformidad con el artículo 7 de la Convención, la legalidad o arbitrariedad de un arresto debe analizarse sobre la base de si se observó o no la Constitución y/o las leyes domésticas expedidas conforme a la misma que prescriban las razones por las cuales un individuo puede ser privado de su libertad y establecer los procedimientos que deban llevarse a cabo al arrestar a un individuo.¹⁴³

XII. Libertad de expresión: Sistema Interamericano

Otro derecho fundamental completamente relacionado con la aplicación del artículo 33 constitucional es el de expresión. La reforma que el Constituyente hizo al 33 dejó intacta la redacción anterior del último párrafo: “Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.” Ya expusimos nuestra postura al respecto.

Mientras tanto, la Convención en su artículo 13 señala que:

¹⁴³ *García vs. Perú*, caso 11.006, reporte núm. 1/95, Inter. Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.88, rev. 1 Doc. 9 a 71 (1995), párr. VI, B. 1.

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, la cual puede ser ejercida por todos los medios y no puede ser objeto de censura, sino de responsabilidades ulteriores.

De igual manera, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 4 señala que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

Estos preceptos internacionales deben ser entendidos y analizados en conjunto con otros de carácter general que se consagran en la Convención, como son los artículos 1° y 2°.

El artículo 1° de la Convención señala que:

Los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ésta y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

El Estado tiene dos obligaciones: respetar y garantizar los derechos y libertades consagrados en la Convención. Ambas obligaciones tienen un reflejo claro en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.¹⁴⁴

Sobre la obligación general de respetar los derechos y libertades reconocidos en La Convención, la Corte ha señalado que:

En toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos (consagrados en la Convención), se está ante un deber de inobservancia del deber de respeto [...] [E]l Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.¹⁴⁵

En lo que se refiere a la obligación general de “garantizar” el pleno y libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, la Corte ha dicho que esta obligación implica:

El deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de

¹⁴⁴ Declaración disponible en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/declaracion.htm>.

¹⁴⁵ Véase, Corte I.D.H., *Caso Velázquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párr. 170.

esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.¹⁴⁶

El artículo 2° de la Convención determina que los Estados tienen la obligación de adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias, si no existieran ya, para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención.¹⁴⁷

Asimismo, la Corte ha señalado que:

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹⁴⁸

¹⁴⁶ *Ibid.*, párr. 166.

¹⁴⁷ El artículo 2 de la Convención Americana señala que “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

¹⁴⁸ Véase, Corte I.D.H., *Caso Velázquez Rodríguez*, *op. cit.*, párr. 167 y 168.

1. Democracia y libertad de expresión

Es importante destacar que, tanto la Comisión, como la Corte, han repetido esta afirmación en cada uno de los casos en que han tenido que tratar violaciones al artículo 13 de La Convención. En términos de la Corte:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública [...] Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre.¹⁴⁹

Con toda certeza se puede afirmar que el estándar básico para la interpretación del derecho a la libertad de expresión lo constituye su vínculo a la democracia, por ello resulta un derecho fundamental que si se pierde, pone en peligro la vigencia de todos los demás valores y principios que se necesitan en cualquier sociedad democrática. La protección del derecho a expresar las ideas libremente es fundamental para la plena vigencia del resto de los derechos fundamentales. Sin libertad de expresión no existe democracia plena, y sin democracia el desarrollo de la sociedad es imposible.

2. Las dos dimensiones de la libertad de expresión

Esta idea propone que el contenido de la libertad de expresión no se vincula sólo con el aspecto individual del derecho, sino también se dirige a una dimensión colectiva, justo

¹⁴⁹ Corte I.D.H. *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículo 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párr. 70.

la actividad que desempeñan los observadores internacionales de derechos humanos en Chiapas que son expulsados. Ellos, sólo verifican si el Estado mexicano garantiza los derechos fundamentales de los habitantes de esas zonas. Es más, esta idea sobre las dos dimensiones de la libertad de expresión puede tener su origen en el siguiente criterio pronunciado por la Corte:

El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole..." Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria...*, Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 30.

En la jurisprudencia continental es muy clara la prohibición de censura previa.¹⁵¹ El artículo 13 de la Convención expresa que el ejercicio de la libertad de expresión sólo puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores, las que deben ser necesarias en una sociedad democrática:

La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo "necesari(o) en una sociedad democrática", habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa.

Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una" necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". (Eur. Court H. R., **The Sunday Times case**, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a

¹⁵¹ Con excepción de lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 13 de la Convención Americana.

satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (**The Sunday Times case, supra**, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., **Barthold** judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26).¹⁵²

3. Incompatibilidad de la expulsión con la expresión de ideas

La amenaza de ser expulsado por expresar ideas, sobre todo si son ideas u opiniones críticas de funcionarios o de cómo operan las autoridades, genera un efecto paralizante en quien quiere expresarse, que puede traducirse en situaciones de autocensura incompatibles con un sistema democrático. Por ello, insisto que a pesar de la reforma, la redacción del artículo 33 constitucional no es compatible por lo menos con la Convención. Pareciera que el 33 existe para silenciar ideas y opiniones que afectan la imagen y reputación del Estado mexicano, reprimiendo de ese modo el debate que es

¹⁵² Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria...*, Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párrs. 45 y 46.

crítico para el efectivo funcionamiento de las instituciones democráticas. Está claro que el artículo 33 de la Constitución federal, disuade las críticas hacia el gobierno hechas por extranjeros por el temor de ser expulsados. Al respecto, existen por lo menos dos instrumentos internacionales que garantizan el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión; nos referimos a la Declaración de Principios sobre libertad de Expresión y a la Carta Democrática Interamericana.¹⁵³

Tal y como se explica en los Informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana,¹⁵⁴ la idea de desarrollar una Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión nació en respuesta a la necesidad de otorgar un marco jurídico que regule la efectiva protección de la libertad de expresión en el hemisferio, incorporando las principales doctrinas reconocidas en diversos instrumentos internacionales. La Comisión aprobó la declaración durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del año 2000. Dicha declaración, constituye un documento importante para la interpretación del artículo 13 de la Convención. Su aprobación no sólo es un reconocimiento a la importancia de la protección de la libertad de expresión en el continente americano, sino que además incorpora al sistema interamericano los estándares internacionales para una defensa más efectiva de este derecho.

Los principios son:

¹⁵³ Carta Democrática Interamericana, OEA, Asamblea General, Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones, 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

¹⁵⁴ La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión es una oficina de carácter permanente con independencia funcional y presupuesto propio que fue creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dentro de la esfera de sus atribuciones y competencias y opera dentro del marco jurídico de ésta. La Relatoría tiene su origen en la II Reunión Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno, que tuvo lugar en Santiago, Chile en abril de 1998. Véase www.cidh.org/relatoria.

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.
2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3. Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.
4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.
6. Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.
7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.
8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.
9. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "*leyes de desacato*" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes anti monopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

13. La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.¹⁵⁵

También deben tenerse presente en nuestro ámbito de estudio los principios emanados de la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001. La Carta representa el fuerte compromiso asumido por los Estados para promover y defender la democracia, dado que resulta esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos americanos.¹⁵⁶ El artículo 4° de la Carta ubica a la libertad de expresión como uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Consultables en: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos13.htm>. Día de la consulta 22 de octubre de 2009.

¹⁵⁶ El artículo 7 de la Carta expresa: La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos. Consultable en: http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm. Día de la consulta 22 de octubre de 2009.

¹⁵⁷ Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos

XIII. Expulsión arbitraria de extranjeros

Desde el primero de enero de 1994, el gobierno mexicano ha expulsado a más de 350 extranjeros de Chiapas.¹⁵⁸ El Estado mexicano ha expulsado de territorio nacional – específicamente de Chiapas– a extranjeros que realizan actividades humanitarias. Estos extranjeros observan si en esa región se respetan los derechos fundamentales de sus pobladores. Por eso me resultó importante señalar la confrontación y la contradicción que existe entre los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte y la facultad concedida al Ejecutivo en el polémico artículo que nos ocupa.

Estoy convencido de que la aplicación del artículo 33 constitucional excluye a los extranjeros de los derechos que consagra la propia Constitución y pactos internacionales sobre derechos humanos que México ha suscrito. La aplicación de la facultad que concede el artículo 33 constituye un incumplimiento de los compromisos internacionales, y por ende el Estado mexicano incurre en responsabilidades. Independientemente de que el derecho interno ubique a la Constitución federal en un nivel jerárquico superior al de los tratados ratificados por México. En consecuencia, sostengo que no fue suficientemente progresista la reforma que se hizo al 33, es necesario insistir en esto para evitar que México incurra en responsabilidad estatal derivada del incumplimiento de normas de orden público internacional.

sociales y la libertad de expresión y de prensa. Consultable en: http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm. Día de la consulta 22 de octubre de 2009.

¹⁵⁸ María Elena Medina, *Reforma*, 4 de enero de 1999.

Reiteremos pues las contradicciones más evidentes entre los instrumentos internacionales y el artículo 33 constitucional:

1. Facultad del Ejecutivo para expulsar extranjeros.

Como regla general, cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, que se vea afectada de modo adverso por un acto de autoridad es titular de los siguientes derechos fundamentales:

a) *Fundamentación y motivación de los actos de autoridad:* Conforme al artículo 16 constitucional, todo acto de autoridad que pudiera afectar de manera adversa a cualquier persona tiene que estar debidamente fundado en una disposición jurídica vigente en el momento en que el acto de autoridad es emitido. Este acto debe citar el precepto legal aplicable en el que se encuentra su fundamento. Además, tiene que ser motivado, es decir, debe describir las razones y situaciones de hecho que den lugar a él; los hechos deben caer en el ámbito de aplicación del precepto legal que sirva de fundamento.

b) *Derecho de audiencia:* Otro derecho fundamental que reconoce el artículo 14 constitucional. Nadie puede ser privado de sus derechos sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se hayan cumplido las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Además, de conformidad con los artículos 103 y 107 de la Constitución federal, cualquier persona tiene el derecho a solicitar la protección de la justicia federal por vía del amparo en caso de que un acto de autoridad viole cualquier derecho fundamental. Es más, la expulsión de los extranjeros, aunque ésta se lleve a cabo previa audiencia, no solo se contrapone con principios de la más elemental justicia, sino que contradice valores y normas universalmente aceptados en materia de promoción, protección y defensa de los derechos humanos.

2. Derechos de legalidad y audiencia como garantías de protección contra la arbitrariedad en el derecho internacional de los derechos humanos.

México es parte de el Pacto, de la Convención y de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante CIPDTMF). Todos estos instrumentos tienen preceptos que se refieren a las garantías de legalidad de los actos de autoridad y establecen el derecho fundamental a ser oído en juicio. De manera reiterativa establecen que los actos de autoridad que afecten a cualquier persona deben estar de acuerdo con la ley, es decir, no pueden ser de ninguna manera arbitrarios.¹⁵⁹

Por ejemplo, en caso de detención, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en el artículo 9:

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Por su parte, el artículo 9.1 del Pacto es más claro:

¹⁵⁹ Artículos 6.1, 9.1, 12.4, 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 4.1, 7.3, 11.2, 20.3 de la Convención Americana, artículos 22 y 56 de la CIPDTMF.

Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.¹⁶⁰

Por su parte el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias establecido por la Comisión de Derechos Humanos afirmó:

Con el fin de permitirle llevar a cabo sus tareas sobre la base de estándares precisos, el Grupo de Trabajo ha adoptado criterios para la consideración de casos que le son sometidos, deduciéndolos de las disposiciones antes mencionadas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los Pactos así como del Cuerpo de Principios para la Protección de Todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. De acuerdo con estos criterios se considera que una detención es arbitraria en caso de que caiga en una, o más, de las siguientes categorías:

1. Casos en los que la privación de libertad es arbitraria dado que manifiestamente no puede ser vinculada a ninguna base legal (tales como detenciones que exceden la ejecución de una sentencia o a pesar de una amnistía, etcétera...]

¹⁶⁰ Texto tomado del documento: Introducción al grupo de trabajo sobre detenciones arbitrarias, sección III. Criterios adoptados por el Grupo de trabajo para determinar si una privación de libertad es arbitraria. http://www.unhcr.ch/html/menu2/7/b/arb_det/ardintro.htm. 1998.

3. Casos en los que la no observancia total o parcial de las disposiciones internacionales relacionadas con el derecho a un juicio justo sea tal que confiera a la privación de libertad, de cualquier tipo un carácter arbitrario.¹⁶¹

Así, un acto de autoridad arbitrario es aquél que por una parte no tiene sustento legal o es ejecutado de manera contraria a la ley, o bien es el acto que es ejecutado sin expresar las razones que lo justifiquen o ambos, y por la otra parte, el que no puede ser impugnado ante un organismo independiente por la parte afectada. Es más, aunque el acto de autoridad esté contemplado en la ley, éste debe estar justificado, si así no fuere, estamos en presencia de un acto arbitrario. Como cuando se aplica el artículo 33 constitucional.

Sobre los actos arbitrarios El Comité de Derechos Humanos, en su observación general sobre el artículo 17 del Pacto, dijo que:

El concepto de *arbitrariedad* tiene como intención el garantizar que aun la interferencia prevista por la ley debe de estar conforme con las disposiciones, metas y objetivos del [Pacto] y deben ser razonables en las circunstancias específicas.¹⁶²

Por lo tanto, para que un acto de autoridad no sea arbitrario, éste debe tener fundamentos razonables. La Corte dictó:

¹⁶¹ *Ídem.*

¹⁶² Documento CCPR/C/21/Rev. 1 (19 de mayo de 1989), págs. 19 y 20 (párr.4 de General Comment 16 (32)).

Razonabilidad quiere decir un juicio de valor y, cuando se aplica al derecho, de conformidad con los principios del sentido común. También se usa en relación con los parámetros de interpretación de tratados y, por lo tanto, de la Convención. *Razonable* significa justo, proporcionado y equitativo, en oposición a injusto, absurdo y *arbitrario*. Es un calificativo de contenido axiológico que implica opinión pero, en otro sentido, puede ser empleado jurídicamente como, de hecho, las cortes con frecuencia lo hacen, en el sentido de que cualquier actividad estatal no debe ser solamente válida sino también razonable.¹⁶³

Por eso sostengo que la redacción actual del artículo 33 constitucional da la pauta para la existencia de actos de gobierno arbitrarios. El 33 constitucional no dispone que el Ejecutivo exprese justificación alguna para expulsar del territorio nacional al extranjero que juzgue inconveniente.

Por otra parte, en la baraja de los derechos fundamentales, el derecho de audiencia tiene como finalidad proteger a las personas de cualquier acto de arbitrariedad. Como ya escribimos, no sólo es necesario que el acto de autoridad se base en derecho y que se expresen las razones aducidas para la aplicación de la ley, sino también que la parte afectada tenga el derecho de impugnar la aplicación de la ley y tenga la oportunidad de que órgano judicial independiente determine la legalidad del acto respectivo. Por ejemplo, en el caso del *habeas corpus*:

¹⁶³ *Certain Attributes of the Inter-American Commission on Human Rights (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 and 51 of the American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion OC-13/93 16 de julio de 1993. Series A, párr. 33.

33. En su forma clásica, el *habeas corpus*, tal y como ha sido incorporado en varios sistemas jurídicos de las Américas, es un recurso judicial diseñado para proteger la libertad personal e integridad física contra decisiones arbitrarias a través de una orden judicial que exige de las autoridades apropiadas el llevar al detenido frente al juez a fin de que la legalidad de la detención pueda ser determinada.¹⁶⁴

También la Corte estipuló:

24. El art. 25 (1) incorpora el principio reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos de la efectividad de los instrumentos procedimentales o medios diseñados para garantizar dichos derechos. Según la Corte lo ha apuntado, de acuerdo con la Convención:

(...) Los Estados Partes tienen la obligación de proporcionar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de derechos humanos (art. 25), mismos recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas de debido proceso (art. 8(1)), todo ello en salvaguardia de la obligación general de dichos Estados de garantizar el ejercicio libre y completo de los derechos reconocidos por la Convención a todas las personas sujetas a sus jurisdicciones (art. 1) (casos Velázquez Rodríguez, Fairen Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, Objeciones Preliminares, sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 91 y 92, respectivamente).

De acuerdo con este principio, la ausencia de un recurso efectivo por violaciones a los derechos reconocidos por la Convención es en sí misma una

¹⁶⁴ *Habeas Corpus in Emergency Situations* [arts. 27(2) y 7(6) de American Convention on Human Rights], Advisory Opinion OC-8/87, 30 de enero de 1987, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A), núm. 8 (1987).

violación de la Convención por el Estado Parte en donde tal recurso se encuentre ausente.¹⁶⁵

La Comisión también se ha referido al derecho de audiencia ante un órgano judicial independiente como elemento necesario para evitar la arbitrariedad de los actos de autoridad. La postura reiterada de la Comisión ha sido que:

La observancia efectiva de garantías [judiciales] está basada en la independencia de la judicatura, que se deriva de la separación clásica de las tres esferas del gobierno. Esta es la consecuencia lógica del mismísimo concepto de *derechos humanos*. En efecto, para proteger los derechos de los individuos contra posibles actos arbitrarios del Estado, es esencial que una de las esferas tenga independencia y que pueda juzgar tanto las acciones de la esfera ejecutiva y la constitucionalidad de las leyes emitidas y aun las sentencias dictadas por sus propios miembros. Por lo tanto, la Comisión considera que la independencia de la Judicatura es un requisito esencial para la observancia práctica de los derechos humanos en general. *Séptimo reporte de la situación de los derechos humanos en Cuba*, 1983, OEA/Ser.L/V/II.61, doc. 29 rev. 1, p. 51.¹⁶⁶

¹⁶⁵ *Judicial Guarantees in States of Emergency* [arts. 27(2), 25 y 8 de American Convention on Human Rights], Advisory Opinion OC-9/87, 6 de octubre de 1987, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A), núm. 9, 1987.

¹⁶⁶ *García vs. Perú, Casa 11, 006*, reporte núm. 1/95, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.88 rev. 1 Doc. 9 a 71, 1995, párr. IV A.2.a.

Considerando todo lo anterior, es evidente que la redacción e interpretación actual del artículo 33 constitucional da pie a la existencia de actos rotundamente arbitrarios, ya que no le otorga al extranjero el derecho fundamental a un proceso justo. Por ello, es imprescindible que un juez revise si el procedimiento administrativo que determinó la expulsión de un extranjero fue apegado a la Carta fundamental y sobre todo conforme con los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales. La facultad constitucional concedida al Ejecutivo, en el artículo 33, es claramente contraria a los principios de justicia.

1. Expulsión de extranjeros y el derecho internacional de los derechos humanos

Ahora bien, ¿qué pasa en el concierto internacional? La expulsión de extranjeros es tratada en varios instrumentos de derechos humanos que constituyen tanto derecho vinculante como no vinculante. Los tratados generales sobre derechos humanos de los que México es parte, se refieren a este tema.¹⁶⁷ El Pacto contiene una disposición específica en la materia (artículo 13), que prevé garantías de legalidad y audiencia en beneficio de quienes pudieren verse afectados por una expulsión. La Convención sobre Derechos Humanos también especifica que la decisión debe ser adoptada de acuerdo con la ley. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de la que México es parte, prohíbe a los Estados Parte expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado en donde existan bases suficientes para creer que pudiera estar en peligro de ser sometida a tortura; además establece los criterios para determinar si esas bases existen. (art. 3°).

¹⁶⁷ En el ámbito europeo, consultar el *Protocolo VII de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, que se refiere a los derechos de que debe gozar una persona que pueda verse expuesta a una expulsión por desempeñar actividades políticas.

Los tratados citados contemplan la existencia de organismos de vigilancia que puedan recibir peticiones individuales en virtud de las cuales se alegue que un Estado parte violó el tratado correspondiente, a consecuencia de esto, se desarrolló buena cantidad de jurisprudencia en materia de expulsiones. La mayoría de los casos de extranjeros expulsados implican quejas por la violación al derecho de audiencia, por la privación ilegal de la libertad, etcétera.

Un ejemplo, es el caso *Ismet Celepli contra Suecia*, considerado por el Comité de Derechos Humanos,¹⁶⁸ en el que se revisó el problema relativo a la ausencia de un derecho de apelación previsto en el derecho local contra la decisión de expulsar a un presunto terrorista, así como el hecho de que al quejoso no se le dio la oportunidad de probar su inocencia y de defenderse ante un tribunal independiente e imparcial. Más aún, reclama que no se le dio el derecho de revisión de la decisión del Gobierno.¹⁶⁹ Sin embargo, la expulsión del quejoso fue ordenada el 10 de diciembre de 1984, afortunadamente dicha orden no fue ejecutada y al quejoso se le permitió permanecer en Suecia con ciertas restricciones a su libertad en virtud de que Suecia invocó razones de seguridad nacional para justificar dicha medida de conformidad con el artículo 12, párrafo 3, del Pacto. En relación con esto, el Comité también hace notar que el Estado parte *motu proprio* revisó tales restricciones y al final las levantó.¹⁷⁰

¹⁶⁸ CCPR/C/51/D/456/1991, 26 de julio de 1994, HUMAN RIGHTS COMMITTEE, fifty-first session, VIEWS, Comunicado núm. 456/1991, *Ismet Celepli v. Sweden*. Date of adoption of Views: 18 de julio de 1994.

¹⁶⁹ *Ibidem*, párr. 3.2.

¹⁷⁰ *Ibidem*, párr. 9.2.

Del ejemplo citado rescato la postura que hace el Comité en cuanto a la protección de la seguridad nacional. Incluso, demostrándose que estaba en riesgo ésta, el extranjero no fue expulsado, simplemente se restringió su estancia. Es evidente que el artículo 33 constitucional no exige que para ejecutar la expulsión tengan que existir razones de seguridad nacional.

Aunado a lo anterior, la observación general número 15, adoptada en la Vigésima Séptima sesión de 1986, titulada “La situación de extranjeros con arreglo al pacto”, nos resulta de mucha ayuda para seguir con nuestra postura, pues destaca que los extranjeros están sujetos a los beneficios del Pacto, y que los Estados tienen la obligación de respetar sus derechos como individuos, sin discriminación. También establece –normal– el privilegio que tienen todos los Estados para admitir extranjeros en su territorio, y de establecer los lineamientos necesarios para ello.

En América Latina tenemos dos instrumentos internacionales aplicables al caso de expulsión de extranjeros. El primero es el *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*, derivado de la visita realizada por la Comisión a nuestro país en 1996.¹⁷¹ Y el segundo es el caso de *Riebe Star et. al. Contra México*.¹⁷²

¹⁷¹ OEA/Ser, L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1, septiembre 24 de 1998.

¹⁷² Informe núm. 49/99, caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlien y Rodolfo Izal Elroz contra México, 13 de abril de 1999.

El informe citado contiene dos referencias expresas al tema. El párrafo 665 alude al caso Riebe Star, y el párrafo 672 hace una recomendación específica, en los siguientes términos:

Que ofrezca todas las garantías para que los defensores de derechos humanos, tanto mexicanos como extranjeros, puedan llevar a cabo su importante labor de defensa de dichos derechos, sin interferencias abusivas de parte de las autoridades; en particular, que revise las denuncias de expulsiones arbitrarias en los casos de extranjeros que residen legalmente en el territorio mexicano, a fin de adecuar tales decisiones estrictamente a las normas del debido proceso previstas en la legislación interna y en los instrumentos internacionales vigentes.¹⁷³

El párrafo 21 del caso Riebe Star expresa:

En cuanto al procedimiento efectuado para la expulsión del territorio mexicano, los peticionarios alegan que se violó la garantía de audiencia prevista en el ordenamiento jurídico mexicano, y el derecho al debido proceso establecido en la Convención Americana. Ello se debería, según la denuncia, a que los sacerdotes no tuvieron la oportunidad de defenderse de los cargos en su contra, ni de estar asesorados por abogados o personas de su confianza.

Así, la Comisión considera que a fin de que una expulsión no sea arbitraria y conforme a los términos de la Convención, se deben cumplir determinados requisitos como:

¹⁷³ Párrafo 672, OEA/ser. L/V/II, 100, Doc. 7, rev. 1, 24 de septiembre de 1998.

La opción de ser asistidos por un abogado si así lo hubieran deseado los procesados, o por un representante de su confianza durante el procedimiento administrativo (párr. 70). La garantía de una audiencia para la determinación de sus derechos. Dicha garantía debió incluir el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas (párr. 71).

Por tanto la Comisión consideró que:

Las autoridades no cumplieron en tal procedimiento con los requisitos exigidos por el texto expreso de la legislación mexicana, por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de dicho país y por la Convención Americana, para hacer efectivo el derecho de audiencia consagrado en el artículo 14 constitucional, compatible con el artículo 8 de la Convención Americana y con otros instrumentos internacionales de derechos humanos (párr. 63).

Por otra parte, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven,¹⁷⁴ de 1985, reitera el derecho que tiene cualquier extranjero a no ser afectados por decisiones arbitrarias en cualquier campo, pero particularmente en el caso de expulsión. Por ejemplo, el artículo 2.2. de la Declaración

¹⁷⁴ G:A: res.40/144, annex, 40 U:N: GAOR Supp. (núm. 53) at 252, U:N: Doc. A/40//53, 13 de diciembre 1985. Consultable en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2027.pdf>

dispone que ésta no perjudicará el goce de los derechos concedidos por el derecho local y los que conforme al derecho internacional un Estado está obligado a conceder a los extranjeros, aun en caso de que la Declaración no los reconozca o lo haga en menor medida.

Es más, el artículo 7° reitera literalmente lo que prevé el artículo 13 del Pacto al que hemos hecho referencia.

Art. 7.- Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen y que someta su caso a examen de la autoridad competente o de una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, así como que esté representado a esos efectos ante dicha autoridad, persona o personas. Queda prohibida la expulsión individual o colectiva de esos extranjeros por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico.

Sobre la expulsión de extranjeros ¿qué estipula la Convención? El artículo 22.6 dice:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la Presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

La decisión adoptada conforme a la ley debe basarse en normas que sean suficientemente claras para que los individuos tengan información y puedan defenderse. Por ello, la Ley Reglamentaria del artículo 33 deberá ser lo suficientemente clara y precisa, no caben ya leyes ambigüas, menos tratándose de derechos fundamentales. Por ende, una adecuada interpretación del artículo 22.6 de la Convención nos permite concluir que la decisión de expulsar a un extranjero queda, en todo caso, sujeta a los principios protectores de los artículos 8.1 y 25 también de la Convención. En este orden de ideas, el extranjero tiene el derecho fundamental de ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, es decir, el extranjero debe contar con los mecanismos jurídicos para interponer cualquier recurso efectivo en contra de cualquier abuso o acto de autoridad que violente sus derechos fundamentales.

Desafortunadamente, y a pesar de tratarse de derechos fundamentales, en nuestro país la Constitución federal está por encima de la Convención. Es claro que el artículo 133 de la Carta fundamental mexicana establece una estructura jerárquica que ubica a la Carta Magna como el ordenamiento jurídico que predomina sobre cualquier ley o tratado. Sin embargo, como ya hemos escrito, tratándose de un tratado internacional de derechos humanos, este último debe tener preferencia. Desde esta perspectiva y tomando en cuenta que México no hizo reserva alguna a los artículos 8.1 y 25 de la Convención, México debe considerarse obligado por sus términos y condiciones. Así se establece en el principio general de derecho internacional (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que México es parte), que establece

que las obligaciones internacionales son exigibles a pesar de la existencia de normas en contrario de derecho local. Y esto es así porque las disposiciones de la Convención de Viena deben interpretarse en conjunto con los artículos 53 y 64 de la Convención, que se refieren a normas internacionales con carácter de *jus cogens*.

En palabras del jurista uruguayo Héctor Gross Espiell:

El deber de respetar los derechos del hombre constituye una norma imperativa de derecho internacional general, un caso de *jus cogens*, quizá el más característico de nuestra época, con todas las consecuencias que de esta afirmación se derivan, cuyo respeto y vigencia se vinculan con la idea de “orden público internacional”, lo que implica también efectos de obvia importancia.¹⁷⁵

Por tanto, las garantías judiciales, son derechos inderogables, la Corte señaló:

1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el art. 27.2 de la Convención, el habeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.
2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no se pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a

¹⁷⁵ GROS ESPIELL, Héctor, “Los derechos humanos y el derecho internacional 1968-1977”, *Jurídica* 10-II, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 1978, pág. 157.

la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c) previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el art. 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.¹⁷⁶

Incluso, la Comisión va más allá cuando determinó que “(...) ni siquiera si el Gobierno adujera que existe un estado de emergencia se justificaría la suspensión de garantías indispensables tales como el *habeas corpus*.”¹⁷⁷

Por tal motivo, en México estamos frente a un problema. El Estado mexicano ratificó la Convención en todos sus términos. En consecuencia, en estricto sentido, cada vez que el Ejecutivo mexicano decide aplicar las facultades conferidas en el artículo 33 constitucional, viola lo establecido en la Convención.

La Corte fue muy clara al respecto en la opinión consultiva sobre la responsabilidad internacional que se deriva de la promulgación y ejecución de leyes violatorias de la Convención:

¹⁷⁶ Opinión consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987; garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el gobierno de la República Oriental de Uruguay.

¹⁷⁷ *García vs. Perú*, caso 11.006, Reporte núm. 1/95, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.88 rev. 1 Doc. 9 a 71, 1995. párr. IV.A.1.a.

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.
2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.¹⁷⁸

Así que, un extranjero afectado por estas decisiones puede presentar una petición ante la Comisión inmediatamente después de haber sido expulsado. La Comisión tendría que admitir la petición en virtud de que el artículo 33 constitucional no contempla ningún recurso que el particular pueda invocar.¹⁷⁹ En este supuesto, la Comisión sin duda declarararía que el artículo 33 constitucional es contrario a los numerales 8.1, 25 y 22.6 de la Convención y recomendaría seguramente que el Ejecutivo: I) se abstenga de ejercer las facultades concedidas por dicho precepto, y II) presente una iniciativa de reformas constitucionales que conduzcan a la modificación del artículo 33 constitucional. Estamos hablando de una reforma integral y progresista, no como la que

¹⁷⁸ Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁷⁹ Al respecto, se puede consultar a Antonio Augusto Cancado Trindade, “Evolución y desarrollos recientes en el agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Los derechos humanos en América*, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1994, págs. 323 a 352.

se hizo recientemente, que a mi parecer no termina por ser garantista. En caso de que el gobierno mexicano no atendiera y cumpliera con las recomendaciones de la Comisión, ésta estaría en condiciones de presentar el caso ante La Corte.¹⁸⁰

La Comisión, ha ratificado que el derecho interno no justifica el incumplimiento de las disposiciones de la Convención, porque:

30. La Comisión considera oportuno dejar sentado, antes de iniciar dicho análisis, que reconoce el derecho que tiene cada Estado de definir sus políticas y leyes migratorias y, por lo tanto, decidir legalmente acerca de la entrada, permanencia y expulsión de extranjeros a su territorio. Sin embargo, también debe destacarse que la Convención Americana establece en su artículo 1(1) la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos por ella. Tal obligación ha sido asumida libremente por el Estado mexicano al ratificar el instrumento internacional citado. En consecuencia, el ejercicio de la soberanía no puede justificar, de manera alguna, la violación de los derechos humanos, pues las normas de la Convención Americana constituyen una limitación al ejercicio del poder público por parte de los Estados.¹⁸¹

¹⁸⁰ Estas hipotéticas conclusiones las respaldo con el análisis que la Comisión Interamericana hizo en el caso Riebe Star *et. al.* contra México sobre la expulsión arbitraria de este extranjero.

¹⁸¹ INFORME N° 49/99. CASO 11.610. LOREN LAROYE RIEBE STAR, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz. MÉXICO. 13 de abril de 1999. Consultable en: <http://cidh.oas.org/annualrep/98span/Fondo/Mexico%2011.610.htm>. Día de la consulta, 23 de noviembre de 2009.

XIV. Derecho internacional de los derechos humanos contra las reservas

Ahora bien, es importante no dejar pasar en este capítulo una figura, *las reservas*. Los órganos jurisdiccionales establecidos a partir de los derechos humanos han marcado algunas pautas, sobre todo en la formulación de reservas, la interpretación de los instrumentos y la denuncia de éstos.

Las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 regulan todo lo relativo a las reservas. En las diferentes Convenciones se establece como un tratado internacional las acepta o no. Claro, siempre y cuando no sean contrarias al objeto y fin del mismo. Los propios Estados Parte determinan si la reserva que se formula está conforme al objeto y fin del tratado por medio de un mecanismo de aceptación u objeción. Este proceso se ha tornado difícil. Ha sido un proceso cuestionado sobre todo tratándose de tratados en materia de derechos humanos.

Ya algunas razones las expuso Carlos López Hurtado respecto a que “la masiva adhesión de países a los tratados en materia de derechos humanos ha hecho realidad, en cierta medida, la aspiración de universalismo contenida en la fórmula de la Convención de Viena de 1969 y que los Estados al momento de adherirse a los tratados en cuestión, han recurrido a la formulación de reservas que muchas veces

limitan de manera importante el campo de aplicación y la efectividad del tratado y, por tanto, limitan también el efecto jurídico y político de tal universalidad.”¹⁸²

Por tanto, Yassen, en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, señaló que “la cuestión de las reservas debe regirse por las disposiciones del tratado mismo”, lo que se refiere “no sólo a las disposiciones expresas, sino también a la intención tácita de las partes y al objeto y naturaleza del mismo”.¹⁸³

Es un hecho que en la práctica internacional, la admisibilidad de las reservas, ha demostrado que la aplicación de la norma compatible con el objeto y el fin del tratado, se caracteriza por su ambigüedad e imprecisión, razón por la cual, en materia de derechos humanos al estar en juego la aplicación del principio *ius cogens*, los órganos de control y jurisdicción han determinado en sus fallos y en su jurisprudencia criterios específicos sobre dicha cuestión. Es por ello que, en 1988, la Corte Europea de Derechos Humanos declaró en el caso de *Belilos* contra Suiza que una declaración interpretativa formulada por este país era, en realidad, una reserva que no estaba permitida por Convención Europea.¹⁸⁴ En este caso se concluyó que la reserva era ilícita.

¹⁸² LÓPEZ HURTADO, Carlos, “¿Un régimen especial para los tratados?”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, México, UNAM, 2001, p.252.

¹⁸³ DÍAZ BARRADO, Cástor M, *Reservas a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados*, Tecnos, Madrid, 1991, p.42.

¹⁸⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, *Belilos c. Switzerland*, Eur. Ct. H.R., Judgement of 29 April 1988, App. No. 1032/83, Serie A, núm. 132, párr. 92.

Pues bien, ahora tenemos que preguntarnos ¿cómo debe interpretarse un tratado en materia de derechos humanos? Pues como lo determina el artículo 31 la Convención de Viena de 1969. El inciso primero del artículo 31, dicta que “todo tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

De lo anterior, se desprende que no es conveniente de ninguna manera recurrir a la interpretación subjetiva. Es importante realizar una interpretación progresista, sobre todo cuando el tratado que se interpreta es sobre derechos humanos. Por ejemplo, todos los fallos que emite la Corte están conforme a la interpretación que marca el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969. Al respecto la Corte formuló el siguiente comentario:

Este método de interpretación se acoge al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación. Además, en materia de tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes, ya que, tales tratados como lo dijo esta Corte, no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su

nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.¹⁸⁵

Aquí cabe otra gran diferencia entre los tratados de derechos humanos y los tratados en cualquier otra materia, su interpretación. En las Opiniones Consultivas de la Corte se ha resaltado que “los tratados modernos de derechos humanos, en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional. Su objetivo y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos [...]”.¹⁸⁶ De ahí que las interpretaciones teleológicas de la Corte tienen sustento no sólo en el artículo 31 de la Convención de Viena.

Como ya hemos dicho, México es parte del Pacto, y en su artículo 13 dispone:

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

¹⁸⁵ Corte I. D. H.; *Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, Serie A, núm. 3, párr.50.

¹⁸⁶ Corte I. D. H.; *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, párr.29.

México formuló una reserva expresa a este artículo en los siguientes términos: “El gobierno de México hace reserva de este artículo, visto el texto actual del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.” Empero, desde mi punto de vista, es evidente que la única intención del gobierno mexicano es dejar intacta la facultad conferida al presidente en el artículo 33 constitucional. Como ya vimos, el Pacto especifica los requisitos necesarios para que un Estado aplique una expulsión, y sobre todo, establece las pautas para que esta expulsión no sea arbitraria.

Ahora bien, creo que es importante analizar si el gobierno mexicano está “liberado” de las disposiciones que marca el artículo 13 del Pacto, en virtud de la reserva que formuló. Generalmente la finalidad de una reserva es que el Estado se “libere” de la disposición objeto de la reserva. Sin embargo, las reservas serán nulas si son incompatibles con el objeto y propósito de la Convención, como prevé el artículo 19 (c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁸⁷ Las reservas formuladas a un tratado deben analizarse desde el contexto que rodea al mismo, en virtud de que estas “se integran al tratado mismo, de tal manera que no es posible interpretarlo cabalmente, respecto del Estado reservante, sin interpretar la reserva misma.”¹⁸⁸

¹⁸⁷ Artículo 19. Formulación de reservas. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva este prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

¹⁸⁸ Párrafo 45 de la *Opinión Consultiva OC-3/83* del 8 de septiembre de 1983, Corte I.D.H. (Ser. A) número 3, 1983.

En consecuencia, las reservas están sujetas a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Las reservas deben estar conformes a los artículos 53 y 64, relativos a las normas perentorias de *jus cogens*.¹⁸⁹ Es evidente pues, que una reserva que tenga como efecto el derogar una norma de *jus cogens* es totalmente nula. Por lo tanto, la reserva formulada por el Estado mexicano al artículo 13 del Pacto es nula y se debe tener por no puesta.

Así lo ha determinado el Comité de Derechos Humanos en su observación general número 24 de 1994:¹⁹⁰

8. Las reservas contrarias a normas perentorias no serían compatibles con el objeto y el fin del Pacto. Aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse *inter se* la aplicación de normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción. En consecuencia, las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y *a fortiori* cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos

¹⁸⁹ Artículo 53.- Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Por otra parte el artículo 64 establece: Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará

¹⁹⁰ La Corte Europea de Derechos Humanos también resolvió que las reservas que sean contrarias al objeto y fin del tratado, o que sean contrarias al "orden público europeo", son nulas, y que la disposición reservada permanece en vigor para el Estado reservante. *Belilos contra Switzerland*, 29 de abril de 1988, y *Loizidou contra Turkey*, 23 de marzo de 1995.

cruelles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fenómeno del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías.

Aunque en esta observación general no se menciona específicamente al artículo 13 del Pacto, se concluye que una reserva general al artículo 13, como la formulada por México, es incompatible con el objeto y fin del Pacto. Así lo expresa contundentemente la observación general 15 del Comité de Derechos Humanos:¹⁹¹

6. El consentimiento para la entrada puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación, la residencia y el empleo. Un Estado puede imponer también condiciones generales a un extranjero que se halle en tránsito. No obstante, una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto.

¹⁹¹ La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto: 11/04/86. Observación general núm. 15 del Comité de Derechos Humanos en su vigésimo séptimo periodo de sesiones, 1986.

9. En muchos informes se ha proporcionado información insuficiente respecto de asuntos relacionados con el artículo 13. Este artículo es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero, se describa ésta en el derecho nacional como expulsión o de otra forma. Si estos procedimientos entrañan detención, tal vez también sean aplicables las salvaguardias del Pacto relativas a la privación de la libertad (arts. 9 y 10). Si la detención obedece concretamente a fines de extradición, tal vez sean aplicables otras disposiciones del derecho nacional o internacional. Normalmente se debe permitir que todo extranjero expulsado se dirija a cualquier país que acceda a recibirlo. Los derechos establecidos en el artículo 13 sólo protegen a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado Parte. Ello significa que para determinar el carácter de esa protección debe tenerse en cuenta el derecho nacional relativo a las exigencias en materia de entrada y estancia y que, en particular, quienes hayan entrado ilícitamente y los extranjeros que hayan permanecido más tiempo que el permitido por la ley o indicado en el permiso que se les haya extendido, no están amparados por sus disposiciones. No obstante, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13. Corresponde a las autoridades competentes del Estado Parte, de buena fe y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicar e interpretar el derecho interno, observando, sin embargo, las exigencias previstas en el Pacto, como la igualdad ante la ley (art. 26).

10. El artículo 13 regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones "en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley", su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa. Este entendimiento, en opinión del Comité, queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente sólo pueden dejar de aplicarse por "razones imperiosas de seguridad nacional". En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros.

Así que una reserva general al artículo 13 del Pacto sería contraria al objeto del artículo 13, ya que "su objetivo es claramente impedir las expulsiones" y porque sus principios

“sólo pueden dejar de aplicarse por razones imperiosas de seguridad nacional”,¹⁹² y no en cualquier tiempo, como lo permite el artículo 33 de la Constitución mexicana.

Al respecto Ramcharan concluye:

3. Cuando un Estado Parte se encuentra en incumplimiento de sus obligaciones conforme a un tratado de derechos humanos, los otros Estados Parte pueden tomar las medidas apropiadas individual o colectivamente para animar al Estado que se halle en incumplimiento a que de por terminado su incumplimiento y desechar su consecuente responsabilidad.¹⁹³

1. Reservas formuladas por el Estado mexicano

El Senado mexicano aprobó la declaración por la que México reconoció la jurisdicción obligatoria de la Corte, conforme con el artículo 62.1 de la Convención. El decreto expedido por el Ejecutivo, que contiene la ratificación del Senado, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 8 de diciembre de 1998. La Secretaría de Relaciones Exteriores depositó el instrumento correspondiente ante la Organización de Estados Americanos el 16 de diciembre de 1998. La declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte por parte de México quedó sujeta a las siguientes reservas:

A. *Reserva ratione materiae*. Los Estados Unidos Mexicanos, reconocen como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana

¹⁹² *Idem*.

¹⁹³ RAMCHARAN, B. G., “State Responsibility for Violations of Human Rights Treaties”, en *Contemporary problems of International Law: Essays in honour of Georg Shwarzenberger on his eightieth birthday*, Stevens & Sons Limited, Londres, 1988, págs. 260 y 261.

de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

B. *Reserva ratione temporis*. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos.

La reserva *ratione temporis* es compatible con la práctica de los Estados; pero la reserva *ratione materiae* no. La reserva *ratione materiae* formulada por México trasciende las condiciones que permite el artículo 62.2 de la Convención, que sólo acepta que la declaración de reconocimiento de competencia de la Corte se haga incondicionalmente, o con condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Por tanto, una condición *ratione materiae* como la formulada por México excede los límites que autoriza el art. 62.2 y, en consecuencia, debe considerarse contraria al objeto y fin de este artículo.

XV. Reforma actual del artículo 33 constitucional

Como he venido sosteniendo, la reciente reforma que el Constituyente hizo al 33 deja todavía muchos cabos sueltos. Las disposiciones del nuevo artículo 33 constitucional mantienen la facultad para que el Ejecutivo federal expulse a cualquier extranjero. Sin embargo, surgen muchas preguntas. ¿cómo se llevará a cabo la detención del extranjero?, ¿cuánto tiempo durará esta detención?, ¿dónde quedará detenido el extranjero?, ¿en qué término se presentará ante la autoridad administrativa competente?, ¿cuáles serán las reglas que se seguirán en la audiencia?, sin duda el Constituyente no realizó una reforma integral, parece que sólo maquilló un poco este artículo tan polémico. El artículo 33 constitucional, a mi forma de ver, sigue confrontándose con principios de la más elemental justicia. El artículo 33 sigue su marcha en sentido contrario a los valores y normas universalmente aceptados en materia de promoción, protección y defensa de los derechos fundamentales.

El artículo 2.1. de la Declaración de los Derechos Humanos de Individuos que no son Nacionales en el País en el que Viven establece con claridad:

Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegal de un extranjero en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre

nacionales y extranjeros. No obstante, dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos.

El Comité de Derechos Humanos en el quinto párrafo de su Observación General número 15 relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, aprobada en el 27° período de sesiones en 1986 también fue claro en este sentido:

El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia.

México podrá continuar estableciendo condiciones en la expedición de las visas respectivas como lo permite el párrafo 6° de la observación general número 15 del Comité de Derechos Humanos, pero:

El consentimiento para la entrada puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación, la residencia y el empleo. Un Estado puede imponer también condiciones generales a un

extranjero que se halle en tránsito. No obstante, una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto.

Las condiciones a las que se refiere el párrafo anterior, son las que estén previstas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud pública y los derechos y libertades de los demás, y que sean consistentes con otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales relevantes.

En consecuencia, si el permiso de un extranjero para internarse en el territorio nacional estuviere sujeto a restricciones respecto de su libertad de tránsito, el extranjero tendría que recibir la oportunidad de impugnar ante un órgano judicial independiente si tales restricciones cumplen con las condiciones señaladas o no. En caso de que las autoridades competentes consideraran que se han violado las leyes nacionales, los extranjeros podrían verse expuestos a una orden de expulsión, orden que debe estar sujeta a revisión por un órgano jurisdiccional, quien debe confirmar la legalidad de la orden de expulsión, la razonabilidad de las bases que justifican la orden, los hechos y las circunstancias que rodeen el caso. Sólo así el Estado mexicano garantizaría a los extranjeros el derecho de audiencia y no incurriría en responsabilidades estatales internacionales.

Capítulo tercero

Derecho fundamental al debido proceso

Cualquier obra jurídica creada por el hombre está inspirada por una serie de valores. Valores que día con día se construyen, que se aprenden, que se transmiten. Cuando una sociedad construye un Estado democrático de derecho no puede dejar al margen una figura jurídica importantísima: el proceso. Todos los sistemas jurídicos contemporáneos deben garantizar y fomentar el respeto a la dignidad de cada persona. Es indispensable respetar el sentido social del proceso, sólo así, los individuos vivirán en una sociedad más justa, más digna. Una tarea impostergable en nuestro sistema constitucional es la existencia del derecho fundamental al debido proceso a extranjeros que son expulsados por el Ejecutivo aplicando el artículo 33 constitucional.

Cover, Fiss y Resnik¹⁹⁴ destacan que el debido proceso no es un concepto estático con un significado fijo, por el contrario, su alcance ha evolucionado a través del tiempo y continúa evolucionando. Hace miles de años el hombre se encontraba en estado de naturaleza, así lo observó Rousseau antes de crear su contrato social. La ley del más fuerte existía, no había equilibrio, no existían mecanismos de defensa para la mayoría de los individuos. La arbitraria voluntad del dueño de la fuerza determinaba su actuar, no existían reglas que limitaran su conducta. El individuo entonces debe luchar para conservar sus bienes y defenderse para proteger su vida. Por eso crea al Estado, para

¹⁹⁴ COVER, Robert, FISS, Owen y RESNIK, Judith, en *Procedure*, Westbury, The Foundation Press, New York, 1988, p.105.

ejercer el poder coactivo supremo, procurando cumplir y hacer cumplir los preceptos jurídicos que el mismo estatuye, superado ya el estado de naturaleza.¹⁹⁵

I. Génesis y evolución del debido proceso

¿De dónde surge la idea del debido proceso? En los primeros años de la humanidad, como sabemos, existía la ley del más fuerte. Los poderosos disponían, a su arbitrio, de la vida, la libertad y los bienes de los débiles y subyugados, pues a decir de Pedro Pablo Camargo “la historia de los derechos humanos es, a grandes rasgos, la lucha incesante de los oprimidos contra los opresores, de los débiles contra los fuertes y los explotados, que siempre han sido mayoría, contra los grupos de explotadores.”¹⁹⁶

Por eso se considera al debido proceso como una conquista importante de la humanidad civilizada, conquista que permite a los ciudadanos imponerse frente al absolutismo. Así pues, el debido proceso nace cuando el Parlamento inglés, integrado por los lores y los comunes, logra imponerle al rey en la Carta Magna límites a su autoritarismo. Posteriormente, los colonos ingleses en América, incorporan a la Constitución de los Estados Unidos de América el debido proceso legal como uno de los derechos y libertades fundamentales, siguiendo las ideas de la revolución francesa de 1789. A partir de entonces, todas las Constituciones del mundo incorporan esa garantía dentro del catálogo de sus derechos y libertades fundamentales, como límite al poder del Estado.

¹⁹⁵ KELSEN, Hans, *La Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2000, p. 158.

¹⁹⁶ PABLO CAMARGO, Pedro, *Manual de derechos humanos*, Bogotá, Editorial Leyer, 1995, pág.3.

1. Carta Magna (1215)

El debido proceso legal (*due process of law*), entendido como “el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados”¹⁹⁷, tiene su origen en la *Magna Charta Libertatum*, que es el Gran Fuero de las Libertades de la Gran Bretaña, de 1215, que establece:

39) Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.

2. Petición de derechos (1628)

El debido proceso legal fue refrendado el 7 de junio de 1628 por el parlamento inglés a Carlos I Estuardo en la *Pettition of rights*.

Con este motivo suplican humildemente a Vuestra Excelentísima Majestad que nadie esté obligado en lo sucesivo a realizar donación gratuita, prestar dinero ni hacer una contribución voluntaria, ni a pagar impuesto o tasa alguna, salvo común consentimiento otorgado por Ley del Parlamento; que nadie sea citado a juicio ni obligado a prestar juramento, ni requerido a realizar servicios, ni detenido, inquietado o molestado con motivo de dichas

¹⁹⁷ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Debido proceso legal*, en Diccionario jurídico mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, Tomo III, D, págs. 19-21.

exacciones o de la negativa a pagarlas; que ningún hombre libre sea detenido o encarcelado de la manera antes indicada; (...).”¹⁹⁸

3. Revolución francesa (1789)

Sin lugar a dudas, el derecho al debido proceso se consolida en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de la Revolución francesa del 26 de agosto de 1789¹⁹⁹ incorporada a la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791²⁰⁰ que da vida al derecho constitucional de estirpe liberal o democrático y por consiguiente, al Estado de derecho.

En efecto, el debido proceso está enunciado en los siguientes artículos de la declaración gala:

Artículo 5°. La ley no puede prohibir sino las acciones dañosas a la sociedad. Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no manda.

Artículo 6°. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente, o por sus representantes, a su formación. Ella debe ser la misma para todos, sea que proteja o que castigue. (...)

¹⁹⁸ Conjunto de once peticiones al rey para que confirmara los derechos y libertades existentes en la Gran Bretaña. Se le conoce también como la *confirmatio chartarum* del rey sobre las tradicionales libertades conquistadas por los ingleses desde la Carta Magna.

¹⁹⁹ La declaración redactada por el conde de Mirabeau, J.J. Mounier y el abate E.J. Sieyes, instaura el sistema democrático en sustitución del *ancien regime*. CHRISTINE FAURÉ: Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789, México, FCE, 1995.

²⁰⁰ Preámbulo de la Constitución de Francia de 1946 y de la de 1958, actualmente vigente.

Artículo 7°. Ningún hombre puede ser acusado, detenido ni arrestado, sino en los casos determinados por la ley y según las fórmulas que ella ha prescrito. Los que solicitan, expiden, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; (...)

Artículo 8.º La ley no debe establecer sino penas estrictas y evidentemente necesarias y ninguno puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada.

4. Quinta enmienda (1791)

La quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, que forma parte de la *Bill of rights* o Declaración de Derechos de 1791²⁰¹, es el primer texto constitucional que incorpora la garantía inglesa del *due process of law*.

Ninguna persona será detenida para que responda por un delito capital, o infamante por algún otro concepto, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten (...) (...) tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial (...).

Desde entonces la mayor parte de las Constituciones en el mundo erigieron como un derecho fundamental la garantía del debido proceso legal. Derecho pilar del Estado de

²⁰¹ Ya que la Carta de Filadelfia no incluyó los derechos y libertades fundamentales, entonces las diez primeras enmiendas o reformas, adoptadas en 1791, consagraron tales derechos y libertades, bajo el nombre de Bill of Rights.

Derecho que nació de las ideas de John Locke, Rousseau, Montesquieu entre otros pensadores de la Revolución francesa del siglo XVIII.

5. El juicio justo (fair trial de la sexta enmienda)

La Constitución de Filadelfia complementó la garantía del debido proceso con la garantía del juicio público y justo y equitativo (*fair trial*) contenida en la sexta enmienda:

En todas las causas penales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio público y expedito a cargo de un jurado imparcial del estado y distrito donde el delito haya sido cometido; tal distrito previamente habrá sido determinado conforme a la ley y dicho acusado será informado de la índole y el motivo de la acusación; será confrontado con los testigos que se presenten en su contra; tendrá la obligación de obtener testimonios a su favor y contará con asistencia jurídica para su defensa.

6. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Es el primer texto internacional que consagra como derecho fundamental el derecho a un juicio equitativo e imparcial. Así lo determina el siguiente artículo:

Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

II. El papel de la Constitución

De perogrullo resulta la importancia que tiene una Constitución en cualquier sistema jurídico del mundo. Resulta indiscutible su relevancia. El contrato social establece la validez formal y material del ordenamiento jurídico, es el texto fundamental que organiza, limita y justifica el poder político dentro de un Estado determinado. En muchos países, incluido el nuestro, las expectativas sobre el desarrollo constitucional no ha sido el deseado. La corrupción en gran porcentaje de nuestras Instituciones han hecho que la sociedad perciba que muchas cosas no se están haciendo bien, la comunidad se da cuenta que el país no avanza al ritmo que se necesita. Sin embargo, y a pesar de esto, no debemos perder de vista que por una parte hay derechos reconocidos como tales desde hace mucho tiempo, desafortunadamente hoy no están eficazmente protegidos y, por otra parte, la realidad y sus permanentes cambios nos obligarán a plantearnos nuevos desafíos para todo el sistema legal.

Los problemas para consolidar estos objetivos, adquieren en nuestro país una complejidad particular. No hay que olvidar los setenta años de gobierno priista o los diez que llevamos de gobiernos panistas, en los que se puede cuestionar incluso la existencia de un constitucionalismo real. Por eso, entre tantos temas pendientes en la agenda nacional, es necesario plantear las estrategias necesarias para preservar la supremacía de la Constitución federal en México. Pensar que la respuesta a esta preocupación únicamente se da con consideraciones de tipo jurídico es indudablemente dejar de percibir la complejidad de lo discutido. El tema no es nada sencillo. Sin duda el escenario jurisdiccional es el idóneo para asegurar la supremacía constitucional.

Por ello los derechos fundamentales sustentan, orientan y determinan los alcances del ordenamiento jurídico político de todo Estado democrático de Derecho. Los derechos fundamentales inspiran y conducen la producción, interpretación y aplicación de cualquier norma o acto jurídico en general. El derecho fundamental al debido proceso es indispensable en cualquier Estado constitucional. El debido proceso no sólo es una vía por la que transitan otros derechos, sino también es un freno al accionar de la autoridad, buscando con esto, evitar el abuso del poderoso sobre el más débil.

La sociedad en constante desarrollo reclama las reformas necesarias para que el Estado cuente con un sistema judicial idóneo. Por ello la postura que sostengo en este trabajo. Ya es hora de reconocer y aceptar que en nuestro sistema legal y sobre todo en nuestra Carta Fundamental hay preceptos que no están acorde con la vanguardia jurídica y judicial, para muestra, la redacción actual del artículo 33 constitucional. Es necesario que un juez revise la legalidad del procedimiento administrativo que determina la expulsión de un extranjero de nuestro país.

Nino²⁰² destaca que uno de los objetivos que toda Constitución tiene es garantizar prácticas, hábitos y actitudes necesarias para que ella sea algo más que una *hoja de papel* (siguiendo la expresión de Lasalle) y constituya el conjunto de reglas básicas para el funcionamiento de la sociedad. La deficiencia global en la práctica de la discusión de los asuntos públicos es una de las causas que limita el cumplimiento de su

²⁰² NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politólogo de la práctica constitucional*, op. cit., p. 1.

efectiva implementación. Sostiene Nino²⁰³ que el debate es una forma de coordinación de acciones y actitudes a través del consenso. La deficiencia en la discusión pública conduce a una ausencia de consenso profundo y esa falta de consenso lleva a actitudes de deslegitimación subjetiva que, a su vez, producen anomia. Al tratar la noción de debido proceso Nino²⁰⁴ considera que (...) el proceso judicial, como acto de un gobierno republicano, debe ser público, o sea, sus diferentes pasos deben estar abiertos al conocimiento directo e inmediato de la población en general. Todo lo contrario sucede en nuestros días cuando el Ejecutivo aplica el 33.

III. Principios fundamentales del debido proceso

Los derechos fundamentales son elementos esenciales de cualquier ordenamiento jurídico político. Sin embargo, tales derechos, no serían más que simples expresiones formales si no tuviesen una vigencia efectiva en la realidad, es decir, si no lograsen su realización plena o si frente a cualquier amenaza o vulneración de la que fueren objeto no existiese un mecanismo adecuado para tutelarlos y protegerlos.

Como lo señala Almagro Nosete, el reconocimiento de los derechos fundamentales en el marco de cada Estado tiene una considerable importancia, el Estado debe protegerlos de las amenazas, perturbaciones o violaciones de la que son objeto si van

²⁰³ *Ibidem.* p. 712.

²⁰⁴ *Ibidem.* p. 451.

acompañados de “(...) las debidas garantías de orden judicial y procesal que permitan la adecuada tutela y la consiguiente salvaguardia de aquellos derechos.”²⁰⁵

También resulta evidente que la supervivencia justa y pacífica de la comunidad humana se encontraría severamente amenazada si no existiese un mecanismo eficaz de solución y prevención de conflictos que no sólo proscribiera el ejercicio ilegítimo de la acción directa, es decir, la justicia por la propia mano, sino que además, hiciera remoto y hasta imposible el retorno a épocas primitivas en las que se defendía un derecho o se imponía un interés mediante el uso exclusivo de la fuerza.²⁰⁶

El derecho fundamental al debido proceso es igual a defender la dignidad humana. Para garantizar la vigencia efectiva de la dignidad del ser humano, de los valores superiores, de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto resulta necesario reconocer y garantizar los derechos que conforman el debido proceso. Por ello es necesario reivindicar su calidad de derecho fundamental y rescatar aquella concepción que lo vincula a la satisfacción de un ideal de justicia. El Estado mexicano debe adecuar su Carta fundamental para que los extranjeros que son expulsados de nuestro territorio tengan el derecho fundamental a que un órgano jurisdiccional revise si la expulsión fue apegada a los más elementales principios de seguridad jurídica, un proceso que respete su dignidad, un proceso que se comprometa con la realidad actual.

²⁰⁵ Citado por TOME GARCÍA, José A., *Protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones ordinarias*, Madrid, Montecorvo, 1987, p. 19.

²⁰⁶ Sobre este tema se recomienda COUTURE, Eduardo J., *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, págs. 16 y 17.

Resulta oportuno apuntar que muchos instrumentos internacionales que reconocen el derecho a un proceso justo, lo hacen –no hay duda– desde el plano del proceso penal. Empero su naturaleza lo hace aplicable a cualquier tipo de proceso. Dicha aplicación la ubicamos en el primer numeral del artículo 8° de la Convención que reconoce el derecho a toda persona a ser oída, con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.

Reconocer al debido proceso como derecho fundamental exige que su análisis sea desde una perspectiva que tenga presente todas las características de los derechos fundamentales, pues, de no ser así, estaríamos restándole potencialidad y eficacia para proteger los derechos de los individuos. Abordar el estudio del debido proceso teniendo presente su naturaleza de derecho fundamental implica advertir, por ejemplo, que estamos ante uno de los componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico político, que cuenta con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía y que conforme a ello, cualquier acto que vulnere o amenace alguno de los elementos que integra su contenido deberá ser sancionado.

La trascendencia que tiene el debido proceso para hacer efectivos los derechos fundamentales del hombre y garantizar la eficacia del ordenamiento en su conjunto, se multiplica cuando se advierte su naturaleza de derecho fundamental; por lo tanto, resulta importante apuntar las razones que justifican su reconocimiento como tal, así como las características y consecuencias que se desprenden de dicho carácter. Las razones que justifican la calidad de derecho fundamental del proceso justo, así como su

reconocimiento por el derecho positivo deben responder a la naturaleza misma del ser humano, a las necesidades que existen o que van apareciendo para el desarrollo de una vida digna, así como a los valores superiores del ordenamiento jurídico político.²⁰⁷

Conforme a ello, son tres las razones principales que determinan la calidad de derecho fundamental al debido proceso, en primer lugar, la dignidad del ser humano que, como valor supremo del ordenamiento jurídico político, exige que el individuo pueda tener acceso a un proceso útil para defenderse de cualquier acto arbitrario de la autoridad, de manera que impida el ejercicio ilegítimo del poder. Como consecuencia de ello, el ser humano debe contar con un conjunto de derechos que impidan que sea afectado si antes no se inició y tramitó el proceso correspondiente, que le garantice plenamente su intervención o participación y le aseguren que no será sorprendido con los resultados de un proceso que no conoció. Derechos que lo protejan contra el uso abusivo que de ellos haga el Estado, y le permitan exponer los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su defensa.

No sorprende, por ello, que la doctrina alemana haya apuntado que es “(...) el mismo principio de la dignidad humana, el que requiere un solemne reconocimiento del derecho a la defensa, es decir, para evitar que los derechos vengan dispuestos de

²⁰⁷ Así, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el carácter fundamental de un derecho se da por: “(...) su íntima relación con la existencia y desenvolvimiento del ser humano en cuanto poseyendo una dignidad humana que le es inherente, es menester proteger tal derecho porque así se salvaguarda también dicho ser.” En ese sentido, los derechos fundamentales son –continúa la Corte– “(...) los que pertenecen a toda persona en razón de su dignidad humana.” Sentencia T-116/93, del 29 de marzo de 1993, sobre demanda de tutela. Citada por: HUERTA GUERRERO, Luis A., “Jurisprudencia Constitucional e Interpretación de los Derechos Fundamentales. En: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Derechos fundamentales e interpretación constitucional* –Ensayos, jurisprudencia–. Serie: Lecturas sobre temas constitucionales No. 13, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1997, p. 56.

modo autoritario”²⁰⁸ y que el Tribunal Constitucional Federal alemán a través de reiteradas jurisprudencias, afirme que:

(...) a la persona no se le puede degradar a objeto de un pronunciamiento judicial, sino que se le debe conferir siempre la posibilidad de colaborar en la investigación de la verdad y de influir, a través de su participación activa, en la solución de una controversia y sobre el contenido de la decisión que lo resuelve.²⁰⁹

Un segundo fundamento que sustenta la naturaleza de derecho fundamental del debido proceso lo encontramos en el valor justicia, pues al ser un valor superior del ordenamiento cuenta con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía, lo que hace que su eficiencia alcance a todo tipo de procesos.

El valor justicia se concreta en cada proceso porque el conjunto de derechos que lo integran está encaminado a posibilitar que los sujetos de derecho alcancen la justicia de sus casos concretos a través de un proceso justo, exigiendo que su acceso, inicio, desarrollo y conclusión, respondan a los preceptos de justicia que la sociedad pretende y debe garantizar para que la conviertan en una sociedad cada vez mejor.²¹⁰ Como señala Gozaíni, el debido proceso se presenta así como “(...) una herramienta flexible

²⁰⁸ Nicolo Trocker, citado por CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, Bosch, 1998, pág. 19.

²⁰⁹ Ídem.

²¹⁰ CARNELUTTI, Francisco, *Sistemas de derecho procesal civil*, Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1944, p. 286.

para alcanzar la justicia en el proceso.”²¹¹ Tan importante es la justicia, que muchos doctrinarios están seguros que es la primera justificación del Estado y el pilar de toda organización. La justicia es el fundamento del Estado porque, de no ser por ella, ¿qué otra justificación podría tener su existencia? Al respecto me apoyo en lo escrito por Alejandro Nieto, el autor opina: “La justicia legitimadora del Estado no es, pues, la simple <administración> de ella a través de leyes y de sentencias judiciales sino la actuación pública <en justicia>, es decir, la prestación justa de todas sus funciones y servicios. O lo que es lo mismo: la justicia ha de ser el norte del legislador, del juez y, además, del gobernante y del administrador. La justicia es el entramado que da consistencia a la acción pública.”²¹²

Lo que significa que no se hace justicia cuando se le niega un derecho a cualquier ciudadano o cuando la autoridad no se pronuncia sobre el particular. La justicia es esencial para la comprensión y buen funcionamiento del Estado democrático de derecho. Todo acto producido por el Estado debe estar conforme y de acuerdo con las leyes y sometido al control de los tribunales. Entonces, el extranjero que se le aplica el 33 debe tener la posibilidad de que un juez determine y revise si la expulsión cumple con los principios constitucionales. La justicia es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico político, a tal punto que su vigencia efectiva es un requisito indispensable para la legitimidad de un Estado democrático de Derecho. Por ello, el debido proceso es imprescindible para la existencia de la justicia.

²¹¹ GOZAÍNI, Osvaldo A., *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos* (Vínculos y autonomías), México, UNAM-III, 1995, p. 159.

²¹² NIETO, Alejandro, *Balada de la justicia y la ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 25.

El tercer pilar que justifica la calidad de derecho fundamental del debido proceso y hace imperativo su reconocimiento, se encuentra en la necesidad de garantizar la supervivencia justa y pacífica de la comunidad humana. Allí donde no exista un proceso para evitar actos autoritarios y arbitrarios por parte de las autoridades, las condiciones para retornar al ejercicio ilegítimo de la acción directa se encontrarían dadas. Uno de los medios más importantes e indispensables para combatir la amenaza del ejercicio ilegítimo de la acción directa consiste en brindar a la sociedad, y a los sujetos de derecho en general, un sistema que permita el acceso a un proceso justo para que con ello se asegure la paz social.

IV. El debido proceso como derecho fundamental

Como sabemos, una de las funciones del Estado es proporcionar mecanismos jurídicos para que el particular tenga acceso real a la justicia. Esta función se desarrolla en el Poder Judicial, sin embargo, no todo lo que brilla es oro, en nuestra sociedad por lo menos, advertimos cierta insatisfacción con el desempeño de los tribunales, sobre todo por su lentitud y el alto nivel de corrupción. Las garantías constitucionales del proceso como les llama Héctor Fix-Zamudio son “aquéllas que integran el sector jurídico... integrado por todas las normas consagradas expresa o implícitamente en los preceptos de la Carta Fundamental que se dirigen hacia la realización de una justa y rápida impartición de la justicia, en todas las ramas del enjuiciamiento...”²¹³

²¹³ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*, UNAM, México, 1974, p. 106.

Igual que Fix-Zamudio, muchos intelectuales piensan que en cualquier Estado democrático de derecho es imprescindible garantizar el derecho fundamental al debido proceso. John Rawls, decía que un requisito indispensable para que exista un verdadero imperio del derecho (rule of law)²¹⁴ es la presencia del debido proceso, y lo entiende como aquél “razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado alguna violación legal y en qué circunstancias.”²¹⁵

Incluso, hay quienes consideran al debido proceso como un principio general del derecho. Karl Larenz, se refiere al debido proceso como el principio de audiencia, vinculándolo con el respeto a la persona humana, a la que debe darse ocasión de manifestarse ante cualquier acto de autoridad. Este jurista establece que el principio de audiencia debe regir en la actuación de la Administración Pública y como principio moral fuera de la esfera del Derecho.²¹⁶ El debido proceso aparece entonces vinculado a la idea de un gobierno limitado a través del derecho. El derecho fundamental al debido proceso impone límites importantes a la acción del Estado y en nuestro tema debería imponer límites a la discrecionalidad del Ejecutivo para expulsar extranjeros de nuestro país.

²¹⁴ RAWLS, John, *A theory of Justice*, Oxford University Press, Londres, 1973, p. 239.

²¹⁵ *Ídem.*

²¹⁶ LARENZ, Karl, *Derecho justo, fundamento de Ética Jurídica*, trad. Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1985, pp. 188 y 189.

Héctor Fix-Zamudio²¹⁷ precisa que el debido proceso es el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los ciudadanos. Fix-Zamudio deshebra el concepto así: a) la exigencia de un proceso previo en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; b) prohibición de tribunales especiales y de leyes privativas; c) restricción de jurisdicción militar; derecho de audiencia; e) fundamentación y motivación de las resoluciones dictadas por autoridad competente; f) aspectos sustanciales del debido proceso legal que aluden ya a la evaluación de lo decidido por los tribunales y su compatibilidad con los principios lógicos y jurídicos del sistema.

Si bien el reconocimiento de la calidad de derecho fundamental del debido proceso multiplica su trascendencia y efectividad para garantizar mejor la vigencia de la dignidad del ser humano, de los valores superiores, de los demás derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto, se hace necesario rescatar aquella concepción que lo vincula a la satisfacción de un ideal de justicia si de verdad queremos contribuir a la supervivencia justa y pacífica de la comunidad humana. De nada serviría reivindicar y reconocer al debido proceso tan elevada calidad si la concepción que tenemos acerca de él lo reduce a un conjunto de derechos estáticos, que no toman en cuenta la características del caso concreto, la actual redacción del artículo 33 constitucional está cargada de una rigidez que da lugar a un formalismo irracional que impide el acceso a la justicia al extranjero que será expulsado.

²¹⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor, Voz: Debido proceso legal, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa-UNAM, 1987, pp. 820-822.

De nada sirven las campañas mediáticas que pretenden que el ciudadano crea y se convenza de que el Estado mexicano respeta y garantiza los derechos fundamentales. Por ese motivo, si realmente queremos construir una sociedad justa y reconciliada, debemos rescatar aquella concepción que vincula al debido proceso con la satisfacción de un ideal de justicia y garantizar que los extranjeros tengan acceso a un proceso justo. Tenemos que rescatar el sentido humano y social del proceso, acercándolo más a la realidad, debemos darle su lugar como instrumento al servicio del hombre para garantizar la plena vigencia de la dignidad del ser humano, de la justicia y de sus derechos fundamentales.

V. Acceso a la justicia

Que todas las personas tengan acceso a la justicia sin duda es un proyecto de rango constitucional.²¹⁸ El que un individuo tenga acceso a la justicia implica que éste tenga la posibilidad de plantear pretensiones ante una jurisdicción independiente, imparcial y competente. Hoy, este acceso a la justicia va más allá de su primera versión: no basta la proclamación normativa, se debe incluir, como se ha dicho, “el reconocimiento de los derechos y las obligaciones sociales de los gobiernos, comunidades, asociaciones e individuos.”²¹⁹

Desde luego, un paso importante es enfrentar y resolver el problema político: hacer que los derechos reconocidos sean exigibles, de manera que pasen de las declaraciones,

²¹⁸ Segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. Mónica Miranda, México, FCE, 1996, p. 12.

de los discursos oficiales llenos de demagogia y retórica a la experiencia inmediata y personal de sus titulares. El Estado mexicano debe colocarse a la par de la vanguardia internacional, como dice Ferrajoli, es la etapa de las garantías, que nos ha salido al paso desde el advenimiento de las grandes declaraciones y que cuenta con dos poderosas y necesarias proyecciones: legalidad y jurisdiccionalidad.²²⁰

En el terreno internacional, para que exista acceso a la justicia se requieren varias condiciones. La aspiración mundial es que coincidan todas, pero desafortunadamente no siempre es así. Las condiciones son:

- a) que existan los instrumentos en los que se funda su ejercicio;²²¹
- b) que éstos adquieran vigencia universal o regional en sus respectivos casos;
- c) que se admitan lo más ampliamente posible –es decir, con las menos reservas posibles–;
- d) que se construya en ese marco un sistema de jurisdicción contenciosa;²²²
- e) que se acepte el pleno despliegue de ésta, sea porque tenga aplicación inmediata, sea porque se ponga en juego una cláusula facultativa;²²³
- f) que se reconozca seriamente el imperio de sus resoluciones;²²⁴

²²⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1998, p.17.

²²¹ Artículos 33 a 73 de la Convención Americana.

²²² Artículo 62.3 de la Convención Americana.

²²³ Artículo 62 de la Convención Americana.

²²⁴ Artículos 67 y 68 de la Convención Americana.

- g) que haya firmeza en la admisión de la competencia, por encima del debate que suscite algún caso concreto: en suma, estar a las resultas del juicio que emite la Corte, más allá del prejuicio implícito en la pretensión de las partes;
- h) que los individuos puedan acudir ante los órganos jurisdiccionales, con amplios derechos procesales para obtener satisfacción de las pretensiones correspondientes a todos sus derechos sustantivos.²²⁵
- i) que haya vías internas de recepción y ejecución de los pronunciamientos internacionales;²²⁶
- j) que existan medios para supervisar y exigir el cumplimiento, hasta obtenerlo.²²⁷

Por lo tanto, el acceso a la justicia es una noción histórico ideológica que al paso del tiempo se va transformando. El acceso a la justicia es un concepto que se centra en la preocupación de que los individuos puedan ser oídos y atendidos eficazmente por los órganos jurisdiccionales, sin dilaciones, sin trabas burocráticas, sin prejuicios raciales ni discriminaciones políticas, sexuales, religiosas o de otro género. Por ello, insisto, cuando un extranjero es expulsado, un juez debe revisar y si es necesario revocar dicha resolución en el supuesto de que el procedimiento administrativo correspondiente haya presentado violaciones a los derechos fundamentales.

²²⁵ En este punto la situación es diversa: por una parte, amplísima legitimación para acceder a la Comisión (artículo 44 de la Convención); por la otra, restringida legitimación –sólo la Comisión y los Estados– para acceder a la jurisdicción a través de la acción procesal (artículo 61.1 de la Convención).

²²⁶ Artículo 68.1 de la Convención Americana.

²²⁷ Artículos 63 y 68.2 de la Convención Americana.

VI. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva

Siguiendo a Espinosa-Saldaña, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva tiene su origen en un concepto propio de la Europa continental, contexto en el que nunca se había acogido propiamente una idea del *due process of law*.²²⁸ De esta manera se configuró un nuevo derecho, el de la tutela jurisdiccional efectiva, que sería definido como el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, su pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con garantías mínimas.²²⁹

En efecto, como señala Carocca Pérez:

Respecto al contenido del derecho que asegura el párrafo 1 del artículo 6 del CEDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), al disponer que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), la Comisión y doctrina internacional han considerado unánimemente que se trata de la garantía de un *juicio equitativo* o de un *juicio justo*.

(...) pues bien, en ese entendido, no caben dudas que la aplicación que se ha hecho de este precepto por el TEDH y la Comisión, ha estado en la misma línea de la que, a su vez, la jurisprudencia norteamericana ha efectuado de

²²⁸ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, *El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular*. Ponencia presentada en el Congreso Nacional de Casación celebrado del 5 al 9 de julio de 1999 en el Callao, a convocatoria de la Corte Superior de Justicia del Callao, el Ilustre Colegio de Abogados del Callao y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Publicada en: *Cuadernos Jurisdiccionales*, Lima, Asociación no hay derecho, Ediciones legales, 2000, págs. 51-52.

²²⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, p. 29.

las Enmiendas V y XIV que en su Constitución consagran el *due process of law*.²³⁰

Por tanto, gracias al desarrollo alcanzado en el derecho internacional, el debido proceso exige que todos los actos de poder, actos administrativos o resoluciones judiciales incluso, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez, como señala Gutiérrez Camacho:

(...) los actos de poder sean éstos sentencias, actos administrativos o normas, han de ser valiosos en sí mismos, es decir razonables o que guarden relación con el repertorio de valores que consagra la Constitución (...) el concepto de razonabilidad descansa en la premisa de que el Derecho es un sistema, una estructura y como tal todas sus partes deben estar en sintonía, en una relación de autodependencia. Todo sistema reclama una lógica, un sentido, una discrecionalidad a la que se enderezan sus partes; pues bien, respetar el principio de razonabilidad sugiere que no se transgreda ese sentido, esa lógica, ni en lo formal ni en lo sustancial. Se transgrede en lo formal cuando no se respeta el principio de supremacía constitucional o cuando no se sigue el procedimiento preestablecido para la producción de normas. Se altera en lo sustancial cuando el contenido material de los actos

²³⁰ CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, op. cit., pág. 176-177.

de poder se encuentran divorciados con el repertorio mínimo de valores que consagra la Constitución; deviene entonces, ese acto es injusto.²³¹

Entonces, el debido proceso exige que todos los actos de poder sean respetuosos de la vigencia real y equilibrada de la dignidad del ser humano, de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. El debido proceso, exige también que se establezca un adecuado equilibrio entre los derechos de la sociedad y los poderes del Estado y que se respeten los principios de justicia que fundamentan a cualquier ordenamiento jurídico político.

Todo extranjero que será expulsado debe tener la posibilidad de acceder a un proceso con la finalidad de que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde una tutela efectiva. El derecho al proceso no se agota en la simple posibilidad de acceder a un proceso cualquiera, sino que su contenido exige que dichos procesos sean justos. Para ello, la tutela que se brinde a través de ellos debe ser efectiva. Como consecuencia de ello, el contenido de este derecho exige también que se eliminen y/o prohíban las barreras y las formalidades irrazonables que obstaculizan el acceso a un proceso. También, el derecho al proceso exige que ningún extranjero sea afectado en su esfera jurídica si antes no se inició y tramitó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación; por lo tanto, implica también que ningún sujeto de derecho puede ser sorprendido o afectado con los resultados de un proceso que no conoció. De vulnerarse este derecho, la decisión que

²³¹ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, “La razonabilidad de las Leyes y otros actos de poder”. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, Revista de crítica y análisis jurisprudencial. Año I, No. 1. Lima, Gaceta Editores, 1995, págs. 41-53.

se emita será nula en la medida en que así lo indiquen los principios que rigen la nulidad procesal.²³²

VII. Derecho a la seguridad jurídica

Eje del mecanismo constitucional de clara esencia libertaria y social que nos rige desde 1917 el derecho fundamental a ser oído representa la más eminente expresión de respeto a la dignidad del hombre que el orden jurídico consagra. En la base de este derecho fundamental subyace otro derecho sin el cual el derecho a ser oído giraría en el vacío, sería pura y vana retórica. Nos referimos al derecho inalienable del hombre a la seguridad jurídica, consistente en una esfera concreta de derechos protegido contra cualquier ataque arbitrario.

Es muy convincente Bidart Campos cuando señala que la seguridad jurídica implica una libertad sin riesgo, de modo que el hombre pueda organizar su vida sobre la fe en el orden jurídico existente, con dos elementos básicos:

- a) Previsibilidad de las conductas propias y ajenas y de sus defectos;
- b) protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones del orden jurídico.²³³

²³² MAURINO, Alberto L., *Nulidades procesales*, Primera reimpresión a la primera edición, Buenos Aires, Astrea, 1985, Cap. III y ss.

²³³ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1985, vol. I, págs. 439 y 440.

El derecho que tiene todo extranjero de poder expresar sus razones frente a un juez, no sólo exige un hábitat adecuado a su naturaleza y operatividad sino también el ecosistema de garantías, a través del cual funcionan las indispensables interacciones recíprocas entre ambos.²³⁴ Igual que Bidart Campos creo que las garantías constitucionales son el soporte de la seguridad jurídica y existen en la medida en que el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al Estado para que lo proteja, sea impidiendo el ataque, sea restableciendo la situación anterior al ataque, sea procurando compensarle el daño sufrido, sea castigando al transgresor, etcétera.²³⁵

Por estas circunstancias surge el derecho a la jurisdicción o el derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, el derecho que tiene todo habitante de acudir al órgano judicial para que le procure justicia. Este derecho fundamental, libre de restricción y absolutamente inviolable, corresponde no sólo al que estimula primero la jurisdicción, sino también al emplazado a defenderse de la pretensión de aquél. El derecho natural a ser oído despliega su potencialidad en el espacio ganado por el derecho a la jurisdicción, en el que las partes debaten igualitaria y decorosamente frente a un tercero imparcial e independiente, que decidirá el conflicto actual o potencial entre aquéllas.

El grado de flexibilidad del derecho a ser oído frente al mandato constitucional que obliga al juez a afianzar o garantizar la justicia en el proceso constituye la clave del funcionamiento de todo sistema procesal y determina el nivel de eficiencia de la

²³⁴ La Corte ha definido el concepto de “garantías” como aquellas que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. (Opinión Consultiva, OC-8/87, del 30-1-87).

²³⁵ Bidart Campos, *Tratado elemental...op. cit.*, p. 440.

respuesta jurisdiccional en el caso concreto. Bidart Campos señala en su Tratado elemental y luego en su Manual de la Constitución reformada, que el derecho a la jurisdicción no se agota con el mero acceso al órgano judicial, sino que requiere, además, que se cumpla la garantía del debido proceso, cuyo meollo radica en el derecho de defensa, y que la pretensión se resuelva mediante la sentencia, que debe ser oportuna en el tiempo, debidamente fundada y justa. El derecho a ser oído significa para Bidart Campos que:

- a) ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por la ley;
- b) ese procedimiento no puede ser cualquiera, sino que debe ser el “debido”;
- c) para que sea el “debido” tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso;
- d) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído).²³⁶

Por otra parte, Abad Yupanqui, considera que los elementos mínimos que integran el debido proceso son: a) el debido emplazamiento o noticia al demandado, b) el otorgamiento a las partes de una razonable oportunidad para comparecer, ser oídas y exponer sus derechos, c) que las partes cuenten con una razonable oportunidad de ofrecer y actuar medios de prueba para acreditar sus afirmaciones, d) que la causa sea

²³⁶ Bidart Campos, *Tratado elemental... op. cit.*, p. 465.

resuelta por órgano jurisdiccional permanente del Estado, legítimamente constituido e imparcial, y e) que la causa sea resuelta dentro de un plazo razonable y de manera revocable.²³⁷

VIII. Artículo 14 constitucional. Segundo párrafo.

El párrafo segundo del artículo 14 constitucional y el artículo 16 constitucional constituyen el fundamento para proteger a todos los individuos de cualquier acto arbitrario de autoridad. El derecho de audiencia establecido en el artículo 14 establece la garantía que tiene cualquier sujeto a un proceso justo. Veamos que señala el segundo párrafo del artículo citado:

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Interpretando de manera progresista, nadie, mexicano o extranjero que esté en territorio nacional puede ver afectada su esfera jurídica por acto de autoridad, en todo caso, la autoridad tiene la obligación de fundar y motivar el acto. Miguel Carbonell afirma: "(...) sin embargo, conviene señalar a título de análisis general que la disposición del artículo 14 tiene un alcance subjetivo universal; es decir, es aplicable a todas las personas que

²³⁷ ABAD YUPANQUI, Samuel, "¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?", En: *Lecturas sobre temas constitucionales* No. 2., Lima, Comisión Andina de Juristas, Fundación Friederich Naumann, 1978, págs. 48 y 49.

se encuentren en el territorio nacional, ya que las palabras “Nadie podrá ser privado...” significan –*a contrario sensu*– que todos están protegidos en contra de los actos privativos que se pretendan llevar a cabo sin apegarse a lo que dispone el resto del párrafo en cuestión.”²³⁸

Mismo criterio emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN.

El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal

²³⁸ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Op. Cit. p. 649.

previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.

Registro No. 200080

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

IV, Julio de 1996

Página: 5

Tesis: P./J. 40/96

Jurisprudencia

Materia(s): Común

Otro aspecto relevante que marca el artículo que analizamos en su segundo párrafo tiene que ver con las formalidades esenciales del procedimiento. Siguiendo con Carbonell, “El concepto de “formalidades esenciales del procedimiento” es de carácter complejo e involucra cuestiones muy diversas. Con este vocablo, la Constitución hace referencia, en parte, a lo que en otros sistemas jurídicos se denomina el “debido proceso” o también el “debido proceso legal”.²³⁹

Sobre el tema exponemos la siguiente jurisprudencia:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.

La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la

²³⁹ Ibidem. p. 653.

defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

Registro No. 200234

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

II, Diciembre de 1995

Página: 133

Tesis: P./J. 47/95

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Común.

En el ámbito interamericano, la Corte ha señalado que el debido proceso se refiere:

Al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier... acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales

dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.²⁴⁰

Cuando un extranjero es privado de su libertad, la autoridad que comete la privación, inmediatamente tiene que ponerlo a disposición de la autoridad competente para ello, ya lo dijo Carbonell “la primera formalidad esencial de todo procedimiento es que la parte afectada sea llamada ante el órgano de autoridad a fin de que pueda defenderse correctamente.”²⁴¹ Principio básico para la defensa del particular, el único fin que se persigue es que el individuo esté enterado por lo menos del acto que se le aplica, y, una vez enterado el sujeto tendrá la oportunidad de defenderse.

Siguiendo con la obra de Carbonell compartimos que “el ser llamado no solamente comprende la posibilidad de que el particular sea “avisado” de que se pretende ejecutar un acto privativo en su contra o de que existe un procedimiento que pudiera culminar con al emisión de un acto privativo, sino que –de forma más amplia– exige poner a su disposición todos los elementos que le permitan tener una “noticia completa”, tanto de una demanda interpuesta en su contra (incluyendo los documentos anexos) como en su caso del acto privativo que pretende realizar la autoridad.”²⁴² El autor señala que: “(...) el derecho de audiencia comprende la obligación del órgano público de dictar una resolución en la que dirima las cuestiones planteadas por las partes.”²⁴³ Para mayor énfasis al respecto transcribo la siguiente tesis:

²⁴⁰ Caso Ivcher Bronstein, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 102 y Opinión Consultiva 18/03, párrafo 123.

²⁴¹ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit. p. 654.

²⁴² OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2ª. ed., México, Oxford University Press, 2002, p. 117. Citado por CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM-Porrúa-CNDH, México, 2006, p. 654.

²⁴³ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit. p. 654.

AUDIENCIA, GARANTÍA DE.

De entre las diversas garantías de seguridad jurídica que contiene el segundo párrafo del artículo 14 constitucional destaca, por su primordial importancia, la de audiencia previa. Este mandamiento superior, cuya esencia se traduce en una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades para que, de manera previa al dictado de un acto de privación, cumplan con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír en defensa de los afectados. Dichas formalidades y su observancia, a las que se unen, además, las relativas a la garantía de legalidad contenida en el texto del primer párrafo del artículo 16 constitucional, se constituyen como elementos fundamentales útiles para demostrar a los afectados por un acto de autoridad, que la resolución que los agravia no se dicta de un modo arbitrario y anárquico sino, por el contrario, en estricta observancia del marco jurídico que la rige. Así, con arreglo en tales imperativos, todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados, a saber, que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, así como de la cuestión que habrá de ser objeto de debate y de las consecuencias que se producirán con el resultado de dicho trámite, que se le otorgue la posibilidad de presentar sus defensas a través de la organización de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa la demuestre, y quien estime lo contrario cuente a su vez con el derecho de demostrar sus afirmaciones; que cuando se agote dicha etapa probatoria se dé oportunidad de formular

las alegaciones correspondientes y, finalmente, que el procedimiento iniciado concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas, fijando con claridad el tiempo y forma de ser cumplidas.

Registro No. 223722

Localización:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

VII, Enero de 1991

Página: 153

Tesis Aislada

Materia(s): Común.

Por otro lado, la siguiente jurisprudencia establece:

GARANTÍA DE AUDIENCIA. SE INTEGRA NO SOLO CON LA ADMISIÓN DE PRUEBAS SINO TAMBIÉN CON SU ESTUDIO Y VALORACIÓN.

La garantía de audiencia a que se refiere el texto del artículo 14 constitucional se integra, no sólo admitiendo pruebas de las partes sino, además, expresando las razones concretas por las cuales, en su caso, dichas probanzas resultan ineficaces a juicio de la responsable. Por ello, si la resolución que puso fin a un procedimiento fue totalmente omisa en hacer referencia alguna a las pruebas aportadas por la hoy quejosa, es claro que se ha cometido una violación al precepto constitucional invocado, lo que da

motivo a conceder el amparo solicitado, independientemente de si el contenido de tales probanzas habrá o no de influir en la resolución final por pronunciarse. Tal criterio, que se armoniza con los principios jurídicos que dan a la autoridad administrativa la facultad de otorgarle a las pruebas el valor que crea prudente, es congruente, además, con la tendencia jurisprudencial que busca evitar la sustitución material del órgano de control constitucional, sobre las autoridades responsables, en una materia que exclusivamente les corresponde como lo es, sin duda, la de apreciación de las pruebas que les sean ofrecidas durante la sustanciación del procedimiento.

Registro No. 195182

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

VIII, Noviembre de 1998

Página: 442

Tesis: I.3o.A. J/29

Jurisprudencia

Materia(s): Común

Otras tesis sobre la garantía de audiencia dictan:

**AUDENCIA, GARANTÍA DE. PARA QUE SE RESPETE EN LOS
PROCEDIMIENTOS PRIVATIVOS DE DERECHOS, LA OPORTUNIDAD DE**

PRESENTAR PRUEBAS Y ALEGATOS DEBE SER NO SÓLO FORMAL SINO MATERIAL.

La Suprema Corte ha establecido que dentro de los requisitos que deben satisfacer los ordenamientos que prevean procedimientos que puedan concluir con la privación de derechos de los gobernados se encuentran los de ofrecer y desahogar pruebas y de alegar, con base en los elementos en que el posible afectado finque su defensa. En las leyes procedimentales, tales instrumentos se traducen en la existencia de instancias, recursos o medios de defensa que permitan a los gobernados ofrecer pruebas y expresar argumentos que tiendan a obtener una decisión favorable a su interés. Ahora bien, para brindar las condiciones materiales necesarias que permitan ejercer los medios defensivos previstos en las leyes, en respeto de la garantía de audiencia, resulta indispensable que el interesado pueda conocer directamente todos los elementos de convicción que aporten las demás partes que concurran al procedimiento, para que pueda imponerse de los hechos y medios de acreditamiento que hayan sido aportados al procedimiento de que se trate, con objeto de que se facilite la preparación de su defensa, mediante la rendición de pruebas y alegatos dentro de los plazos que la ley prevea para tal efecto.

Registro No. 196510

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

VII, Abril de 1998

Página: 21

Tesis: P. XXXV/98

Tesis Aislada

Materia(s): Común

CLAUSURAS. GARANTÍA DE AUDIENCIA.

La Suprema Corte ha siempre estimado que conforme a la garantía de audiencia, consagrada en el artículo 14 constitucional, las autoridades administrativas no pueden privar a ningún gobernado de sus propiedades, posesiones o derechos, sin cumplir las leyes esenciales de un procedimiento, aun cuando no tenga que acudir a los tribunales para tomar y ejecutar decisiones dentro de su esfera administrativa de competencia. Y esas leyes esenciales del procedimiento, o debido proceso legal, como también se les suele llamar, contiene básicamente la garantía de audiencia, conforme a la cual las autoridades no pueden afectar los derechos de un ciudadano sin oírlo previamente en defensa. Esto implica que antes de afectarlo, deben darle a conocer en forma plena y cabal todos los elementos de hecho y derecho para actuar en su contra, y deben darle también oportunidad de probar y de alegar lo que a su derecho convenga, es decir, de probar los hechos en que funde su defensa y de desvirtuar los hechos aducidos en contra de sus intereses, y de formular los alegatos legales que correspondan con vista a las probanzas existentes. Todo ello, previamente a que la autoridad, tomando en cuenta esas pruebas y alegatos, dicte la resolución de afectación, e

independientemente de que el acta de inspección que funde una resolución, para que pueda servir de fundamento a esa resolución final, satisfaga a sí misma los requisitos que señala el artículo 16 constitucional, para que pueda tener validez legal, e independientemente también de que la resolución deba estar adecuadamente fundada y motivada. Siendo de notarse que cuando se trata de reglamentar el comercio, en cuanto tal, su ejercicio sólo puede restringirse o reglamentarse por las autoridades con base en la ley del Congreso, cuando se afecte el orden público, conforme a los artículos 5o. y 73, fracción X, de la Constitución Federal. Y la clausura de un establecimiento mercantil, que ciertamente afecta al gobernado en sus derechos civiles y mercantiles, y en su derecho constitucional de ejercer el comercio (artículo 5o. en principio no es ninguna excepción a la exigencia constitucional de que se respete la garantía de audiencia. O sea que si un inspector, por ejemplo, encuentra alguna irregularidad que pudiera ameritar como sanción la clausura temporal o definitiva, se debe abrir un procedimiento administrativo al que se emplace legalmente al afectado, para darle oportunidad legal previa de probar y alegar y, posteriormente con pruebas y alegatos o sin ellos (si el afectado no comparece a pesar de haber sido notificado legalmente, o si no rinde pruebas o no formula alegatos, a pesar de haber comparecido), se aplicará la sanción de clausura. La única manera de que pudiera procederse a la clausura, sin respetar la garantía de audiencia en forma previa, sería el caso en que hubiese un peligro claro y presente de índole extraordinariamente grave para la paz o salud públicas, que por su naturaleza excepcional no permitiese la menor demora en la aplicación de la sanción de

clausura, cuestión que tendría que examinarse muy rigurosamente, en su oportunidad y en su caso, a la luz de los elementos probatorios rendidos al respecto por las autoridades y los quejosos. Ahora bien, si la situación no es tan grave y no se está en la situación de excepción apremiante que se mencionó, sino que se trata de faltas de otro tipo como cerrar a deshoras o al servir a personas en estado de ebriedad, etcétera, ciertamente no se está frente al peligro claro, grave e inminente de un gran daño a la paz o salud públicas por lo que no se justifica que se aplique la sanción administrativa sin respetar la garantía de previa audiencia.

Registro No. 252389

Localización:

Séptima Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

109-114 Sexta Parte

Página: 43

Tesis Aislada

Materia(s): Administrativa

Por otra parte, cuando el segundo párrafo del artículo en estudio hace referencia a Tribunales previamente establecidos, Carbonell dice: “Cuando el párrafo segundo del artículo 14 se refiere a los “tribunales previamente establecidos” como los órganos encargados de conocer de los juicios en los que, observando las formalidades

esenciales del procedimiento, se puede llevar a cabo un acto de privación de la vida, la libertad, la propiedad, la posesión o los derechos, en realidad lo que está prescribiendo es el derecho que tenemos a ser juzgados por el juez predeterminado por la ley.”²⁴⁴

Precisamente por lo anterior, resulta adecuado que la expulsión que sufre cualquier extranjero sea revisada por un juez. El derecho a un juez natural forma parte de la defensa de todo individuo y es piedra angular del concepto del debido proceso. La función jurisdiccional sólo la puede ejercer el órgano establecido sobre la base del propio esquema constitucional. En consecuencia, el principio del derecho al juez natural, consagrado en las cartas internacionales determina enfáticamente que nadie puede ser desviado de la justicia ordinaria, natural, a la vez que dentro de la misma nadie puede ser derivado del juez natural que conforme a la ley de la materia le corresponda de modo previo y objetivo. Mauro Cappelletti y Bryant Garth²⁴⁵, advierten el papel que tiene que jugar el juez dentro de cualquier proceso:

El juez es un mero espectador pasivo de la contienda, su papel se contrae a vigilar que las reglas del juego se cumplan. Una vez desenvuelta la contienda, dicta su resolución determinando a quién le corresponde la razón jurídica. En este proceso de tipo dispositivo se pretende plasmar esa igualdad preconizada por la revolución francesa. El juez debe ser imparcial, absolutamente imparcial, ante las partes, y esa imparcialidad es la mejor garantía de igualdad de las partes frente al Estado.

²⁴⁴ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit. p. 666.

²⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, op. cit., 1996.

Evidentemente esto se advierte a través del principio de legalidad que determina no sólo la estructura judicial, sino los diferentes órdenes competenciales en que se distribuyen eficientemente el trabajo judicial los diversos agentes jurisdiccionales. Así como la ley determina o altera la estructura judicial, también la ley determina ante quien se han de ventilar sus derechos subjetivos en litigio. González Pérez²⁴⁶ explica de la siguiente manera como el derecho al juez natural admite algo más que el derecho a formular una pretensión jurídica determinada con el acceso a la jurisdicción:

(...) comporta que ese proceso a iniciarse para ventilar tal pretensión sea decidido por el juez ordinario prefijado por la ley de modo previo y objetivo.

El derecho a que un juez revise el procedimiento administrativo de expulsión será el principal atributo del debido proceso y comporta básicamente dos alcances: uno primordial, constituido por la imposibilidad de ser sometido a juicio ante la autoridad de quien no es juez; sino también la imposibilidad de crear fueros especiales en razón de las personas. Sin embargo, algunas constituciones latinoamericanas –como la mexicana en el caso del fuero militar– establecen excepciones a dicha regla general.

El extranjero sujeto a expulsión tiene el derecho de impugnar la revisión del procedimiento administrativo que determinó su salida del territorio nacional. En otras palabras: no hay juicio justo sin juez natural porque debajo de este presupuesto hay un principio procesal subyacente e ineludible que se grafica en el principio *index in re propria*. El derecho al juez natural, garantiza objetivamente el derecho al juzgamiento

²⁴⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, op. cit., p. 90.

imparcial por parte del operador de justicia abstracta y objetivamente pre-determinado por el texto de una ley previa. No es posible concebir una actuación judicial válida sin la existencia de la imparcialidad entendida como la característica básica del juzgador, de modo que su participación pueda ser lo más transparente posible en la aplicación de los principios rectores de la justicia.

Los dos ámbitos esenciales que conforman el derecho al juez natural parten de dos premisas básicas: la obligación de que el asunto lo conozca un órgano jurisdiccional y que este órgano jurisdiccional sea competente. El derecho a un juez natural ha sido definido por todos los involucrados en el tema, me refiero a la Corte y a la doctrina. Rubio Llorente²⁴⁷ señala al respecto lo siguiente:

2. Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

2.1. Significado y contenido del derecho.

El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (...) exige en primer lugar que el órgano judicial haya sido creado por la norma jurídica que ésta le haya investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico procesal no permitan calificarlo de órgano especial o excepcional. (...).

La jurisprudencia de la Corte respecto al derecho de todo justiciable a un juez natural o legal ha manifestado que las garantías jurisdiccionales presuponen la existencia de la

²⁴⁷ RUBIO LLORENTE, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 299 y ss.

garantía denominada derecho a la jurisdicción, que puede ser definido como el derecho de carácter medial que permite la defensa jurídica de todos los derechos, mediante un proceso garantizado, decidido por un órgano jurisdiccional. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que el derecho al juez natural supone lo siguiente:

1. No ser afectado sin la intervención de un órgano jurisdiccional.
2. Que cualquier conflicto de interés (sea penal, civil o de cualquier otra índole) sea resuelto por un órgano del Estado competente a tal efecto.

Además, la Corte en la sentencia relativa al caso Baruch Ivcher Bronstein (contra Perú), de 6 de febrero de 2001, se pronunció respecto a la creación de jueces y tribunales especiales para el conocimiento y juzgamiento de determinados casos para la resolución de determinados conflictos de interés, la Corte sostuvo que esto vulnera la garantía del juez natural, privando al ciudadano de un debido proceso legal.

La postura de la Corte es clara, piensa que el derecho al juez natural implica una obligación de los Estados que supone la defensa del derecho a un proceso justo, ya que este no se puede materializar ante la existencia de órganos jurisdiccionales adecuados y predeterminados por la legislación de cada Estado. Al efecto, señala Hitters:

(...) anticipamos que este andamiaje referido a la defensa en juicio tiene en miras los sistemas locales (...) y protege al individuo, y no a los Estados. El derecho a la justicia, es un Derecho Humano Fundamental, y si los gobiernos

no lo imponen en forma cierta, real y efectiva, su conducta queda incursa en violación de la convención sub examen. Fue expresado también que el precepto de marras es más abarcador que su modelo inmediato, que el proyecto de la Comisión y que tiene una gran similitud con el PIDCP y Convenio Europeo.²⁴⁸

La Corte puso de relieve que el artículo 8 del Pacto de San José puede inducir a confusión porque no consagra un recurso judicial propiamente dicho “sino un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías según la Convención”. Conviene entonces observar la importancia que tiene para los Estados la implementación de un adecuado sistema para el cumplimiento del debido proceso legal, pues como bien lo ha hecho ver la Corte, si hay déficit en este aspecto, el interesado puede acudir directamente ante los órganos del pacto –Comisión y Corte–, sin necesidad de interponer y agotar los recursos de la jurisdicción interna. Queremos resaltar, que el art. 8 de la Convención se ocupa del proceso legal, y más que consagrar un recurso judicial propiamente dicho, establece varias condiciones que deben observarse en los juicios para que pueda hablarse de verdaderas garantías.

Es un hecho que cuando se aplica el 33 constitucional estamos en presencia de un acto privativo. Acto que no tiene salvo el amparo, ningún medio de defensa. Es cierto que la LGP y su reglamento regulan un proceso especial, mismo que concede al extranjero

²⁴⁸ HITTERS, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 148 y 149.

ciertas características semejantes al derecho de audiencia, empero, desde mi punto de vista no se debe considerar propiamente una audiencia en virtud de que no se cumplen las formalidades ni los elementos necesarios para ello, toda vez que la Secretaría de Gobernación, facultada por la misma LGP (artículos 2° fracción VII y VIII y 7° fracciones II, III y IV), es la encargada de llevar a cabo la audiencia, es decir, por parte del Ejecutivo, haciendo las veces de juez y parte. Además, el procedimiento es cumplimentado por el Reglamento de la LGP, este reglamento faculta a la misma Secretaría de Gobernación para dictar las disposiciones administrativas que sean necesarias para la aplicación e interpretación de este Reglamento. Incluso hoy, el artículo 33, con todo y reforma, no especifica los detalles que se tendrán que observar en la audiencia para que el Ejecutivo expulse a extranjeros.

IX. Artículo 16 constitucional

Antes dijimos que el párrafo segundo del artículo 14 constitucional y el 16 constitucional determinan el fundamento para proteger a todo sujeto de cualquier acto arbitrario de autoridad. Es más, el artículo que analizaremos en este apartado establece contundentemente los principios del debido proceso legal.

El primer párrafo del artículo 16 establece:

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

Así es, el párrafo primero estipula claramente el principio de legalidad, es decir, todo acto hecho por el Estado a través de cualquier autoridad debe apegarse a la letra de la ley. Todo acto de molestia hecho por la autoridad debe estar justificado en las normas, los detentadores del poder público por lo tanto, tienen que ajustarse a lo que dictan las leyes. Carbonell destaca:

Si se le compara con el mandato del artículo 14 sobre los actos de privación, el artículo 16 es más amplio, ya que todo acto de privación es además un acto de molestia. No sucede lo mismo en sentido inverso, ya que no todo acto de molestia es un acto de privación. Esto significa que en el caso de los actos de privación las autoridades deben cumplir con lo que establece el artículo 14 y, con mayor razón, con lo que dispone el artículo 16.²⁴⁹

Por lo tanto, si el Ejecutivo de la Unión pretende molestar la esfera jurídica de los extranjeros que se encuentran legalmente en nuestro país, tiene que cumplir con los requisitos estipulados en el artículo 16. El primero de ellos consiste en que todos los actos de molestia deben constar por escrito. Segundo requisito, dichos actos deben ser emitidos por autoridad competente y el tercer requisito se trata de que esos actos estén fundados y motivados. Incluso, tratándose de actos discrecionales como el que da origen a esta investigación, la autoridad debe de respetar lo establecido en el artículo que tratamos. La autoridad por más facultades discrecionales que tenga no puede actuar sin ton ni son, la autoridad no debe rebasar estos límites, de lo contrario caería en el terreno de la arbitrariedad. Sobre lo escrito me apoyo en la siguiente tesis:

²⁴⁹ CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Porrúa-UNAM-CNDH, México, 2007, p. 142.

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 en sus actos autoritarios a determinados principios o límites como son, la razonabilidad que sólo puede estar basada en una adecuada fundamentación del derecho que la sustenta, así como en 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.

Registro No. 221682

Localización:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

VIII, Octubre de 1991

Página: 181

Tesis Aislada

Materia(s): Administrativa

En cuanto a la fundamentación, el Poder Judicial de la Federación determina:

FUNDAMENTACIÓN. CARACTERÍSTICAS DEL ACTO DE AUTORIDAD CORRECTAMENTE FUNDADO. FORMALIDAD ESENCIAL DEL ACTO ES EL CARÁCTER CON QUE LA AUTORIDAD RESPECTIVA LO SUSCRIBE Y EL DISPOSITIVO, ACUERDO O DECRETO QUE LE OTORQUE TAL LEGITIMACIÓN.

Para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que en él se citen: A) Los cuerpos legales y preceptos que se están aplicando al caso concreto, es decir los supuestos normativos en que encuadra la conducta del gobernado, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos y fracciones. B) Los cuerpos legales y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades, para emitir el acto en agravio del gobernado. Ahora bien, siguiendo una secuencia lógica, este tribunal considera que la citación de los artículos que otorgan competencia, debe realizarse también con toda exactitud, señalándose el inciso, subinciso y fracción o fracciones que establezcan las facultades que en el caso concreto, la autoridad está ejercitando al emitir el acto de poder en perjuicio del gobernado. En efecto, la garantía de fundamentación consagrada en el artículo 16 constitucional lleva implícita la idea de exactitud y precisión en la citación de los cuerpos legales, preceptos, incisos, subincisos y fracciones de los mismos que se están aplicando al particular en el caso concreto, y no es posible abrigar en la garantía individual comentada, ninguna clase de ambigüedad, o imprecisión, puesto que el objetivo de la misma primordialmente se constituye por una exacta individualización del acto autoritario, de acuerdo a la conducta realizada por

el particular, la aplicación de las leyes a la misma y desde luego, la exacta citación de los preceptos competenciales, que permiten a las autoridades la emisión del acto de poder.

Registro No. 249484

Localización:

Séptima Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

175-180 Sexta Parte

Página: 98

Tesis Aislada

Materia(s): Común

Ahora las siguientes jurisprudencias:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU CUMPLIMIENTO CUANDO SE TRATE DE ACTOS QUE NO TRASCIENDAN, DE MANERA INMEDIATA, LA ESFERA JURÍDICA DE LOS PARTICULARES.

Tratándose de actos que no trascienden de manera inmediata la esfera jurídica de los particulares, sino que se verifican sólo en los ámbitos internos del gobierno, es decir, entre autoridades, el cumplimiento de la garantía de legalidad tiene por objeto que se respete el orden jurídico y que no se afecte la esfera de competencia que corresponda a una autoridad, por parte de otra u otras. En este supuesto, la garantía de legalidad y, concretamente, la parte relativa a la debida fundamentación y motivación, se cumple: a) Con la

existencia de una norma legal que atribuya a favor de la autoridad, de manera nítida, la facultad para actuar en determinado sentido y, asimismo, mediante el despliegue de la actuación de esa misma autoridad en la forma precisa y exacta en que lo disponga la ley, es decir, ajustándose escrupulosa y cuidadosamente a la norma legal en la cual encuentra su fundamento la conducta desarrollada; y b) Con la existencia constatada de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir con claridad que sí procedía aplicar la norma correspondiente y, consecuentemente, que justifique con plenitud el que la autoridad haya actuado en determinado sentido y no en otro. A través de la primera premisa, se dará cumplimiento a la garantía de debida fundamentación y, mediante la observancia de la segunda, a la de debida motivación.

Registro No. 192076

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XI, Abril de 2000

Página: 813

Tesis: P./J. 50/2000

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, NO EXISTE CUANDO EL ACTO NO SE ADECUA A LA NORMA EN QUE SE APOYA.

Todo acto de autoridad debe estar suficientemente fundado y motivado, de manera que si los motivos o causas que tomó en cuenta el juzgador para dictar un proveído, no se adecuan a la hipótesis de la norma en que pretende apoyarse, no se cumple con el requisito de fundamentación y motivación que exige el artículo 16 constitucional, por tanto, el acto reclamado es violatorio de garantías.

Registro No. 194798

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

IX, Enero de 1999

Página: 660

Tesis: VI.2o. J/123

Jurisprudencia

Materia(s): Común

Respecto a la obligación que tiene la autoridad de fundamentar sus actos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante CNDH) expresó:

Para proceder a inferir una molestia a las personas debe existir un procedimiento fundado en la ley; por lo tanto, cualquier autoridad sólo puede

ejecutar lo permitido por una disposición legal en el entendido de emplearse con precisión el precepto legal aplicable al caso y los actos que no se apoyen en un acto de tal naturaleza carecen de base, de sustentación y se convierten en arbitrarios, atendiendo al criterio del requisito de fundamentación y motivación, exigido por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que al tener el rango de garantía individual implica para las autoridades de cualquier categoría que éstas sean, la obligación de actuar siempre con apego a las leyes y a la propia Constitución, de manera que sus actos no aparezcan realizados arbitrariamente (Recomendación 22/200).²⁵⁰

Por ello, no es suficiente que el Ejecutivo se base en el segundo párrafo del artículo 33 constitucional para expulsar a un extranjero, debe motivar la causa. Ya que de no cumplir con estos requisitos el acto mismo será violatorio de derechos fundamentales toda vez que “la Constitución no es un mero texto que lleva ese nombre, una simple hoja de papel subordinada a la voluntad de los gobernantes en turno.”²⁵¹

X. Artículo 17 constitucional

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

²⁵⁰ Citado por CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Porrúa-UNAM-CNDH, México, 2007, p. 144.

²⁵¹ CARBONELL, Miguel, *et. al.*, *En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, UNAM-IIIJ, México, 2003, p. 61.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Siguiendo con Miguel Carbonell “el derecho de acceso a la justicia previsto por el artículo 17 constitucional supone la obligación del Estado de crear los mecanismos

institucionales suficientes para que cualquier persona que vea conculcado alguno de sus derechos fundamentales o cualquier otro tipo de derechos pueda acudir ante un tribunal dotado de las suficientes garantías para obtener la reparación de esa violación.”²⁵²

El derecho de acceso a la justicia establecido en este artículo no es otra cosa que la obligación que tiene todo Estado de crear los mecanismos institucionales necesarios para que cualquier persona que ve violados sus derechos fundamentales pueda acudir ante un tribunal competente. Al respecto la Corte en el caso Ivcher Bronstein dijo que el acceso a la justicia no se satisface por el mero hecho de que algún recurso jurisdiccional esté previsto en la legislación del Estado, sino que ese recurso debe ser efectivo en orden a la protección de los derechos. Además, la Corte sostiene que el simple hecho de que ese recurso no exista ya resulta violatorio del Pacto de San José.²⁵³

A continuación el siguiente criterio jurisprudencial:

**JUSTICIA, ACCESO A LA. 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**

²⁵² CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit. p. 722.

²⁵³ Caso Ivcher Bronstein, párrafos 136 y 137; Opinión Consultiva 18/03, párrafo 108. Citado por CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Porrúa-UNAM-CNDH, México, 2007, p. 152.

RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL.

De la interpretación de lo dispuesto en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución General de la República se advierte que en ese 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 la 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.

Registro No. 188804

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XIV, Septiembre de 2001

Página: 5

Tesis: P./J. 113/2001

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

XI. El debido proceso en el derecho constitucional comparado y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El derecho fundamental al debido proceso también ha sido objeto de un amplio desarrollo por el derecho constitucional comparado y por las nuevas legislaciones de corte garantista. Por ejemplo, la de Perú (artículo 24), reconoce garantías del debido proceso que protegen derechos fundamentales, como la vida, la integridad y la libertad. En esta Constitución se prohíbe la incomunicación de las personas detenidas, salvo como medio indispensable para el esclarecimiento de un delito; se garantiza el derecho de protección a las víctimas de la violencia moral, psíquica o física; se prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes.

Por su parte, la Constitución venezolana (artículo 44) reconoce que la libertad personal es inviolable, y que en consecuencia ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida en flagrancia.

En Colombia, el artículo 229 constitucional garantiza el derecho a toda persona para acceder a la administración de justicia, que constituye la garantía procesal fundamental.

La Constitución paraguaya (artículo 47) establece que el Estado garantizará a todos los habitantes de la República la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidieran.

En Centroamérica, particularmente en Guatemala artículo 12 constitucional reconoce el fundamental derecho de defensa y su carácter inviolable. La Constitución establece que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y establecido.

Puede notarse entonces que el derecho constitucional comparado ha venido incorporando y desarrollando los principios y disposiciones internacionales referidos al debido proceso legal. Ello denota principalmente el importante proceso de actualización y modernización constitucional que está atravesando América Latina a partir de la década de los años noventa. El derecho internacional de los derechos fundamentales, desarrollado ampliamente en distintos instrumentos convencionales, ha contribuido

sustancialmente al reconocimiento, positivación y afirmación del debido proceso, al igual que lo ha hecho también el derecho comparado. El origen del término debido proceso se ubica históricamente en el derecho constitucional norteamericano²⁵⁴ y en la jurisprudencia y cultura jurídica de los Estados Unidos de América.

En el marco de un Estado Constitucional y democrático de derecho, el debido proceso se rige por una serie de principios²⁵⁵, disposiciones y garantías básicas que aseguran la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales que están en juego en los procesos judiciales, y en definitiva, garantizan un juicio justo a las partes. De ahí que las Declaraciones de Derechos Humanos nacidas como reacción ante la brutalidad de la Segunda Guerra Mundial expandieron los límites de la tutela a los conflictos de naturaleza penal. Por ello, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, en el artículo XVIII, bajo el título Derecho a la Justicia, consagró que toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la Declaración Universal), también de 1948, en el artículo 10 reconoció que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Como observamos, la Declaración Universal es más específica que la Americana en cuanto al alcance de la garantía. Por su parte, el Pacto en su artículo 14 adopta una redacción similar a la Declaración Universal en cuanto sostiene que:

²⁵⁴ Cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, en la que se establece el principio según el cual “a nadie se le puede privar de su vida o su libertad sin el debido proceso judicial.

²⁵⁵ Legalidad, bilateralidad, impugnación, igualdad de las partes, jurisdiccionalidad, independencia judicial, inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, publicidad, celeridad, eficacia.

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

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.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

El Pacto supera a la Declaración Universal en cuanto exige que las personas deben ser oídas públicamente con las debidas garantías, agregando la noción de publicidad y el resto de las garantías intraprocesales. La Declaración Universal (artículo 8) establece que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.” Y en el artículo 10 establece que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

Por su parte, el Pacto en su artículo 2.3 dice:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El Pacto también dispone en el artículo 14.1 que:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

La Convención, por su parte, reconoce en su artículo 8° que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” También señala en su artículo 25, que “toda persona tiene

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

Aunado a los preceptos escritos, el derecho internacional de los derechos fundamentales también reconoce un amplio catálogo de principios, derechos y garantías propios del imputado, mencionamos los siguientes: presunción de inocencia, irretroactividad de la ley penal, responsabilidad penal individual, derecho a la defensa y a la asistencia letrada, el derecho a comunicarse con su defensor en forma confidencial y sin demora ni censura; el derecho a disponer del tiempo necesario y de los medios adecuados para su defensa; el derecho a ser informado de manera inmediata y comprensible de sus derechos, de los motivos de la detención y de la autoridad que la ordena; el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; el derecho a un intérprete o traductor; el derecho de protección contra todo tipo de detención ilegal o arbitraria; el derecho al hábeas corpus y el derecho a indemnización por error judicial.

El derecho internacional de los derechos fundamentales también ha adoptado un concepto amplio de “víctima”, particularmente en el instrumento declarativo específico que regula esta materia, que es la Declaración sobre los Principios Fundamentales de

Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de las Naciones Unidas.²⁵⁶

Esta Declaración considera como víctimas a “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.” Entre los más importantes principios, derechos y garantías de las víctimas reconocidos en el derecho internacional se destacan: el principio de la no discriminación o exclusión por motivo de raza, sexo, edad, situación económica o familiar, origen étnico o social, impedimento físico u otra condición; el derecho de acceso rápido y efectivo a los mecanismos de protección de la justicia establecidos específicamente para las víctimas.

El Estado, entonces, está obligado, según el derecho internacional, a adoptar medidas de diversa índole a fin de garantizar los derechos reconocidos a las víctimas. El derecho internacional de los derechos fundamentales reconoce ciertos principios, derechos y garantías del debido proceso, que son de carácter inderogable y que por su naturaleza jurídica, su contenido esencial y por la función de protección que desempeñan, bajo ninguna circunstancia se pueden anular, suspender, limitar, afectar o restringir. Entre ellos, como ya vimos, se pueden mencionar los siguientes: derecho de acceso a la jurisdicción; derecho a un juez natural, competente, imparcial y predeterminado por la ley; derecho al habeas corpus y al amparo; derecho a la tutela

²⁵⁶ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

judicial efectiva; derecho a un juicio justo; derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa; derecho a la defensa; principio de presunción de inocencia.²⁵⁷

La Corte y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han desarrollado la jurisprudencia internacional en materia de debido proceso. La Comisión Interamericana, el Comité de Derechos Humanos de la ONU y la que fuera en su momento la Comisión Europea de Derechos Humanos, como órganos de supervisión y control, también han verificado la situación del debido proceso en el mundo y han emitido importantes fallos e informes que han enriquecido la doctrina internacional sobre la materia, al conocer demandas o denuncias individuales de violaciones al debido proceso judicial y administrativo regulado y protegido internacionalmente.²⁵⁸ Incluso, en importantes opiniones consultivas de los tribunales internacionales se han abordado temas sobre el debido proceso y las garantías fundamentales. Cabe mencionar, como ejemplo, las opiniones consultivas de la Corte que desarrollan las garantías del debido proceso de los menores de edad y de los migrantes, o las opiniones consultivas que se refieren a las garantías del debido proceso en los estados de emergencia.²⁵⁹

²⁵⁷ Sobre las garantías inderogables se sugiere consultar MELÉNDEZ, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los Estados de excepción, según el derecho internacional de los derechos humanos*, El Salvador, Imprenta Criterio, 1999, pp. 234 y 235.

²⁵⁸ Como en los casos Barrios Altos, Loayza Tamayo, Lori Berenson y el caso de Gómez Paquiyauri.

²⁵⁹ Sobre el tema, la Corte ha resuelto las siguientes opiniones consultivas: OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983 sobre “Restricciones a la pena de muerte”; OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 sobre el alcance de la expresión “leyes”; OC-8/87 del 30 de enero de 1987, sobre “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías”; OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, sobre “Las garantías judiciales en los estados de emergencia”; OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991, sobre “La compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”; OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, sobre “La condición jurídica y los derechos del niño”, y la OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, sobre “La condición jurídica y los derechos de los migrantes”.

XII. Habeas Corpus

La figura del Hábeas Corpus es el mecanismo procesal específico por excelencia de defensa del derecho a la libertad personal. Esta acción procede ante cualquier hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

La finalidad de esta figura es garantizar el derecho fundamental a la libertad individual y los derechos constitucionales conexos, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación. De los mismos. En doctrina, se sostiene que la libertad individual tiene una dimensión más amplia que la libertad personal. El autor español Oscar Alzaga concibe la libertad personal como un principio que tiene su desarrollo constitucional en otros preceptos de la misma, entre ellos los artículos 15, 18 y 19,²⁶⁰ con lo cual se amplía el contenido hasta lo que la doctrina francesa llama libertad física, comprensiva de la libertad individual en un sentido estricto, la circulación y el derecho a la intimidad.²⁶¹

En términos similares se pronuncia Francisco Eguigurén, para quien uno de los ámbitos específicos que involucra la libertad individual es el derecho a la libertad personal, la que "(...) en su aspecto de libertad física, garantiza a su titular el no verse arbitraria o irrazonablemente privado de ésta, ni ser detenido o sometido a restricciones de la

²⁶⁰ Artículos de la Constitución Española de 1978, relativos a la vida, integridad física y moral; al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, inviolabilidad de domicilio y secreto de las comunicaciones y a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España.

²⁶¹ ALZAGA, Óscar, *La Constitución española de 1978*, p. 199.

libertad en supuestos distintos a los previstos por la norma constitucional, la ley o los pactos internacionales sobre derechos humanos.²⁶²

El habeas corpus procede contra actos u omisiones de cualquier funcionario público. En Perú, por ejemplo, el Código Procesal Constitucional establece en cuanto la procedencia que:

- a) Cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Tratándose de amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización (artículo 20).
- b) Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución (artículo 3°).

En casi todos los sistemas jurídicos que cuentan con esta figura, los derechos más representativos que protege están: derecho a la integridad personal, el derecho a no ser expatriado, el derecho a la libertad de tránsito conectada al derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, la libertad personal, derecho de defensa, el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de responsabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

²⁶² PRAELI EGUIGURÉN, Francisco, *Estudios constitucionales*, Lima, ARA Editores, 2002, pp. 27 y 28.

En España, este procedimiento regulado en la Constitución de 1978, en los tres primeros apartados de su artículo 17, regula el derecho a la libertad, el plazo máximo de la detención y los derechos de la persona detenida. En el apartado cuatro del mismo precepto dispone que: “la ley regulará un procedimiento de [hábeas corpus] para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente.”

En cumplimiento de ello, se aprobó la Ley Orgánica 6/1984, del 24 de mayo, reguladora del procedimiento de hábeas corpus (BOE del 26 de mayo de 1984). En su exposición de motivos se declara que la Constitución Española, siguiendo el objetivo fundamental del constitucionalismo moderno, o sea el reconocimiento y la protección de la vida y la libertad de los ciudadanos, ha configurado un ordenamiento cuya pretensión máxima es la garantía de libertad de éstos, hasta el punto de que la libertad queda instituida, por obra del propio texto constitucional, como un valor superior de aquél. De este modo se presenta esta institución, de origen anglosajón, como remedio eficaz para los eventuales supuestos de detenciones de la persona, no justificados legalmente, o que transcurran en condiciones ilegales.

El artículo 33 constitucional menciona que previa audiencia y después del procedimiento administrativo correspondiente el Ejecutivo podrá expulsar a cualquier extranjero de nuestro territorio. Sin embargo, como hemos venido anotando, el precepto constitucional no especifica ¿cómo? y ¿por qué? detendrá al extranjero. Por ello, la figura del Habeas Corpus resulta imprescindible. En México, como sabemos, no existe,

por ello considero importante que los legisladores tomen en cuenta esta figura al momento de redactar la Ley Reglamentaria del 33 constitucional. No me cabe duda de que el Habeas Corpus es un poderosísimo instrumento para la defensa de la libertad física de la persona, instrumento que no debemos concebir como un proceso, o como un recurso, mucho menos como una medida cautelar, o un derecho, el Hábeas Corpus es un procedimiento breve y sencillo para la obtención de la tutela judicial de la libertad. Cualquier detención debe ajustarse al principio de legalidad, si no es así, estaremos en presencia de privaciones arbitrarias de la libertad.

XIII. Casos de expulsiones arbitrarias

1. Atenco

Durante el mes de mayo de 2006 pobladores del municipio de Atenco en el Estado de México se manifestaron en contra del gobierno de ese Estado, éste con lujo de violencia desalojó a las personas que se manifestaban. En el operativo policiaco se detuvieron a muchas personas, entre los detenidos se cuentan a varios extranjeros que posteriormente, en aplicación del artículo 33 constitucional, fueron expulsados del territorio mexicano violando sus derechos fundamentales (integridad corporal, libertad personal, debido proceso, entre otros). Entre los extranjeros expulsados encontramos el caso de Valentina Larissa Palma Novoa, una estudiante de nacionalidad chilena, quien a su llegada a Chile²⁶³ denunció una serie de actos cometidos por las autoridades que violaron gravemente sus derechos fundamentales, la golpearon sin motivo y también sufrió todo tipo de agresiones, incluso sexuales. Casos como este provocaron que el

²⁶³ Nota de fecha 9 de mayo de 2006 consultada en: <http://www.eluniversal.com.mx/notas/347916.html> (fecha de consulta 30 de abril de 2010).

Constituyente reformara el artículo 33 constitucional. Uno de los aspectos más notorios de esta reforma es que ahora, previa audiencia, el Presidente de la República podrá expulsar a los extranjeros que así juzgue conveniente. Se pretende con esto, que ya no se cometan actos arbitrarios. Esperemos que así sea porque, como ya he sostenido, me parece que le faltó miras progresistas a la reforma. Empero, es un gran paso, el artículo 33 permaneció intacto desde 1917.

La universalidad de los derechos humanos aparece entonces como cuestión de fondo, pues al ser universales no habría diferencia entre el estatus de las personas, es decir, no cabe la distinción entre ciudadanía, nacionalidad y extranjería. Por otra parte, la universalidad de los derechos humanos exige a los Estados que tengan los mecanismos necesarios para que todos los individuos tengan acceso a mayores y mejores condiciones de vida.

La concepción que el derecho internacional de los derechos humanos le otorga el acceso a la justicia, permite que se reconozca como un derecho de importancia primordial. Por ello no hay duda que el derecho al debido proceso constituye un pilar importantísimo en los sistemas jurídicos democráticos. Así lo demuestran muchos textos constitucionales en el mundo y muchos tratados internacionales en materia de derechos humanos, como el Pacto que consagra el derecho al debido proceso legal partiendo de la dignidad humana.²⁶⁴

²⁶⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo, punto segundo.

Hablar del derecho al debido proceso legal no es un tema menor, es hablar del medio procesal idóneo para hacer valer los derechos en los tribunales. México por vía de la Opinión Consultiva que a continuación se expone le solicitó a la Corte su postura sobre el derecho al debido proceso legal que se encuentra contemplado en el artículo 8° de la Convención, la Corte indicó lo siguiente:

(...) para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. Ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del derecho internacional.²⁶⁵

²⁶⁵ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, 1999, párrafo 116. También sobre el tema se puede consultar Corte IDH, *Hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8, párrafo 25.

Por tanto no hay otra manera en que los lesionados en el goce de su derecho o libertad puedan exigir su cumplimiento o reparación sino a través del acceso a los tribunales, y ya dentro de ellos subsanar todas las desigualdades que se presentan en la impartición de efectiva y pronta justicia.²⁶⁶ Resulta oportuna la opinión de la Corte, también a instancias del Estado mexicano y que sirvió como base para que el gobierno de nuestro país demandara al de Estados Unidos de Norteamérica ante la Corte Internacional de Justicia por violación a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, respecto de los derechos de los trabajadores migrantes. Esta opinión es relevante porque la Corte aborda, aunque no en el problema de fondo, el tema de la categoría de derechos respecto de la nacionalidad o extranjería y en referencia directa al debido proceso legal. En esta Opinión Consultiva, la 18/03, sostuvo que: “El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio”.²⁶⁷ Y agrega que “... el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.”²⁶⁸

En efecto, el artículo 8° de la Convención debe ser aplicado y respetado sin distinción alguna para toda persona ya sea nacional o extranjero. Desde la perspectiva del tribunal interamericano no existe duda, el derecho al debido proceso legal no admite

²⁶⁶ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, 1999, párrafo 119.

²⁶⁷ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, 2003, párrafo 121.

²⁶⁸ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, 2003, párrafo 122.

excepciones. Desafortunadamente, el artículo 33 constitucional no considera la existencia de un juicio que revise la decisión del Ejecutivo para expulsar a cualquier extranjero.

Ahora bien, ante la contradicción de normas que confieren principios, como diría Alexy, en el que por un lado, está el artículo 8° de la Convención y por el otro el artículo 33 constitucional la forma de solucionarla es sencilla, se debe dar preferencia siempre a los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales. Con esta postura se debe aplicar el principio *pro homine*,²⁶⁹ como un criterio de interpretación de las normas de derechos fundamentales, pues siempre se busca un mayor cumplimiento a favor del individuo.

El verdadero conflicto parece ser la cuestión de la universalidad de los derechos fundamentales, pero una vez replanteados, permite abrir el alcance de los mismos bajo los siguientes razonamientos. Los Estados necesitan de normas jurídicas que permitan el desarrollo pacífico de la vida democrática de la sociedad. Estas normas deberán ser aplicadas siempre con apego a esos fines. Por esto, sostengo que sólo en situaciones reales y comprobables de amenaza a la seguridad nacional, se le podrá permitir al Estado, expulsar al extranjero.

²⁶⁹ GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Porrúa-UNAM, México, 2000, pp. 23 y ss.

2. Sacerdotes Jesuitas

El 23 de junio de 1995, el Instituto Nacional de Migración expulsó del país a tres sacerdotes extranjeros de la diócesis de San Cristóbal de las Casas: Loren L. Riebe, de Estados Unidos de Norteamérica; Rodolfo Izal Elroz, de España y Jorge Barón Guttlein, de Argentina. Los religiosos fueron detenidos en violentos operativos policíacos y llevados desde sus parroquias rurales a la ciudad de Tuxtla Gutiérrez, de donde se les trasladó en avión al Distrito Federal. Aquí, entre la medianoche y la madrugada, fueron interrogados y acusados de apoyar a los rebeldes zapatistas. Nunca se ofrecieron pruebas concluyentes de esto.

Las acusaciones contra los tres sacerdotes provenían de los grupos de poder en la región Chol. La prueba de ello es que simultáneamente a los arrestos y expulsiones se inició y consignó una averiguación previa por los delitos de secuestro, rebelión, violación y despojo en contra no sólo de dos de los sacerdotes expulsados, sino de otros cuatro sacerdotes extranjeros que trabajaban en la misma región. Las acusaciones fueron usadas por el entonces Secretario de Gobernación, Emilio Chuayffet Chemor, como explicación de las expulsiones en comunicaciones diversas dirigidas a congresistas de los Estados Unidos de América.²⁷⁰ El Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas (CDHFBC), A.C., llevó esta acusación al Juez Segundo de Distrito en Tuxtla Gutiérrez, quien obviamente concedió la protección y el amparo de la justicia de la Unión a todos los sacerdotes.²⁷¹

²⁷⁰ Causa penal 269/995, Juzgado Cuarto del Ramo Penal de Tuxtla Gutiérrez.

²⁷¹ Juicio de Garantías III-731/95 ante el Juzgado Segundo de Distrito del XX Circuito Judicial con sede en Tuxtla Gutiérrez.

La premura y rapidez con que se les sometió a procedimiento administrativo impidió a los sacerdotes Riebe, Izal y Barón probar, en su debido momento, la injusticia de la expulsión. A las ocho de la mañana del 24 de junio se les obligó a subir en un avión rumbo a Miami. Precisamente para evitar estas prácticas a todas luces arbitrarias, es necesario que un juez revise el procedimiento administrativo que señala el segundo párrafo del nuevo artículo 33.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos esperó de manera prudente a que el procedimiento de amparo agotara sus dos instancias en México antes de admitir de manera definitiva el caso, aunque estaba al tanto de éste desde 1995. La espera le permitió a los comisionados evaluar la efectividad del Juicio de Amparo para proteger los derechos de los extranjeros expulsados sumariamente de México. Su resolución a este punto fue que:

81. La sencillez, rapidez y efectividad del amparo presentado en los casos de los sacerdotes debe ser medida de acuerdo a la posibilidad de determinar la existencia de tales violaciones; de remediarlas; de reparar el daño causado; y de permitir el castigo de los responsables. Resulta claro que el recurso judicial no cumplió con los requisitos arriba mencionados, sino todo lo contrario: la decisión final estableció, sin mayor fundamentación en derecho, que las actuaciones de los funcionarios gubernamentales se ajustaron a la ley. De tal forma, quedaron convalidadas las violaciones a los derechos humanos de los demandantes y se permitió la impunidad de los violadores. En otras palabras, se negó a los sacerdotes el amparo de la justicia mexicana

ante hechos violatorios de sus derechos fundamentales, en trasgresión de la garantía de la tutela judicial efectiva.²⁷²

La Comisión, ante la efectividad del proceso interno de defensa de garantías, analizó en detalle el caso y convocó a audiencias, donde el gobierno mexicano tuvo oportunidad de aportar pruebas de sus alegatos en contra de los sacerdotes. El 13 de abril de 1999, la Comisión resolvió hacer pública su resolución sobre el caso (Caso No. 11.610 MÉXICO), luego de haber intentado en varias ocasiones llegar a una amistosa composición entre las partes. En ella, decidió que el gobierno mexicano había violado: la integridad física de los expulsados; su garantía de audiencia; sus derechos a la circulación, a la residencia y a la protección de su honra y dignidad, y las libertades de conciencia, religión y de asociación. Además, determinó que el juicio de amparo había sido incapaz de proteger los derechos de los expulsados, pues el Poder Judicial de la Federación había interpretado restrictivamente la legislación mexicana en perjuicio de los extranjeros.²⁷³ Es más, es evidente que el gobierno mexicano pasó por alto lo que señala el artículo 1° del Séptimo Protocolo a la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, cuyo contenido dice:

1. un extranjero que sea residente legal en el territorio de un Estado no debe ser expulsado excepto por una decisión tomada conforme a la ley, permitiéndosele en todo caso:

a. presentar razones en contra de su expulsión;

²⁷² Informe 49/99, OEA/Ser/L/V/II. 102, Doc. 56, 13 abril 1999.

²⁷³ Informe 49/99, OEA/Ser/L/V/II. 102, Doc. 56, 13 abril 1999, pp. 124-127.

- b. que su caso sea revisado, y
 - c. ser presentado para estos propósitos ante autoridad competente o ante personas designadas para tal efecto por dicha autoridad.
2. Un extranjero puede ser expulsado antes del ejercicio de los derechos que mencionan los párrafos 1 a, b y c, de este artículo, cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o esté basada en razones de seguridad nacional.

La Corte en su resolución sobre el caso Loren Riebe, *et. al.*, utilizó estos elementos del Séptimo Protocolo a la Convención Europea y la facultad general de interpretar precedentes del Derecho Internacional y Comparado para concluir que: los sacerdotes expulsados tenían no sólo un derecho general de audiencia, sino un derecho a preparar con tiempo su respuesta a las acusaciones que se les hicieron, pues de otro modo no podrían demostrar las razones en contra de su expulsión de modo tal que en la revisión del caso por autoridad competente ésta pudiese valorar dichas razones de modo objetivo. Incluso tratándose de procedimientos administrativos como el que señala el artículo 33 constitucional la Comisión Europea de Derechos Humanos determina que:

66. (...) los derechos al debido proceso y a la defensa en juicio son aplicables a los procedimientos e investigaciones administrativas.²⁷⁴

²⁷⁴ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Caso Huber v. Austria*, Anuario 1975 de la Convención Europea de Derechos Humanos, Martinus Nijhoff, La Haya, 1976, párrs. 69 a 71. en el mismo sentido, La Corte Europea de Derechos Humanos consideró que los principios del debido proceso son aplicables, *mutatis mutandis*, a sanciones disciplinarias de carácter administrativo. Corte Europea, *Caso Albert y Le Compte*, Sentencia del 10 de febrero de 1983, Serie A, vol. 58, Consejo de Europa, Carl Heymanns Verlag KG, párr. 39.

67. La Comisión ha revisado igualmente la jurisprudencia de varios Estados sobre la materia. En cuanto a la expulsión de extranjeros, el Tribunal Constitucional de España ha establecido que “para salvaguardia [sic] de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental”, y que es preciso comprobar si el extranjero tuvo “una oportunidad adecuada de exponer sus razones a favor o en contra de la expulsión.”²⁷⁵ Respecto a la amplitud de las garantías del debido proceso que deben observarse en el procedimiento administrativo, la Comisión ha notado coincidencia en la jurisprudencia de varios países. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en tal sentido que “toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestren su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen.”²⁷⁶

Como vemos las interpretaciones de los órganos del sistema internacional de protección a los derechos humanos son consistentes en este punto desde 1945; cuando en un caso particular estén contrapuestos los principios de soberanía estatal y

²⁷⁵ Tribunal Constitucional de España, STC 242/1994, FJ6, citado en Francisco Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1995, pp. 192 y 193.

²⁷⁶ Informe 49/99, *loc. Cit.*, Corte Constitucional de Colombia, sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-251 del 19 de septiembre de 1992. El derecho a la defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de toda sanción, de un conjunto de actos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se imputan, las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar pruebas que obren a su favor. Corte Suprema de Justicia de Venezuela, sentencia del 17 de noviembre de 1993, citada por Rafael Chavero en “La participación ciudadana en la elaboración de actos generales”, *Revista de Derecho Público*, núms. 59-60, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1997.

los derechos fundamentales de una persona, la tendencia es a favorecer la defensa de estos últimos.

El artículo 33 constitucional tenía un objetivo: proteger al gobierno de cualquier intervención extranjera, por eso su redacción está anclada a las circunstancias de 1917. Es evidente en este caso, la forma represiva con que se aplicó el artículo 33 de nuestra Constitución, ya que el estado mexicano no tenía ningún motivo para expulsar a los sacerdotes. Es más, el gobierno mexicano incurre en vergonzantes contradicciones políticas al aplicar el artículo 33 constitucional y esto se evidenció durante la visita a Chiapas del ganador del premio Nóbel de Literatura, José Saramágo, en marzo de 1998 y en marzo de 2001. Saramágo entró al país con una forma migratoria de turista e insistió en dar entrevistas a la prensa para criticar como se condujo el gobierno mexicano frente al conflicto con el EZLN. A pesar de las advertencias “para respetar la ley”, Saramágo no fue expulsado.²⁷⁷ Los funcionarios de migración explicaron que su autoridad moral como un gran escritor y filósofo le daba el derecho de expresar sus opiniones. Los intentos del gobierno para acomodar las declaraciones de los poderosos y famosos, mientras se expulsa a sacerdotes, observadores y trabajadores menos notables por acciones similares, demuestran la forma arbitraria y subjetiva en la que los derechos de los extranjeros en México son manejados. La aplicación del artículo 33, parece, se basa más en intereses políticos coyunturales.

²⁷⁷ Ver comentarios de Alejandro Carrillo Castro, Comisionado del INM en La jornada; 8 de marzo de 1998.

3. Observadores internacionales de derechos humanos en Chiapas

El artículo 33 de la Constitución federal no prohíbe a los observadores internacionales de derechos humanos declarar sobre el actuar del gobierno de México en esta sensible materia. Todo extranjero tiene derecho a declarar ante cualquier medio de comunicación ya sea nacional o internacional si el Estado mexicano es represor o no; o si el estado mexicano respeta o viola los derechos fundamentales de su población.

Cuatro importantes organizaciones de derechos humanos criticaron las declaraciones de funcionarios mexicanos de alto nivel en torno a la presencia de extranjeros en Chiapas, tal y como lo estableció Human Rights Watch cuando dijo: “el gobierno del presidente Ernesto Zedillo ha emprendido una campaña contra los extranjeros, que resulta indiscriminada, peligrosa e injusta y entorpece la labor de vigilancia de las garantías individuales.”²⁷⁸

Amnistía Internacional opinó que las autoridades mexicanas han puesto en entre dicho su voluntad de cumplir con acuerdos Internacionales de protección a los Derechos Humanos y que su condena a la presencia de extranjeros en Chiapas demuestra un pobre interés en acabar con la situación de impunidad que prevalece en ese Estado.

El centro para la justicia y el Derecho Internacional, llamó al gobierno de México a presentar evidencias que demostraran que las personas expulsadas violaron las leyes

²⁷⁸ BELTRÁN DEL RÍO, Pascal y MARTÍNEZ, Sanjuana, *El gobierno mexicano se siente molesto e incómodo bajo el escrutinio extranjero: ong internacionales*, Proceso No. 1112, México, (22 de febrero de 1998). P. 14.

del país, y lo conminó a garantizar que todos los extranjeros tengan acceso a mecanismos legales para proteger su integridad y su estancia en territorio mexicano.

Así mismo la Organización no gubernamental Global Exchange, que ha enviado a cerca de medio millar de observadores a Chiapas desde 1994, afirmó: “que el gobierno mexicano está exagerando el papel que juegan los extranjeros, que a su juicio no es intervencionista.”²⁷⁹

Al mismo tiempo, un experto en Derecho Internacional, el profesor Robert Benson aseveró:

Qué las expulsiones sumarias son ilegales a la luz de los convenios mundiales y estimó que las críticas de funcionarios mexicanos a la presencia de extranjeros están motivadas por el hecho de que el gobierno no se siente cómodo bajo los reflectores de los principios democráticos.²⁸⁰

A su vez, José Miguel Vivanco, director en ese entonces de Human Rights Watch, comentó:

Me da la impresión de que las declaraciones que las autoridades federales mexicanas, incluyendo la Secretaría de Relaciones Exteriores, formulan regularmente y últimamente con mayor intensidad, en relación con la

²⁷⁹ Ídem.

²⁸⁰ Ídem.

presencia de extranjeros en México, y en especial en Chiapas, forman parte de una campaña adoptada por el gobierno. No son pronunciamientos casuales, me parece que tienen un carácter generalizado contra todo tipo de personas y Organizaciones extranjeras de visita en México. No advierto ningún esfuerzo por distinguir unos casos de otros. Parece una descalificación indiscriminada, que genera confusión e inseguridad entre quienes trabajan en ámbitos de desarrollo y Derechos Humanos.²⁸¹

Fue una campaña profundamente injusta porque hay muchas organizaciones en las que participan extranjeros que trabajan legítimamente en México y en términos muy productivos. Tristemente, estos temas no han sido superados en nuestro país. El mes de abril de 2010, Amnistía Internacional llamó a las autoridades mexicanas a investigar el ataque que sufrió la misión internacional de observadores de derechos humanos que se dirigían al municipio autónomo de San Juan Copala, en Oaxaca.²⁸² Amnistía Internacional también expresó su preocupación por que el ataque impactó negativamente en periodistas y activistas, coartando el legítimo ejercicio de la defensa de los derechos fundamentales.²⁸³ El Estado mexicano tiene la obligación de garantizar la protección de todos los defensores y observadores de derechos humanos cuando desempeñan sus actividades.

²⁸¹ Ídem.

²⁸² La Jornada, nota de Alma E. Muñoz, 29 de abril de 2010.

²⁸³ Ídem.

Es crucial asegurarse de que en México existan mecanismos o instancias jurídicas adecuadas para garantizar el debido proceso en cada uno de los casos donde se violan derechos fundamentales de extranjeros. Un ejemplo claro es lo afirmado por la portavoz de la sección Latinoamericana de Amnistía Internacional de nombre Elena Estrada quien declaró:

El gobierno mexicano no puede negar la entrada a extranjeros para observar los derechos humanos, porque ha firmado Convenios y Tratados Internacionales que lo obligan a permitir esa presencia internacional. Amnistía Internacional no considera que sea una injerencia supervisar los derechos humanos en México.²⁸⁴

Sin duda alguna todos los observadores de derechos humanos deben tener cabida en México mientras respeten nuestras leyes, así mismo consideramos que no está justificado que el gobierno mexicano haya aplicado y aplique el artículo 33 constitucional a observadores internacionales.

Otro comentario emitido por la vocera de Amnistía Internacional Elena Estrada sobre el caso chiapaneco fue:

Que la imagen que proyectan los funcionarios mexicanos, con sus acusaciones sobre la presunta actitud intervencionista de los extranjeros en Chiapas, es la de un gobierno que realmente no tiene interés en que cambie

²⁸⁴ BELTRÁN DEL RÍO, Pascal y MARTÍNEZ, Sanjuana, *El gobierno mexicano se siente molesto e incómodo bajo el escrutinio extranjero: ong internacionales*, op. cit., p. 16.

la situación de impunidad, sino, no tendría inconveniente en que los observadores internacionales estuvieran haciendo entrevistas o documentando casos.²⁸⁵

Si el gobierno tiene evidencias en contra de alguien, debe de identificar a la persona y decir claramente cuáles fueron las violaciones legales en que incurrió y no hacer imputaciones que afecten el trabajo de los extranjeros, especialmente de aquellos que cuentan con una visa adecuada para su actividad. La libertad de expresión no significa participación ni intervención. La función de los observadores es dar apoyo al proceso de paz y de moderar los abusos que sufren los pobladores en sus derechos fundamentales, además ayudan a crear conciencia en la opinión pública sobre esta situación.

4. Peter Brown

El 24 de julio de 1998, el profesor y ciudadano estadounidense Peter Brown fue expulsado de México. Brown trabajaba en un proyecto en las comunidades de Los Altos de Chiapas, donde estaba ayudando a construir una escuela secundaria con fondos recaudados en los Estados Unidos. Brown fue detenido en un retén de San Andrés Larráinzar por agentes del INM, llevado a la Ciudad de México y expulsado al día siguiente. La Secretaría de Gobernación anunció que estaba expulsando a Peter Brown aplicando el artículo 33 de la Constitución federal. El gobierno justificó la expulsión diciendo que Brown se había “unido y participado con partidos políticos con el propósito

²⁸⁵ Ibidem. p. 17.

de violar los preceptos constitucionales que regulan la educación en México, violando así mismo la institucionalidad de la República.”²⁸⁶ El gobierno mexicano argumentó que la participación en proyectos de educación constituye un involucramiento ilegal en los asuntos de la política nacional. Argumento endeble y sin sustento en atención a lo que hemos venido expresando sobre el tema. Desde luego que involucrarse en tareas como las que desempeñaba Peter Brown no tienen nada que ver con asuntos políticos nacionales.

Estamos convencidos de que la expulsión es una medida enérgica y drástica para los extranjeros. Como he planteado en este trabajo, debe existir un motivo que justifique la medida y que un juez revise el procedimiento administrativo que determinó la expulsión. Arellano García dijo: “Se estima que una actuación arbitraria que culmine con la expulsión afecta la legalidad a que deben estar sujetos los actos de autoridad conforme a la legislación interna de los Estados.”²⁸⁷ Por lo tanto, como venimos diciendo, debe existir un proceso legal que revise y que determine si la expulsión que sufre un extranjero es apegado a las reglas constitucionales y sobre todo a las internacionales.

Incluso, Ignacio Burgoa señaló:

Es obligación del Presidente la de motivar legalmente cada caso concreto el ejercicio de la facultad expulsora con lo que inviste el artículo 33 Constitucional en acatamiento a la garantía de legalidad instituida en el

²⁸⁶ Oficio de expulsión en contra de Peter Brown. julio 25, 1998, firmado por el Director General de Gobierno, Sergio Orozco Aceves. Considerado VI, p.2. La Jornada; domingo, julio 26, 1998.

²⁸⁷ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Porrúa, México, 1980, p. 446.

artículo 16 Constitucional y la procedencia del Juicio de Amparo contra el Decreto Presidencial de Expulsión.²⁸⁸

Es imprescindible que el extranjero tenga el derecho a defenderse de las imputaciones que se le hagan y que tenga un proceso justo en el que se demuestre su inocencia o culpabilidad.

El siguiente criterio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 1948, es también ilustrativo a este respecto:

EXTRANJEROS, SU EXPULSIÓN DEBE SER JUSTIFICADA

El artículo primero de la Constitución Federal establece la protección de ésta para todo individuo; esto es: para mexicanos y extranjeros sin distinción de ninguna naturaleza. Igualmente previene que las garantías que otorga, no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma Constitución señala. Los artículos 103, fracción I y 107, que establecen el juicio de amparo, no hacen distinción alguna sobre los individuos o personas a quienes alcanza esa protección. Por tanto, si el artículo 33 de la propia Carta Fundamental faculta al Ejecutivo de la Unión para hacer abandonar el territorio nacional inmediatamente y sin necesidad de previo juicio a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. No inhibe a dicho alto funcionario de la obligación que tiene, como toda autoridad, de fundar y motivar la causa legal de su procedimiento, por la

²⁸⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 9ª ed., Porrúa, México, 1994, p. 137.

causa que implica una molestia con la deportación, ya que esa garantía esta establecida en el artículo 16 de la propia Constitución. En consecuencia, sus actos no pueden ser arbitrarios, sino que deben estar sujetos a las normas que la misma Carta Fundamental y las Leyes establecen. Siendo así, procede el juicio de garantías contra sus determinaciones, conforme al artículo 103 fracción I y 107 expresados, para lo cual debe seguirse el procedimiento establecido por la Ley Reglamentaria respectiva.²⁸⁹

Sobre lo mismo, incluyo la siguiente tesis:

EXTRANJEROS, EXPULSION DE.

Aun cuando el artículo 33 de la Constitución otorga al Ejecutivo facultad para hacer abandonar el territorio nacional a los extranjeros cuya permanencia juzgue inconveniente, esto no significa que los propios extranjeros deben ser privados del derecho que tienen para disfrutar de las garantías que otorga el capítulo 1o., título 1o., de la Constitución; por lo cual la orden de expulsión debe ser fundada, motivada y despachada dentro de las normas y conductos legales.

Registro No. 319115

Localización:

Quinta Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

²⁸⁹ Fallo de la Suprema Corte en el caso de Diederichsen Trier Walter: 24 de enero de 1948. Quinta Época. Instancia: Segunda Sala. Puede leerse en el Seminario Judicial de la Federación, Volúmen XCV. P. 720.

CX

Página: 113

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional.

El Poder Ejecutivo debe justificar su decisión en hechos que expliquen una causa justa para la expulsión. Específicamente debe explicar por qué el extranjero es detenido y el motivo por el que será expulsado. Posteriormente, un juez revisará la justificación que plantea el Ejecutivo para expulsar a extranjeros. El sistema legal mexicano incluye procedimientos para castigar a los no nacionales que causan daño y lastiman a la sociedad. Estas sanciones se distribuyen en numerosas leyes y reglamentos, en códigos administrativos, civiles, comerciales y penales. Por lo tanto, a mi parecer, ni siquiera la intervención de un extranjero en asuntos políticos debería tener como pena la expulsión.

Hay, por supuesto, muchos otros castigos contra los extranjeros que no obedezcan las leyes mexicanas. El doctor Burgoa explica –equivocadamente– que, si un extranjero ejercita el derecho de petición a una autoridad en cuestiones políticas, tal petición, “debe ser desatendida, sin esperar que a su instancia recaiga un acuerdo escrito”²⁹⁰. Desafortunada postura de Burgoa, ¿qué pasaría si el extranjero fuera un personaje político o incluso un funcionario de país extranjero? ¿se le expulsaría? Sobre la base de este argumento, la aplicación del artículo 33 parecería más aplicable a los representantes del Fondo Monetario Internacional, quienes tienen una fuerte influencia

²⁹⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, op. Cit., p. 279.

sobre las políticas económicas de México y no las actividades humanitarias que desempeñan los observadores internacionales de derechos fundamentales en México. La presidencia entonces está obligada a actuar con estricto apego a la ley. Por todo lo expresado, insisto en que el extranjero debe tener la oportunidad de que un órgano jurisdiccional revise el procedimiento administrativo de expulsión, es más, el juicio de amparo debe proceder siempre que un extranjero sea expulsado aplicándole el artículo 33 constitucional. A continuación, insertamos la siguiente resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia.

AMPARO EN REVISIÓN

NO. 8000/46

QUEJOSO: WALTER DIEDERICHSEN TRIER

México, Distrito Federal. Acuerdo del día veintiocho de enero de mil novecientos cuarenta y ocho.

Visto para resolver en revisión el presente juicio de amparo y,

RESULTANDO:

PRIMERO.- Que ante el C. Juez Segundo de Distrito en materia Penal en el Distrito Federal, ocurrió Walter Diederichsen Trier, por quien promovieron sus hijos, demandando el amparo de la Justicia de la Unión contra actos de los C.C. Presidente de la República, Jefe de Agentes de la Secretaría de Gobernación, Jefe del Departamento de Investigaciones Políticas y Sociales de la Secretaría de Gobernación, Secretario de Gobernación y Jefe de Inspección de la

propia Secretaría, por violación de los artículos 1º, 15 y 16 constitucionales, consistentes en la orden de expulsión dictada por la primera de dichas autoridades, aplicando el artículo 33 constitucional y en la orden de aprehensión dictada en su contra por tal motivo.

SEGUNDO.- El Juez de Distrito expresado admitió la demanda por auto de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y seis y mandó pedir informes; pero tan pronto obtuvo el previo que le fue rendido por la Secretaría de Gobernación dictó en la misma fecha, (doce de agosto) y fuera de audiencia, un auto por el que sobreseyó en el juicio de garantías, ordenando además quedaran sin efecto las medidas dictadas en el incidente de suspensión.

No conforme el quejoso, interpuso el recurso de revisión, que fue admitido por auto de la Presidencia de esta Corte; el Ministerio Público Federal pidió se confirme la resolución que se revisa; y,

CONSIDERANDO:

I.- Los agravios expresados en el escrito de revisión se hacen consistir: en la indebida aplicación de los artículos 1º fracción I, 73 fracción XVIII de la Ley de Amparo, porque la facultad que concede el artículo 33 constitucional, al C. Presidente de la República, no puede estimarse sino que hace excepción a la garantía de audiencia establecida en el artículo 14 constitucional, más no que los actos del Ejecutivo sean inatacables y por tanto que sea improcedente contra ellos el juicio de amparo, única limitación que tiene el poder público,

pues de lo contrario se le constituiría teóricamente en un estado tiránico, con violación del artículo 103 constitucional; en que la prueba de la constitucionalidad de los actos del Ejecutivo es materia de un fallo constitucional conforme el artículo 155 de la ley de amparo y no de un auto de sobreseimiento, por lo que no fue acatada esa disposición legal; en que aplicó inexactamente la fracción III del artículo 74 de la ley de amparo, toda vez que el sobreseimiento importa la constatación de una causa de improcedencia que no existe y no la constitucionalidad de los actos reclamados; en la violación del artículo 77 de la Ley de amparo, porque no se dio forma de sentencia al auto de sobreseimiento, que no pudo aplicarse sino en los casos de las fracciones I y II del artículo 74 de la misma Ley, por lo que carece de fundamento legal; en que no se trata de un caso de improcedencia manifiesta; en que se sobreseyó con violación de diversas disposiciones de la Ley de Amparo y de la jurisprudencia de esta Corte señalada en la tesis número 926 del Apéndice al Tomo LXXVI del Semanario Judicial de la Federación y en que levantó la suspensión provisional que le había concedido, con violación de los artículos 130 y 131 de la Ley antes invocada.

II.- Son fundados los anteriores agravios, por los siguientes conceptos: el artículo 1° de la Constitución Federal, establece la protección de ésta para todo individuo, esto es, para mexicanos y extranjeros, sin distinción de ninguna naturaleza. Igualmente previene que las garantías que otorga no podrán restringirse ni

suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma Constitución señala. Los artículos 103 fracción I y 107, que establecen el juicio de amparo, no hacen distinción alguna sobre los individuos o personas a quienes alcanza esa protección. Por tanto, si el artículo 33 de la propia Carta Fundamental faculta al Ejecutivo de la Unión, en forma exclusiva, para hacer abandonar el Territorio Nacional inmediatamente y sin necesidad de previo juicio, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente, no inhibe a dicho alto funcionario de la obligación que tiene, como toda autoridad en el País, de fundar y motivar la causa legal de su procedimiento, por la molestia que causa con la expulsión, ya que esa garantía está establecida por el artículo 16 de la propia Constitución. En consecuencia, sus actos no pueden ser arbitrarios, sino que deben estar sujetos a las normas que la misma Carta Fundamental y las leyes establecen.

Siendo así, procede el juicio de garantías contra sus determinaciones, conforme el artículo 103 fracción I expresado para lo cual debe seguirse el procedimiento establecido por la Ley Reglamentaria respectiva. En tal virtud, no debió el Juez de Distrito, después de haber dado entrada a la demanda y ordenado la suspensión del procedimiento, revocar en la misma fecha su auto inicial, sin motivo ni fundamento alguno, ya que a eso equivale el sobreseimiento contenido en el auto que se impugna, pues por los motivos expresados, no se está en el caso de improcedencia en que

fundó su resolución, ni en otro alguno y menos para hacerlo fuera de audiencia. Todo ello amerita revocar la resolución que se revisa, para el efecto de que el Juez de Distrito expresado continúe el procedimiento en el juicio de garantías y falle éste, en la audiencia constitucional, como sea procedente conforme a derecho.

Por lo expuesto y con fundamento en los preceptos legales invocados, especialmente en los artículos 103 fracción I y 107 fracciones I y IX de la Constitución General de la República y 1º, fracción I, 83 fracción IV, 93 y demás relativos de la Ley Reglamentaria del Amparo, se resuelve:

PRIMERO.- Para el efecto señalado en el considerando que antecede, se revoca el auto recurrido, dictado por el C. Juez Segundo de Distrito del Distrito Federal en Materia Penal, el doce de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, por el que se sobreseyó en el juicio de garantías promovido por Walter Diederichsen Trier.

SEGUNDO.- Notifíquese al Ministerio Público y por conducto del Juez de Distrito respectivo, a las demás partes que ante él intervinieron en el asunto, a cuyo efecto se libraré despacho con inserción de lo conducente, que debidamente diligenciado, devolveré a esta Suprema Corte de Justicia; expídase el correspondiente testimonio y, con los autos del amparo, remítase al inferior; publíquese en su oportunidad, archívese el toca.

Así, por unanimidad de cinco votos lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Firman los CC. Presidente y Ministros que integran la Sala, con el Secretario de la misma que da fe. (Rúbrica y firmas)

Como se ve, en los considerandos de este Amparo en Revisión, se confirman nuestras apreciaciones sobre la facultad del Poder Ejecutivo y el derecho de los extranjeros respecto con el Juicio de Amparo por violación al artículo 16 constitucional relacionado al 33 del mismo ordenamiento, lo que representa un importante fundamento para sustentar el presente trabajo de investigación. Por ende, queda claro que el poder otorgado por el artículo 33 al Ejecutivo es excepcional. La lógica Constitucional es clara: La suspensión de las Garantías Individuales es aceptable únicamente en casos que impliquen un estado de emergencia para el país.²⁹¹

Entonces, el Ejecutivo tiene la obligación de presentar argumentos razonables y fundados para aplicar el artículo 33 constitucional. Tales argumentos deben demostrar que peligra la seguridad nacional. El objetivo de los Constituyentes al redactar el

²⁹¹ Vale la pena mencionar que el Derecho Internacional restringe esta posibilidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decretado que aún en Estado de Sitio, no se permite la suspensión del derecho al habeas-corpus (o más técnicamente: el derecho de la protección constitucional de los Derechos Humanos por el sistema judicial nacional). Por lo tanto el Estado mexicano podría restringir todas las garantías, pero nunca el derecho de Amparo. Cualquier decisión en este renglón será considerada nula por el Sistema Internacional de Leyes Humanitarias. Sobre el artículo 135, los estudiosos analizan dos temas relacionados: a) el problema de un golpe de Estado y b) el derecho de los ciudadanos de rebelarse contra un gobierno que viola los Derechos Humanos. En ambos casos, el argumento aquí expuesto es válido: estamos ante una suspensión de la observancia de la Constitución, sea causada por sedición o por la tiranía de un gobierno. En ambos casos, el artículo 135 ordena un juicio contra los culpables. Lo que no está claro es cómo debe conducirse dicho juicio. Hay dos posiciones. Algunos argumentan que los tribunales y las leyes aplicables deben ser aquellas establecidas y puestas en vigor bajo el régimen constitucional previo. Otros sostienen que de acuerdo a la experiencia histórica, los tribunales y leyes usados para juzgar la facción inconstitucional serían formados y puestos en vigor por la facción que logre conquistar el poder luego de la lucha. En este último caso, el artículo 135 prevendría, de hecho, una gran excepción a la garantía de debido proceso.

artículo 33, fue otorgar al presidente de la República las herramientas necesarias para resistir amenazas graves a la seguridad nacional. Hoy, es inaceptable la existencia de un artículo desfasado, arcaico, ambiguo y arbitrario.

XIV. Los extranjeros y el debido proceso

(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables a todos los miembros de la familia humana.²⁹²

Debido a circunstancias complejas, profundas y universales la humanidad busca incansablemente consensos, acuerdos que protejan interna e internacional a determinados sectores de la sociedad que se hallan en situaciones más vulnerables que otros, como los extranjeros. Todo proceso constituye un mecanismo apto para asegurar la solución justa en una controversia. El derecho de audiencia es un elemento importante y constituye un derecho fundamental cuando se trata de personas que detienen sin razón alguna y que pueden ser objeto de una pena o acto aberrante, como lo es la expulsión.

El gobierno mexicano –en evidente contradicción e incongruencia– solicitó por medio de una opinión consultiva que la Corte se pronunciara sobre las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente

²⁹² Preámbulo de la Declaración Universal.

a mexicanos. A estos connacionales, el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica no les informó su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares.²⁹³

En la consulta, México afirmó que “la asistencia consular oportuna puede ser determinante en el resultado de cualquier proceso, porque garantiza, entre otras cosas, que el extranjero adquiera información sobre sus derechos constitucionales en su idioma y en forma accesible, que reciba asistencia legal adecuada y que conozca las consecuencias legales de la falta que se le imputa y los agentes consulares pueden coadyuvar en la preparación, coordinación y supervisión de la defensa, desarrollar el papel determinante en la obtención de pruebas atenuantes que se encuentran en el territorio del Estado del cual es nacional el acusado y contribuir a hacer más humanas las condiciones del acusado y de sus familiares, equilibrando de esta manera la situación de desventaja real en que éstos se encuentran.”²⁹⁴

Los tribunales internos y en general, todos los operadores del derecho deben tener en cuenta los avances en el derecho internacional de los derechos humanos en atención de los extranjeros. En el marco del debido proceso legal el tratamiento a los extranjeros ha sido objeto de mi interés desde hace varios años, sobre todo cuando éstos desempeñan actividades humanitarias, cuando los extranjeros llevan a cabo una

²⁹³ Corte I.D.H., OC-16/99. (1° de octubre de 1999), Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*.

²⁹⁴ *Ídem*.

actividad tan sensible como la de observar si el Estado mexicano respeta los derechos fundamentales de su sociedad.

En este sentido, la sentencia emitida por la Primera Sala, del Tribunal Constitucional Alemán (18 de julio de 1973) sobre la expulsión de extranjeros determinó que:

-1 BvR 23, 155/73-

Los recursos de amparo, que se encuentran para decisión conjunta, se relacionan con la protección del derecho fundamental de los extranjeros en el caso de la ejecución inmediata de una orden de expulsión y su examen en procesos con base en el 80, párrafo 3 VwGO.

Los recurrentes son estudiantes árabes; su expulsión se encuentra en el contexto de las medidas administrativas en contra de las organizaciones árabes y palestinas, que se produjeron por el atentado cometido por terroristas palestinos en contra del equipo olímpico israelí el 4/5 de septiembre en Múnich.

Los recursos de amparo se encuentran fundados.

Las sentencias impugnadas violan los derechos fundamentales de los recurrentes consagrados en el Art. 2, párrafo 1 en concordancia con el principio del Estado de Derecho y el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental, en el caso del recurrente 2), también su derecho fundamental contemplado en el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

I. El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, previsto en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, como derecho humano de carácter general, se le ha atribuido también a los extranjeros en la República Federal Alemana. La delimitación del derecho fundamental a la libertad de fijar domicilio y residencia sólo a los alemanes, y al territorio federal (Art. 11 de la Ley Fundamental) no excluye la aplicación del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental también a la permanencia de personas extranjeras en la República Federal Alemana (véase BverfGE 6, 32 [36]). La protección que se deriva de allí, sin embargo, se garantiza sólo mediante el marco del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, y en especial, sólo con las restricciones del orden constitucional; (...) El legislador por consiguiente, es competente para reglamentar la permanencia y la expulsión de extranjeros.

II.

1. En el caso de reglamentaciones de este tipo, el legislador debe, por supuesto, tener en cuenta el principio del Estado de Derecho (...). Ese principio exige que para poder gravar a un particular con una intervención soberana, debe existir un fundamento legal suficientemente claro y éste debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad. Si todas las disposiciones de la Ley de Extranjería satisfacen estos requisitos, no se tiene que decidir aquí. Las disposiciones en las cuales se apoyan las órdenes de expulsión impugnadas y las resoluciones para su ejecución inmediata, no se objetan desde este punto de vista. Esto se aplica, contrariamente a la opinión del recurrente, también 10, párrafo 1, frase 1 Aus1G. Como lo ha expresado el gobierno federal, se debe examinar suficientemente el contenido y la finalidad

de esa disposición, y en especial la interpretación del indeterminado concepto jurídico del “considerable interés de la República Federal Alemana”, respecto de la enumeración de los motivos que sirven de fundamento a la expulsión y que se encuentran contenidos en el 10, párrafo 1 Aus1G [...].

2. Dado que los presupuestos de hecho de los numerales individuales 10, núm. 1 Aus1G no prescriben obligatoriamente la expulsión, sino que esta decisión debe provenir del análisis que hacen las autoridades administrativas, las disposiciones legales que deben aplicar las autoridades, como lo subraya el gobierno federal, dejan suficiente espacio para tener en cuenta la aplicación en los casos en particular del principio de proporcionalidad, el que se encuentra influido de manera especial por el principio del Estado de Derecho.²⁹⁵ De acuerdo con este principio, dotado de rango constitucional (...) las intervenciones en la esfera de la libertad son admisibles sólo cuando, y en la medida que, sean indispensables para la protección de los intereses públicos; los medios elegidos deben estar relacionados, en forma razonable, con los resultados que se esperan. Por consiguiente, para la aplicación de los supuestos de hecho contemplados en el 10, párrafo 1 Aus1G, se tiene que ponderar el interés público, protegido en las respectivas disposiciones, frente a los intereses privados de los respectivos extranjeros, esto es, por ejemplo, frente a las consecuencias de la expulsión para su existencia económica, profesional y personal, especialmente para la esposa que no puede o no

²⁹⁵ Las negritas son nuestras.

quiere seguir a su cónyuge al extranjero, así como para otro tipo de vínculos sociales.²⁹⁶

III. La exigencia general, que origina en el principio del Estado de Derecho, de una protección jurídica adecuada frente a las violaciones del derecho por parte del poder público, se cumple con base en la norma constitucional positiva consagrada en el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental. Ésta se aplica de manera plena también a los extranjeros.

1. La protección jurisdiccional, garantizada aquí en forma amplia y efectiva (...) se torna ilusoria cuando las autoridades administrativas ejecutan medidas irreparables, cuya legalidad la tienen que examinar los tribunales. El efecto suspensivo del recurso y la demanda ante el tribunal administrativo, previsto en el 80, párrafo 1 VwGO, es una expresión adecuada de las garantías de la protección jurídica constitucional y “un principio fundamental del proceso legal público.” (...). Los intereses públicos prevalentes pueden justificar el que no se garantice la pretensión del derechohabiente a una protección jurídica, para aplicar medidas no susceptibles de ser suspendidas, en interés del bienestar general. Éstas, sin embargo, deben ser la excepción. Una práctica administrativa que invierta la relación regla-excepción, por ejemplo, en la que se declare que los actos administrativos de carácter general se ejecuten de inmediato, así como la sentencia que apruebe una práctica de este tipo, serían incompatibles con la Constitución.

²⁹⁶ El subrayado es nuestro.

Para la ejecución inmediata de un acto administrativo se requiere por tanto de un interés público especial, que vaya más allá de todo interés, que el acto administrativo mismo justifica. En realidad no se puede determinar en forma general, sino particular, cuando la pretensión del particular a una protección jurídica debe retroceder en forma excepcional frente al interés público, y cuándo el Ejecutivo se encuentra impedido por virtud del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental, para adelantarse al examen jurisdiccional de sus medidas. De la finalidad de la garantía de la protección jurídica y del principio constitucional de la proporcionalidad se origina, por lo menos, el que la pretensión del ciudadano a la protección jurídica sea tan fuerte y tan relevante, como importante sea la carga a la que se le somete, y entre más definitivos sean los efectos de las medidas de la administración.

2. La motivación de las sentencias impugnadas no dejan ver que los tribunales administrativos hayan cumplido con su deber en la extensión expresada [...].

[...] en lo que respecta a la garantía constitucional de la protección jurídica, el requisito del interés público para la ejecución inmediata, no puede ser menos estricto que los requisitos que sirven de fundamento a la decisión de expulsión misma; más aún, para la ejecución inmediata se requiere de un interés público.

Debe existir sospecha fundada de que el peligro, que parte del extranjero y que se pretende contrarrestar con la expulsión, se puede realizar en el tiempo que transcurre hasta obtener una decisión judicial

sobre la legalidad de la orden de expulsión; la sospecha general de un menoscabo considerable de los intereses de la República Federal no son suficientes para la expulsión.²⁹⁷

3. las decisiones impugnadas no se pueden sustraer tampoco del hecho de que los perjuicios graves e irreparables que se dan para los extranjeros con la ejecución inmediata de la orden de expulsión, en casos como el actual, lo perjudican en la defensa de sus derechos y, de manera especial, lo limitan en la posibilidad de proteger en el proceso principal sus derechos procesales en la audiencia pública ante el tribunal administrativo. (...).²⁹⁸

XV. Jurisprudencia en México

Los criterios sostenidos por el Poder Judicial de la Federación en torno al artículo 33 constitucional no han seguido una línea recta, al contrario, al transcurrir los años se han modificado tomando en cuenta las características de cada caso, aunque, podemos notar una evolución positiva en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de los extranjeros.

En principio, existe una polémica sobre si es procedente el juicio de amparo²⁹⁹. Incluso en 1918 ya se discutía esto, como vemos en el siguiente párrafo:

²⁹⁷ Las negritas son nuestras.

²⁹⁸ HUBER, Rudolf, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, trad. Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, pp. 455-459.

²⁹⁹ Véase SAUCEDO HERNÁNDEZ, Orlando, “La expulsión de extranjeros, consideraciones respecto a la reforma del artículo 33 constitucional”, tesis de Maestría, México, Universidad Iberoamericana, Puebla, 2000, p. 126.

Artículo 33 constitucional. Sus disposiciones se referirán sólo a los extranjeros, y contra la expulsión decretada con apoyo en ese precepto, no cabe el recurso de amparo.³⁰⁰

En el mismo sentido está la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del año de 1924 y que a continuación se transcribe:

Artículo 33 constitucional. Conforme a este precepto, basta que el presidente de la República lo juzgue necesario para que proceda la expulsión del territorio de cualquier extranjero que no convenga, y la aplicación de tal precepto no importa la violación del artículo 16 de la Constitución.³⁰¹

Afortunadamente este criterio tan estrecho se modificó en 1948 cuando la SCJN determinó que sí procede el amparo por violación del artículo 16 de la Constitución. El máximo tribunal del país dictó una sentencia que constituye una ejecutoria en la que se concluyó que el artículo 33 no consagra una potestad irrestricta del Ejecutivo, sino sólo una facultad “discrecional” que debe de ejercer respetando la garantía de “motivación legal” establecida en el artículo 16 constitucional.³⁰²

EXTRANJEROS, EXPULSIÓN DE. Aun cuando el artículo 33 de la Constitución otorga al Ejecutivo facultad para hacer abandonar el territorio nacional a los extranjeros cuya permanencia juzgue inconveniente, esto

³⁰⁰ Amparo administrativo en revisión, Bolaños Cacho y Mejía Emilio, 6 de febrero de 1918. mayoría de 6 votos.

³⁰¹ *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, tesis aislada, instancia del pleno, t. XV, núm. de control 284, 500, p. 890.

³⁰² Soriano, Lillie, 16 de enero de 1924. ocho votos. *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XCV, pp. 720-725.

significa que los propios extranjeros deben ser privados del derecho que tienen para disfrutar de las garantías que otorga el Capítulo I, Título I, de la Constitución; por lo cual la orden de expulsión debe ser fundada, motivada y despachada dentro de las normas y conductas legales.³⁰³

En el mismo sentido y con mayor progresividad, en 1995 se dictó otra tesis aislada:

EXTRANJEROS, SOLICITUD DE AMPARO POR. LEGITIMACIÓN. El artículo 1 de la Constitución Federal no distingue entre nacionales y extranjeros al disponer que: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”; el dispositivo 33 de la ley fundamental ordena que los extranjeros “Tienen derechos a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución...” dentro de las cuales se encuentra la contenida en el ordinal 17, segundo párrafo, de la misma carta magna, que en lo conducente dice: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.” De todo lo cual se sigue que los extranjeros disfrutan de legitimación para acudir al juicio de amparo, sin que les sea aplicable el artículo 67 de la Ley General de Población, a efecto de que previamente comprueben su legal estancia en el país y que su condición y calidad

³⁰³ Amparo administrativo en revisión 8577/50. Velasco Tovar, 3 de octubre de 1951. Unanimidad de cinco votos. *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, tesis aislada, instancia segunda sala, t. CX, núm. de registro 319, 115, p. 113.

migratoria les permiten promoverlo o, en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación para ese fin.³⁰⁴

Está claro que el artículo 1° de la Constitución federal reconoce y otorga todos los derechos fundamentales a los extranjeros. Por lo tanto, como vimos, el no nacional sujeto a expulsión tiene el derecho de solicitar al Poder Judicial de la Federación la protección de la justicia federal y que sea este Poder de la Unión quien revise si el Ejecutivo ejecutó la expulsión atendiendo los principios constitucionales y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

³⁰⁴ Amparo directo 5629/95. Luis González y otros. 7 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Rafael Olivera Toro y Alonso, secretario: Ricardo Castillo Muñoz. *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tesis aislada, instancia: Tribunal Colegiado de Circuito, t. II, núm. de registro 204, 785, p. 234.

Capítulo cuarto

Artículo 33 constitucional. Análisis de su reforma.

I. Introducción

Hace algunos meses fue turnada a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos la Minuta Proyecto de Decreto para modificar la denominación del Capítulo I y también para modificar diversos artículos de la Constitución federal en materia de derechos humanos. Proyecto que finalmente se aprobó y que pronto se publicará en el Diario Oficial de la Federación. De esta reforma, lo que más me interesa es la modificación al artículo 33. El Constituyente estableció que los extranjeros gozarán de todos los derechos que señala la Carta fundamental, otorgándoles una audiencia antes de que el Ejecutivo de la Unión ejerza la facultad para expulsarlos. Asimismo, señala que la ley regulará el procedimiento administrativo así como el lugar y el tiempo que deba durar la detención. Se dispone además, que la resolución de este procedimiento será definitiva e inatacable. Situación que da pie a un análisis riguroso de la reforma, que a mi parecer se quedó corta. No es posible que se le niegue al extranjero sujeto a expulsión el derecho fundamental a recurrir la resolución que permite su expulsión. Es arcaica esta postura. El Constituyente dejó pasar la oportunidad histórica para que el 33 señalara el derecho a recurrir la resolución de expulsión por parte del extranjero. El extranjero sujeto a un procedimiento administrativo de expulsión debe tener el derecho fundamental a que un órgano jurisdiccional revise ese procedimiento. Sólo así el Estado mexicano cumpliría con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. El artículo 33 constitucional debe indicar que el extranjero tiene el derecho fundamental a que un juez

revise el procedimiento administrativo de expulsión y garantizar el derecho al debido proceso. Con ello evitaríamos los penosos acontecimientos que se dieron en el municipio de Atenco en mayo de 2006, en los que, como escuetamente expresamos en el capítulo anterior, Valentina Palma, estudiante de origen chilena se vió involucrada. Valentina fue detenida sin razón, fue privada de su libertad, sufrió todo tipo de vejaciones, y fue expulsada sin ningún motivo, ella relata estando en Chile su experiencia:

(...) sigo llorando y un policía se acerca y me dice: <ya no estés así, no conviene esa actitud, si te sirve de consuelo, déjame decirte que no estás deportada, que sólo has sido expulsada del país, pero puedes volver a entrar en cualquier momento>. Ilusamente sus palabras me calman. Nos llevan a un bar a fumarnos unos cigarrillos porque todas estamos muy alteradas. El vuelo de Lan Chile de aproximadamente las once de la noche es anunciado, a mí y a Mario nos llaman, nos despedimos de María y Cristina con un apretado abrazo. Nos formamos en la fila y entramos al avión. Dentro del avión uno de los pasajeros se acerca a mí y me entrega unas cartas que han mandado mis amigos que estaban afuera haciendo todo lo posible para detener esta injusta expulsión. Caen mis lágrimas de no saberme sola, la custodia que va a mi lado, me dice que qué me pasa, le cuento mi caso; le digo que llevo viviendo en México 11 años, que mi vida está en ese país, que nunca se me dijo que estaba pasando, que todo el procedimiento ha sido ilegal, que he sido golpeada y vejada por la policía.

Me dice que a ella le avisaron 30 minutos antes de subirse al avión que viajaría a Chile, que a ella no le dijeron nada, pero que si notaba que algo

raro hubo en el procedimiento. (...) Bajamos del avión, nos entregan a la policía internacional, donde nos toman declaración del porque de nuestra expulsión. (...) Nos vamos al hospital a constatar lesiones y rápidamente armamos una conferencia de prensa con televisión y radio, en donde denunciamos la ilegalidad de nuestra expulsión y la brutalidad policial de la que fuimos objeto.³⁰⁵

En todo Estado constitucional se pretende que el ordenamiento jurídico esté orientado a la garantía y protección efectiva de los derechos e intereses de los individuos. Esto implica que cada una de las funciones estatales se hagan siempre con apego a la ley. El Estado no puede ejecutar actos que no estén previstos en los ordenamientos, si lo hace, incurre en actos arbitrarios como el caso de la estudiante chilena expuesto. El Estado siempre tiene que fomentar y garantizar los derechos fundamentales de su comunidad.

Cualquier Estado democrático de derecho debe respetar, fomentar y garantizar la supremacía constitucional y el sometimiento a derecho de todos los poderes públicos. Para eso existe el Poder Judicial, este poder es el encargado de verificar si cualquier autoridad en su actuar diario respeta y observa lo que las leyes establecen. El Poder Judicial debe revisar que todos los actos de autoridad se lleven a cabo con toda legalidad.

³⁰⁵ Mujeres en red, *Torturadas. Relato de valentina Palma, Atenco (México)*. Consultable en: <http://www.mujiereenred.net/spip.php?article575> Fecha de consulta 25 de mayo de 2010.

Los integrantes del Poder Judicial son los encargados de realizar esa función de garantía, garantía que además debe ser efectiva, efectividad que sólo se logra con la independencia de la función jurisdiccional. La garantía se expresa entonces de dos maneras: corrigiendo los márgenes de desviación e ilegitimidad y solucionando cada conflicto que se presente entre derechos o intereses. Esta última, implica, citando a Zagrebelsky que: “Los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado Constitucional, es decir los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia.”³⁰⁶ Esa manera de resolver los conflictos que se ponen a su consideración se convierte en un mecanismo de autorregulación estatal, toda vez que dentro de los fines del Estado se encuentra el asegurar la convivencia pacífica. Para Ángela Figueruelo: “El libre acceso a los tribunales de justicia se considera en todos los pueblos civilizados como un derecho fundamental basado en la idea de que un Estado de derecho la petición de justicia es un derecho inalienable del individuo que a nadie puede ser negado como medio necesario para obtener el amparo de la jurisdicción.”³⁰⁷

Los tratadistas que se han ocupado del tema, han señalado diferentes elementos constitutivos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Empero para efectos de esta investigación me centraré en uno, me centraré en el derecho fundamental que tienen los extranjeros para que un órgano jurisdiccional revise la resolución administrativa que autoriza su expulsión, toda vez que toda resolución incluso las

³⁰⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, justicia*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1999, p. 153.

³⁰⁷ FIGUERUELO B., Ángela, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 28.

administrativas, pueden y deben ser revisadas. A nivel internacional este derecho lo plasma la Convención (artículo 8 literal h, enuncia el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior). Este derecho es el mecanismo que tienen los sistemas jurídicos para garantizar la legalidad de los actos de toda autoridad, permitiendo que una instancia diferente a quien tomó la decisión, revise dichas conclusiones enmendando los posibles errores u omisiones en los que pudo incurrir la autoridad inicial ejerciendo así, un control de legalidad sobre la decisión proferida. Por ello en párrafos siguientes expondré la necesidad de que el artículo 33 constitucional defina claramente el derecho que tiene un extranjero de que el procedimiento administrativo de expulsión sea revisado por un juez.

II. Reforma al artículo 33 constitucional

A lo largo de la historia, los derechos fundamentales han evolucionado hacia un estadio progresista, por ello, he venido cuestionando la existencia de una facultad tan amplia y tan ambigua como la que le otorga el artículo 33 al Ejecutivo de la Unión. El modelo de expulsión de extranjeros adoptado por México responde a un momento histórico determinado. Momento en el que México se veía amenazado constantemente por potencias extranjeras, está claro que hoy los tiempos no son iguales, ya es arcaico mantener esta idea. Las amplias facultades otorgadas por la Constitución al Presidente de la República, han dado motivo a muchas injusticias. El artículo 33 se ha aplicado de manera intimidatoria y arbitraria a muchos activistas de derechos humanos. A decir de Sergio Aguayo:

El Estado se equivoca. El movimiento de los derechos humanos no es su adversario. Acepto que es tan incómodo como una nube de mosquitos jején pero, a diferencia de los piquetes de las aladas bestezuelas, las y los defensores prestan un servicio invaluable al recordar que existe, en el papel al menos, un Estado de derecho. Las autoridades se irritan por su hábito de buscar los errores y los excesos de los gobernantes para denunciarlos ante los medios de comunicación de México y el extranjero que, ¡oh sorpresa!, ¡les hacen caso! Ésa es su función.³⁰⁸

Como hemos visto en los capítulos anteriores, desde 1917 el artículo 33 constitucional permaneció intocable. El artículo mantenía –desde mi perspectiva– una facultad a todas luces arbitraria. El Ejecutivo federal expulsaba a diestra y siniestra a todo extranjero que él y sólo él, consideraba inconveniente para la Nación. Afortunadamente esta facultad se acotó. Sin embargo, desde mi punto de vista, la reforma al 33 se quedó corta. El Constituyente dejó pasar una enorme oportunidad para que este precepto constitucional estuviera acorde con las exigencias internacionales en materia de derechos humanos. Pero bueno, es un paso. La aspiración de muchos es que este artículo evolucione de manera que se respeten integralmente todos los derechos fundamentales de los no nacionales que por alguna u otra razón se encuentran legalmente en nuestro territorio. Es evidente que la reforma pretendió restringir la facultad conferida al Presidente de la República y al mismo tiempo mantener la posibilidad de que sólo él, previo procedimiento administrativo expulse a cualquier extranjero.

³⁰⁸ *Reforma*, miércoles 24 de febrero de 2010.

El nuevo texto del artículo 33 constitucional quedó de la siguiente manera:

Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.

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

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

Sin duda es un avance. Pero insisto falta mucho por hacer. Analicemos la reforma. En el primer párrafo se especifica que los extranjeros que estén legalmente en territorio mexicano gozarán de todas las garantías que establece la Carta fundamental. Aquí no hay nada que agregar, está muy clara la intención del Constituyente. Donde queda abierta la puerta para muchas interpretaciones es en el segundo párrafo, personalmente me surgen muchas dudas: ¿quién y cómo se girará la orden de detención? ¿cómo será la detención del extranjero? ¿quién llevará a cabo esa detención? ¿cuál será el contenido de la Ley Reglamentaria? ¿será progresista y garantista o será una ley a modo para que el Ejecutivo siga expulsando a su consideración a cualquier extranjero? ¿por qué el Constituyente no estableció la posibilidad de que todo extranjero impugne y solicite al Poder Judicial de la Federación si el procedimiento administrativo fue conforme con la Constitución y con todos los

instrumentos internacionales en materia de derechos humanos? Como vemos, en la mesa hay muchos temas, en los párrafos siguientes nos daremos cuenta que la reforma al 33 no responde a las exigencias de la comunidad nacional e internacional, me parece que el artículo 33 todavía mantiene un alto grado de ambigüedad. Sobre todo porque el Constituyente mantuvo intacto el último párrafo. Ya en capítulos anteriores externé mi postura sobre el tema, en lo que si insistiré es que los extranjeros en nuestro país se encuentran lejos de la legalidad democrática, pues el régimen jurídico al que están sometidos por el artículo 33 constitucional hace engañoso cualquier derecho que al respecto quiera plantearse para evitar las arbitrariedades que se cometen, lo que no sólo produce efectos al interesado, sino que además puede tener consecuencias de alcance general.

Por ello resulta imprescindible dotar al artículo 33 del principio de seguridad jurídica que deben tener todos los individuos que se encuentran en nuestro territorio, incluyendo, obvio, a los extranjeros. Sólo así se garantizarán efectivamente todos los derechos y libertades de la comunidad extranjera. Como expuse en capítulos anteriores, a consecuencia del levantamiento zapatista en Chiapas (1994) la opinión pública a sido testigo de muchas violaciones a los derechos fundamentales de los habitantes de esta zona en conflicto. Muchos extranjeros han venido al sureste de nuestro país para hacer trabajos periodísticos o de observancia, empero, están a merced de la actuación, muchas veces arbitraria, de las autoridades mexicanas. En este escenario son constantes las violaciones a los derechos fundamentales que sufren estos activistas. Actualmente, el artículo 33 no especifica ningún control posterior a la decisión de

expulsar a extranjeros que tiene el Ejecutivo de la Unión, quien muchas veces vulnera los derechos fundamentales de los extranjeros.

La mejor manera para erradicar todo vestigio de arbitrariedad es que la determinación de expulsar a extranjeros sea revisada por un juez. Esto porque el procedimiento administrativo que señala el propio 33 no es claro. No se saben hoy las etapas de este procedimiento, es más, intuyo que el procedimiento será a modo para que el Presidente de la República siga expulsando extranjeros que según su criterio resultan incómodos para el Estado mexicano.

El principal problema que observo es la facultad discrecional y muchas veces arbitraria del Ejecutivo. La reforma tenía que preservar los derechos fundamentales del extranjero reconocidos no sólo en nuestro texto constitucional sino en los diversos convenios internacionales ratificados por el Estado mexicano. Por ello reitero mi preocupación y reitero la necesidad de contar con un artículo 33 que vaya acorde con la vanguardia en el respeto de los derechos y libertades de todo extranjero.

El legislador tendrá la obligación de instrumentar una Ley Reglamentaria que vaya más allá de aspectos netamente administrativos o policiacos, el legislador debe sentar las bases para que se trate al extranjero de manera digna y respetando todos sus derechos. Y decimos esto porque de la simple lectura del artículo 33 se desprende que el Ejecutivo sigue siendo juez y parte, situación que es inaceptable en cualquier Estado

democrático de derecho. La redacción del artículo en estudio omite señalar el derecho que tiene el extranjero para defenderse, el 33 no especifica que el extranjero puede solicitar vía el amparo, la protección de la justicia federal. Es verdad que la LGP y su reglamento regulan un proceso especial de verificación y vigilancia que concede al extranjero cierta garantía de audiencia, pero, esta audiencia no podemos considerarla como tal, ya que no se cumplen las formalidades ni los elementos necesarios para ello, toda vez que la Secretaría de Gobernación, facultada por la misma ley (artículos 2 fracciones VII y VIII y artículo 7 fracciones II, III y IV) es la encargada de llevar a cabo la audiencia, es decir, el Poder Ejecutivo, haciendo las veces, como ya externamos, de juez y parte. Por si fuera poco, todo este proceso es cumplimentado por el Reglamento de esta Ley, el cual faculta a la misma Secretaría para dictar las disposiciones administrativas que sean necesarias para la aplicación e interpretación de este Reglamento. En consecuencia, y a pesar de la reforma al 33, como menciona Carbonell “una norma puede ser válida y no eficaz y viceversa.”³⁰⁹ La nueva disposición que establece el 33 es válida pero desde mi visión no es eficaz ya que al momento de escribir este trabajo no existe Ley Reglamentaria del precepto constitucional en referencia que establezca cómo se llevará a cabo la detención del extranjero entre otros tópicos.

Por ello la necesidad de que un juez revise y determine si el procedimiento administrativo que resuelve expulsar a un extranjero se llevó a cabo respetando los principios constitucionales. Es más, el Pacto en su artículo 13 establece que:

³⁰⁹ CARBONELL, Miguel, *En busca de las normas ausentes*, op. cit., p. 37.

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

La reforma al artículo 33 no establece el derecho que tiene el extranjero para que un juez revise la resolución del procedimiento administrativo que autoriza la expulsión. Desde mi óptica, el artículo constitucional que analizamos debe especificar que el extranjero tiene derecho a que un juez revise su procedimiento en el entendido de que son los jueces los primeros defensores de la justicia.

No debemos olvidar que el Estado tiene la facultad de expulsar a un extranjero que se encuentre legalmente en nuestro país, en este tema no cabe mucha discusión, en lo que si se debe discutir es en cómo se ejecuta esa expulsión. La orden de expulsión debe responder al cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. La orden de expulsión debe justificarse. De acuerdo con el artículo 13 del Pacto el extranjero tiene el derecho de defenderse y en todo caso recurrir el acto de expulsión.

También el artículo 22 de la Convención señala:

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

El precepto anterior es claro, los Estados tienen el derecho de expulsar a cualquier extranjero, siempre y cuando la expulsión se ajuste a las leyes respectivas, así, se evitan actos arbitrarios. La facultad que tienen los Estados para expulsar extranjeros es inherente a su soberanía, para algunos Estados, es una medida administrativa y preventiva.

Sin embargo, también es cierto que esa facultad soberana tiene controles, no es una facultad que esté desprovista de límites. Por ejemplo, en el sistema jurídico francés se habla de un control mínimo de los errores manifiestos que la autoridad administrativa tiene dentro de sus poderes discrecionales, independientemente de que la decisión de la autoridad administrativa debe de ser motivada y circunstanciada, y la misma legislación establece en qué casos puede proceder esa facultad de la autoridad administrativa.

No hay duda de que existen extranjeros peligrosos, pero el derecho internacional en materia de extranjeros parte de un estándar mínimo de tratamiento.³¹⁰ Dentro de ese estándar está el de garantizarle el acceso a los procedimientos judiciales. Además las causas de expulsión deben ser claras. Incluso, considero que la reforma al artículo 33 omitió establecer la posibilidad de expulsar extranjeros cuando éstos pongan en riesgo la seguridad nacional. La expulsión en todo caso, debe proceder después de que el procedimiento administrativo de expulsión así lo determine, es más, la expulsión se debe ejecutar una vez que el órgano jurisdiccional competente determine que la expulsión es apegada a los principios constitucionales. Siempre será inaceptable la expulsión de extranjeros por cometer cualquier falta administrativa o por realizar actividades humanitarias. La facultad que tiene el Ejecutivo de la Unión debe acotarse al máximo como se puede ver en la siguiente sentencia del poder judicial chileno:

La atribución de discrecionalidad que dispone la ley para ejercer potestades administrativas no habilita de modo alguno a la autoridad para decidir sin la correspondiente justificación racional de la medida que aporta, fundada en los hechos y conforme a las exigencias que la ley indica.³¹¹

En el sistema chileno se tiene muy claro que la expulsión de extranjeros es una medida de seguridad y está sometida a un control judicial específico y a un control de legalidad.

Lo más importante es que no se vulnere o ponga en peligro ciertos valores esenciales

³¹⁰ Todo extranjero ha de ser reconocido como sujeto de derecho; los derechos privados adquiridos por los extranjeros han de respetarse en principio y han de concederse a los extranjeros los derechos esenciales relativos a la libertad; han de quedar abiertos al extranjero los procedimientos judiciales, los extranjeros han de ser protegidos contra delitos que amenacen su vida, libertad, propiedad y honor. ZÚÑIGA URBINA, Francisco, "El estatus constitucional de extranjeros. notas acerca de derechos fundamentales y expulsión de extranjeros", *Revista de derecho*, Universidad de Concepción, núm. 203, año LXVI, enero-junio de 1998, p. 303.

³¹¹ Sentencia de 19 de marzo de 1992, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 89, sec. V, p. 113, fallos del mes, núm. 400, sent. 8, p. 34.

del Estado como el orden, la seguridad, debe existir un equilibrio entre las facultades del gobierno y los derechos fundamentales de los extranjeros, cuando se quebranta o rompe este equilibrio se cometen injusticias muchas veces irreparables. Nuestra realidad no puede esperar más, debemos adoptar y aprender de las experiencias ajenas, máxime si éstas son experiencias que velan por el respeto de los derechos fundamentales de cualquier individuo.

Ya en páginas anteriores lo hemos citado, a consecuencia del levantamiento del EZLN en Chiapas (1994), se han expulsado a muchos extranjeros aplicando el artículo 33 de la Constitución.³¹² Todos estos extranjeros eran activistas y observadores internacionales de derechos humanos, pero el gobierno mexicano sin más, decidió expulsarlos. También el gobierno mexicano con fundamento en el 33 constitucional ha expulsado colectivamente a inmigrantes centroamericanos que ingresan a nuestro territorio con la única intención de llegar a los Estados Unidos de Norteamérica. Por ello, la CNDH en 1996, tomando en cuenta las violaciones de los derechos fundamentales en la frontera sur, sugirió, entre otros aspectos a las Secretarías de Gobernación y de Relaciones Exteriores, en forma conjunta, lo siguiente:

A la Secretaría de Gobernación y a la Secretaría de Relaciones Exteriores se les sugiere iniciar los estudios tendientes a determinar la conveniencia de modificar el artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el propósito de que en los casos de expulsión de extranjeros en que no esté de por medio la seguridad nacional, se les otorgue la garantía

³¹² SAUCEDO HERNÁNDEZ, Orlando, “La expulsión de extranjeros, consideraciones respecto a la reforma del artículo 33 constitucional”, op. cit., pp. 72-73.

de audiencia, consagrada en el artículo 14 de la propia ley fundamental. Asimismo, se requiere analizar la posibilidad de que la Constitución mexicana consagre la prohibición expresa de expulsar a los extranjeros en forma colectiva.³¹³

Afortunadamente la reciente reforma al 33 acota de cierta manera la facultad que tiene el Ejecutivo para expulsar extranjeros. La nueva redacción del artículo constitucional determina que previa audiencia, el Presidente puede expulsar del país a cualquier extranjero. Empero, creo que existe cierta ambivalencia en el tratamiento de los extranjeros en nuestro país, pues para el gobierno mexicano no es lo mismo un extranjero que realiza actividades humanitarias que un inversionista extranjero, o por lo menos, los tratamientos son distintos. Además, como lo anota Nuria González, los “extranjeros tienen una condición jurídica equivalente a la de los nacionales y por ello sometidos al derecho y a las autoridades del Estado que les brinda hospitalidad.”³¹⁴ Existe en la doctrina³¹⁵ y en las organizaciones no gubernamentales la aspiración de que el artículo 33 esté conforme con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

³¹³ CNDH, *Informe sobre violaciones a los derechos de los inmigrantes. Frontera Sur*, México, 1996, p. 166.

³¹⁴ GONZÁLEZ, Nuria, “Comentario al artículo 33”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*, 18ª. ed., México, 2004, t. II, p. 35.

³¹⁵ Véase MARTÍNEZ RAMÍREZ, Evencio Nicolás, “El artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su necesaria reforma”, *Jus Semper Loquitur, Revista del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca*, núm. 30, octubre-diciembre de 2000.

III. Procedimiento administrativo para expulsar extranjeros

No podemos negar que las actividades que desarrollan los observadores internacionales de derechos humanos han servido como uno de los factores más importantes para que nuestra vida democrática se fortalezca. Es innegable que estas actividades humanitarias tienen repercusiones sociales y económicas de gran importancia en las comunidades chiapanecas sobre todo. Sin embargo, entre estos extranjeros existe todo el tiempo el temor de ser expulsados de nuestro país por la aplicación del artículo 33 constitucional.

El legislador mexicano no ha sido ajeno a este tema. De ahí la tendencia para que se regulen de mejor manera estas actividades, no sólo satisfaciendo las necesidades nacionales sino cumpliendo también con los compromisos internacionales contraídos por México. Pese a que la misma Constitución federal proclama la igualdad entre nacionales y extranjeros, en la práctica podríamos discutir ampliamente si esto es así o no. No todos los extranjeros tienen el mismo trato en el orden socioeconómico y laboral.

Los extranjeros experimentan una serie de limitaciones en algunos derechos fundamentales, por ejemplo, la limitación clara que estipula el último párrafo del 33, cuando establece que los extranjeros de ninguna manera podrán inmiscuirse en asuntos políticos nacionales. Y, en lo que me preocupa más, la omisión del derecho que tiene todo extranjero a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, cualquiera que sea su situación migratoria, constituyendo una salvaguarda eficaz de los derechos fundamentales.

Dentro de las normas que regulan a los extranjeros en México, pueden distinguirse dos aspectos significativos: Un aspecto administrativo, que comprende toda la regulación relativa a la entrada, permanencia y salida de los extranjeros; y un aspecto relativo a la determinación de la titularidad y goce de los derechos y libertades de los extranjeros, así como de sus garantías jurídicas que integran la autentica condición del extranjero en nuestro país.³¹⁶

El recién reformado artículo 33 constitucional establece que previa audiencia y con fundamento en la Ley podrá expulsar a cualquier extranjero. Hoy, la Ley no existe, por lo tanto, sugiero que ésta contemple y especifique como se garantizarán los derechos fundamentales del extranjero a la libertad personal, (porque el extranjero será detenido); los derechos de libre circulación y residencia (porque el Estado podrá adoptar medidas provisionales respecto de los extranjeros que legalmente hayan entrado al país); el derecho a la tutela judicial efectiva (el extranjero sometido al procedimiento administrativo deberá gozar de los derechos de defensa y asistencia jurídica, así como del derecho a que un órgano jurisdiccional revise el procedimiento administrativo de expulsión).

El Estado mexicano entonces debe garantizar al extranjero sujeto a expulsión el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho complejo integrado por una diversidad de elementos o, si se prefiere, un conjunto global de los diferentes derechos que asisten a las personas ante los órganos judiciales. Ya vimos que el nuevo artículo

³¹⁶ Sobre el tema se recomienda consultar a FERNÁNDEZ VALVERDE, R., *Las garantías jurídicas de los extranjeros*, en Revista del Poder Judicial núm. 67, tercer trimestre, 2002, CGPJ, Madrid, 2002, p. 2.

33 señala que el extranjero será expulsado una vez que finalice el procedimiento administrativo correspondiente, empero, considero imprescindible que un Juez examine siempre de oficio el procedimiento en referencia. La tutela judicial efectiva es un derecho inherente a la condición humana que corresponde por igual tanto a nacionales como a los que no los son. Así lo sostiene la Sentencia STC 324/1994 del Tribunal Constitucional español de fecha 1 de diciembre: “el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con la respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude a ellos para la defensa de sus intereses.”

Por ello, el procedimiento administrativo del que habla el 33 debe garantizar a los extranjeros la exigencia de motivación del acto administrativo, que además es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y sirve también para eliminar la arbitrariedad. Es más, en la propuesta que he venido expresando, el Juez debe revisar detalladamente si la autoridad responsable de ejecutar la expulsión acreditó perfectamente todos los hechos que dieron origen al procedimiento, el Juez debe verificar si la notificación del acto se llevó a cabo como marca la ley y sobre todo, el Órgano jurisdiccional debe revisar si se llevó a cabo la audiencia, en caso positivo, el Juez deberá revisar si se le garantizaron todos los derechos procesales al extranjero. También se le debe garantizar a todo extranjero sujeto a expulsión el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

El derecho a la tutela judicial efectiva también comprende el derecho a que un un Juez ordinario, un Juez natural, revise el procedimiento que da origen a la expulsión. Otro

derecho que se garantiza con la tutela judicial efectiva es que el extranjero sea informado de la acusación formulada en su contra. El extranjero tiene derecho a un proceso público sin dilaciones y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

El procedimiento administrativo que marca el artículo 33 constitucional deberá considerar y garantizar al extranjero lo siguiente:

1. Derecho a la defensa y asistencia jurídica;
2. Derecho a ser informado de las acusaciones;
3. Derecho para aportar medios de prueba;
4. Derecho a un intérprete;
5. Derecho de audiencia; y
6. Derecho a la presunción de inocencia.
7. Derecho a que el Poder Judicial de la Federación revise el procedimiento administrativo de expulsión.

En el marco de la reforma al 33 ¿cómo debe valorar la autoridad migratoria el inicio del procedimiento administrativo de expulsión? La autoridad debe tomar en cuenta el grado de culpabilidad y sobre todo de peligrosidad del extranjero, además, deberá atender si

los actos que se le imputan al no nacional ponen en riesgo inminente la seguridad nacional, cualquier otro acto no lo ameritaría, con simples multas administrativas quedaría resuelta la falta. Multas que por cierto, atenderían a la capacidad económica del infractor. Pero, ¿qué actos pondrían en riesgo la seguridad nacional? No hay más para responder esta pregunta, participar en actividades contrarias a la seguridad interior y exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de México con otros países; estar implicados en actividades contrarias al orden público. Incluso, estaríamos pensando también en actividades que atenten contra la salud pública; que los actos cometidos alteren el funcionamiento de los servidores públicos, de los transportes colectivos o la regularidad de los abastecimientos, o también que el extranjero induzca, promueva, favorezca o facilite con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino a nuestro país.

Al respecto el artículo 13 del Pacto determina que:

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

La expulsión es una medida extrema sin duda, precisamente por ello, el extranjero tiene todo el derecho a exponer las razones que le asisten contra tal resolución. Por lo tanto es necesario que la ley disponga y especifique cómo se aplicará dicha sanción.

Retomando la reforma que se le hizo al 33 constitucional, me parece que el Constituyente fue muy corto en sus miras. El Constituyente dejó pasar la oportunidad para adecuar el 33 con los estándares internacionales en materia de derechos humanos. La Constitución debe señalar claramente que la expulsión puede ser una pena en caso de que la seguridad nacional esté en riesgo.

Es importante entonces que dentro del procedimiento administrativo que se inicia para expulsar a cualquier extranjero exista la instrucción adecuada que compruebe que se cumplen todos los supuestos que den cobertura a esta medida, es decir, el procedimiento administrativo debe cumplir con los principios de audiencia, legalidad y tipicidad.

1. Medidas preventivas en el procedimiento de expulsión

El procedimiento administrativo debe contemplar y señalar que medidas preventivas y provisionales deberá adoptar la autoridad para asegurar la eficacia de la resolución final. Entre estas medidas destacan la detención preventiva y el internamiento en centro de carácter no penitenciario, como medidas restrictivas de libertad. Se debe plantear si

las medidas de detención e internamiento, así como la decisión de expulsión, son necesarias para proteger los intereses del Estado y de la sociedad mexicana.

Las medidas provisionales que tratamos en este apartado, no debemos observarlas como garantías de efectividad de la tutela judicial solicitada por los extranjeros para evitar la expulsión, al contrario, las medidas contempladas son medidas que la autoridad migratoria tiene para asegurar la eficacia de la expulsión. La finalidad es simple, se busca garantizar la eficacia del procedimiento. Sin embargo, el Ejecutivo no podrá abusar de su potestad, el Presidente no podrá ir más allá de lo estrictamente necesario y de lo que marca la ley atendiendo al principio de necesidad y proporcionalidad que debe caracterizar el ejercicio de cualquier potestad sancionadora del Ejecutivo de la Unión. Tales medidas se utilizarán para asegurar el resultado del procedimiento administrativo de expulsión, es decir, las medidas pretenden evitar la posibilidad de que se realicen acciones que imposibiliten o dificulten el cumplimiento de la resolución principal que deberá ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que se pretendan garantizar en cada supuesto, debiendo adoptarse, en todo caso, mediante acuerdo perfectamente motivado.

2. Detención de los extranjeros

Siguiendo a Barona Vilar³¹⁷ la detención es una medida que consiste en la privación breve de la libertad, limitada temporalmente con el fin de poner al sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver, atendidas las condiciones

³¹⁷ BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional, proceso penal*, tomo III, Valencia, 2004, p. 465.

legales, acerca de su situación jurídica, manteniéndola en prisión o adoptando una medida cautelar menos grave o restableciendo el derecho a la libertad en su sentido natural.

Entonces, la autoridad administrativa que ejecute la detención deberá en todo momento respetar los siguientes principios:

1. *Instrumentalidad.* La detención sólo será posible por la existencia de uno o varios actos que pongan en riesgo la seguridad nacional.
2. *Provisionalidad.* El plazo de la detención no sólo es un requisito sino una garantía inexpugnable, la detención debe tener un límite temporal necesario. La Ley Reglamentaria del artículo 33 deberá especificar el tiempo que un extranjero sujeto a expulsión permanecerá privado de su libertad.
3. *Excepcionalidad.* La detención será una medida extrema.
4. *Justificación.* La detención siempre será conforme a derecho.
5. *Carácter preventivo.* La detención sólo servirá para garantizar que el extranjero que presuntamente puso en peligro la seguridad nacional asuma su responsabilidad y sea expulsado, claro, después de que el procedimiento administrativo de expulsión y la revisión hecha por el órgano jurisdiccional así lo determinen.

La doctrina penal se ha referido al concepto de detención de distintas maneras. Sin caer en reiteraciones, siguiendo a Gimeno Sendra³¹⁸ la detención es una medida cautelar de naturaleza procesal y provisional que puede adoptar la autoridad judicial, policial e incluso los particulares, consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial, bien de ponerlo a disposición de la autoridad judicial, bien si se encuentra ya en dicha situación, de resolver sobre la misma.

El régimen constitucional de la detención de extranjeros y su expulsión debe partir de la diferencia entre una simple retención, restrictiva de la libertad individual y su efectiva privación, ya que según el tipo de medida, su duración, efectos y forma de llevarse a la práctica, lo que inicialmente puede tener la apariencia de una simple restricción circunstancial de la libertad de movimientos de un extranjero, puede transformarse en una privación de libertad.³¹⁹

Lo expresamos antes, cada Estado tiene el derecho de controlar la entrada, residencia y las causas por la que se puede expulsar a cualquier extranjero. Sin embargo, el Estado debe compatibilizar el disfrute de los derechos que a éstos les reconocen todos

³¹⁸ GIMENO SENDRA, V., *El proceso de <habeas corpus>*, Madrid, 1985, p. 34.

³¹⁹ Como por ejemplo cuando la medida restrictiva se extiende excesivamente en el tiempo, caso de la retención en un hotel de un aeropuerto por 20 días sufrida por un extranjero, caso Amuur, de 25 de junio de 1996. El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en múltiples sentencias en relación a la detención con motivo de una extradición o expulsión, al respecto destacamos: En sentencia de 19 de diciembre de 1986, caso Bozano contra Francia, referido a una expulsión que en realidad era una extradición encubierta, poniendo de manifiesto la irregularidad de la detención en el sentido requerido por el artículo 5.1, f del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley (...)* f) *Si se trata de la detención preventiva o de internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.*) y su incompatibilidad con el derecho a la seguridad ya que se trataba de una medida de extradición encubierta destinada a burlar la decisión desfavorable de un Tribunal y no de una detención necesaria en el marco ordinario de un procedimiento de extradición.

los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre los que se encuentran el derecho a no ser privado de su libertad a menos de que exista un mandamiento escrito que funde y motive el acto.

En concreto, considero que durante la tramitación del procedimiento administrativo de expulsión se deberá acordar la detención por un periodo máximo de cuarenta y ocho horas, añadiendo que, en cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición de la autoridad se producirá en un plazo no superior a setenta y dos horas. La privación de libertad no puede prolongarse, como regla general, hasta un plazo máximo, sino que ha de durar <el tiempo estrictamente necesario para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad>, por lo que atendidas las circunstancias del caso, su límite máximo podrá ser sensiblemente inferior a las setenta y dos horas.

Se podrá detener al extranjero mientras se sustancia el procedimiento administrativo de expulsión cuando éste se encuentre implicado en actividades contrarias al orden público o a la seguridad nacional. Pudieran existir cuestionamientos a este planteamiento, me explico, habrá opiniones que sugieran que el extranjero debe estar en libertad mientras se lleva a cabo el procedimiento, sin embargo, mi postura es clara, si un extranjero es detenido, es porque se tienen todos los indicios de su probable responsabilidad. En este supuesto, la autoridad tendrá la obligación de informar los motivos de ésta y de la apertura del expediente de expulsión.

Nos encontramos pues, con la detención durante la tramitación del procedimiento administrativo en el que se determinará o no la expulsión, en este caso, la autoridad migratoria considerará la necesidad de tener al extranjero limitado en su libertad en virtud de que la seguridad nacional se puede ver afectada. Ahora bien, la estancia en las dependencias competentes debe durar el menor tiempo posible por lo que si la decisión de expulsión no ha sido adoptada, el extranjero, una vez identificado y notificado que existe un procedimiento en su contra, podrá abandonar las instalaciones de la autoridad. Por otra parte, si el extranjero no ha atentado contra el orden público y la seguridad nacional estaremos en condiciones de cuestionar la detención. Incluso, si el extranjero no ha cometido ningún acto que atente o que ponga en riesgo la seguridad nacional la autoridad migratoria debe inmediatamente ponerlo en libertad.

El principio *periculum in mora* es el requisito que va a condicionar que la detención sea conforme a derecho, ejecutándose de esta manera se evita la discrecionalidad administrativa, ya que la detención legal asegura el cumplimiento de la resolución final de dicho procedimiento administrativo. Para ello deben tenerse en cuenta además las circunstancias personales, familiares, económicas, laborales y cualquiera otra que haga presumir la permanencia del extranjero a disposición de la autoridad administrativa que tenga que ejecutar la expulsión. La detención se justifica, como medida para asegurar el cumplimiento de la resolución final del expediente.

Suponiendo que existe urgencia para detener al extranjero por razones de seguridad nacional, la actuación de la autoridad debe ser rápida, tan rápida que la detención debe

ser lo más breve posible, sin que se agoten las setenta y dos horas. Sin embargo la autoridad no está exenta de informar al extranjero los motivos de la detención y del inicio del procedimiento de expulsión. Además, si el extranjero considera que la detención fue ilegal, tendrá derecho a impugnar este acto en el juicio de amparo correspondiente. Sobra decirlo, pero esta privación exige el necesario control judicial.

Una vez que el extranjero es detenido, podemos numerar todos los derechos que le asisten:

1. El derecho a ser informado de las razones que motivaron su privación de libertad.
2. El derecho a la asistencia gratuita de un intérprete.
3. El derecho a no declarar hasta que esté en presencia de la autoridad competente.
4. El derecho a la designación de un abogado.
5. El derecho a que se comunique su detención y lugar de custodia a determinadas personas (amigos, familiares, etc.). Los extranjeros tienen derecho a que las circunstancias anteriores sean comunicadas a la oficina consular de su país.
6. El derecho a ser reconocido por un médico.
7. El derecho a no ser incomunicado.
8. El derecho a ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad competente en los plazos legales.
9. El derecho al control judicial de su detención.

10. El derecho a que el Poder Judicial de la Federación revise el procedimiento administrativo de expulsión.

En el supuesto que se acuerde la detención de un extranjero, se le informará de forma inmediata de las causas que motivan la detención y sus derechos. La plenitud de derechos y garantías del extranjero detenido deben ser garantizados a plenitud. Se debe tomar en cuenta que la detención deberá practicarse en la forma que menos perjudique a la persona, a su reputación y patrimonio. Con este criterio, la presunción de inocencia debe prevalecer, por tanto, la autoridad migratoria debe tratar al extranjero escrupulosamente, lo que deberá traducirse en la separación de los extranjeros de los delincuentes en su caso.

Entonces, una vez notificada la resolución de expulsión, el extranjero deberá abandonar el territorio mexicano en el plazo que se fije. Plazo que en ningún caso podrá ser inferior a las setenta y dos horas. En caso de que no cumpla el extranjero se procederá a su detención y conducción hasta el puerto de salida más cercana.

IV. El derecho a ser informado

Toda persona tiene el derecho a que la autoridad le informe el acto de molestia que le aplican. El derecho a ser informado de la imputación, en rigor, se configura como un presupuesto del derecho a la defensa, el derecho que tiene el extranjero a ser informado de la imputación que se inicia en su contra es indispensable. Además el

derecho a ser oído presupone saber lo que se puede y debe decir, por lo que el derecho a ser informado de la imputación como presupuesto parece lógicamente anterior a cualquier otra posibilidad o facultad procesal.

La relevancia que se da al derecho a ser informado viene de su condición de *prius* lógico en la mayoría de las detenciones para que el detenido pueda ejercer los derechos que le asisten. Por tanto, es imprescindible para salvaguardar los derechos de la defensa una puntual, completa, oportuna y comprensible información; se trata de la pieza fundamental para que no resulte una vana formulación.

La importancia de este derecho no queda reducida a dar traslado solamente del escrito que da inicio al procedimiento administrativo de expulsión, la importancia radica en la posibilidad para que el extranjero pueda defenderse adecuadamente. La autoridad tiene la obligación de informarle al extranjero lo siguiente:

- a) sobre todo los derechos que le asisten;
- b) sobre la imputación que da origen al procedimiento administrativo de expulsión;
- c) sobre los hechos que constituyen la base de la imputación y del material probatorio en que se sustentan;
- d) sobre los fundamentos jurídicos que originan el procedimiento administrativo y de la calificación jurídica de los hechos que se le imputan;

e) sobre los cambios que puedan producirse en la situación migratoria a partir del procedimiento administrativo de expulsión, para con ese conocimiento previo disponer de tiempo y posibilidad para articular su defensa y alegar lo que a su derecho convenga; y

Cuando hablamos sobre el derecho que tiene el extranjero a ser informado nos referimos a la información completa y detallada sobre los derechos que le corresponden, incluido el derecho de toda persona a solicitar la protección de la justicia federal. La información que se le proporcione al extranjero deberá ser clara, si el extranjero no habla español un intérprete en todo momento deberá ayudarlo. La autoridad en todo caso, deberá utilizar conceptos claros y precisos.

Dentro del deber de informar se incluyen también las razones que dan pie a la detención. Me interesa señalar un aspecto importante, la autoridad debe informar al extranjero los hechos que se le imputan, los hechos que justifican la detención. Serán hechos en los que la autoridad presuma que el extranjero participa. No es lo mismo informar de las razones de la detención que simplemente despachar la cuestión con un mero dato técnico, con la designación de un tipo delictivo. El conocer los hechos que se le imputan constituye el primer elemento a tener presente en relación con el derecho de defensa.

V. Derecho al juez natural y al juicio de amparo

Como ya sabemos, el juicio de amparo es el instrumento procesal que tiene por objeto proteger los derechos fundamentales de todo individuo, sea nacional o no, contra actos de autoridad. Por esta razón, como lo he venido planteando, el extranjero que es sometido a un procedimiento administrativo de expulsión debe tener el derecho a que un Juez revise la legalidad de la detención, del procedimiento y de la expulsión. Porque ante cualquier detención o expulsión, aunque venga acordada por la autoridad competente, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de sus circunstancias el órgano jurisdiccional debe revisar y controlar esto para que no se afecte la esfera jurídica del extranjero. El juicio de amparo es el procedimiento previsto en la Constitución para la protección de los derechos fundamentales cuyo acceso no puede ser en modo alguno denegado.

Por eso, el único supuesto en que un extranjero puede ser privado de la libertad para después aplicarle el artículo 33 constitucional es cuándo el no nacional ponga en riesgo la seguridad de la nación. Ello exige que cuando se impute cualquier acto al extranjero, la descripción de los hechos concretos cometidos y que la motivación de su imputación se realice de forma exhaustiva, para evitar la discrecionalidad y garantizar el derecho a la defensa del imputado. En todo caso, la resolución que autoriza la expulsión debe ser debidamente notificada al interesado, además, al momento de notificarle el inicio del procedimiento administrativo de expulsión la autoridad deberá indicarle claramente los recursos jurídicos que contra la misma se puedan interponer, órgano jurisdiccional competente y el plazo para presentarlos.

La tutela judicial efectiva se satisface, en esencia, con la respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude a ellos para la defensa de sus intereses. Este derecho comprende desde luego, el derecho que tiene cualquier persona a tener acceso a los tribunales y el derecho de hacer efectivos los recursos procesales establecidos por el legislador. En consecuencia, nos viene bien citar lo que marca el artículo 14 del Pacto, sobre todo el numeral 5:

Artículo 14 del Pacto:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
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.
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

El derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la obtención de una resolución judicial fundada en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos para ello. Comprende, igualmente, la posible adopción de medidas cautelares que asegure la efectividad de la resolución y su ejecución. La resolución debe resolver las pretensiones de las partes de

manera congruente con los términos en que aquellas se plantearon, sin alteración del debate procesal y sin dejar incontestadas cualquiera de ellas.

La exigencia constitucional para motivar cualquier acto de autoridad cumple diversas funciones: por un lado la de asegurar el sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico; y por otro la de garantizar la convicción de las partes sobre la justicia y corrección de la resolución adoptada y la de facilitar el control de la sentencia por los tribunales superiores. Constituye, en definitiva, una garantía esencial del justiciable frente a la arbitrariedad. Obliga a la constancia de las razones que permiten conocer los criterios jurídicos esenciales que han fundamentado la decisión.

Siempre será inaceptable una limitación de los derechos de defensa producida por una actuación indebida de los órganos judiciales, que coloque a quien la padece en una situación real, efectiva y actual de indefensión. Se trata, por tanto, de una indefensión material y no meramente formal: no basta con una infracción de las normas procesales. Consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos. Derechos inseparables son los que establecen el del juez ordinario predeterminado por la ley, que exige que el órgano jurisdiccional haya sido creado por una norma de rango legal e investido por ella de jurisdicción y competencia antes del hecho que motiva la actuación o proceso; y, además, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional. Por su parte, el

derecho a conocer la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse al objeto del proceso.

VI. Derecho a la revisión del procedimiento administrativo de expulsión

En el contenido esencial de la tutela judicial efectiva encontramos el derecho que tiene cualquier justiciable para utilizar todos los recursos establecidos por el legislador, como el juicio de amparo por ejemplo. Es más, como ya hemos visto, la Convención en su artículo 25 asegura la existencia de una acción de amparo para la protección de los derechos fundamentales, en los siguientes términos:

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

Además, el segundo párrafo de este artículo, señala que los Estados partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La Corte ha señalado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Convención:

No basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida ante la autoridad competente. Esta Corte ha manifestado reiteradamente que la existencia de estas garantías “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.”³²⁰

También la Corte señala que:

El derecho a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino éste debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de la presunta víctima a obtener un control jurisdiccional que permita determinar si los actos de las autoridades militares han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de las autoridades militares. Ese control es indispensable cuando los órganos que ejercen la jurisdicción militar, como el juzgado naval, ejercen funciones que afectan derechos

³²⁰ CIDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, pfo. 184.

fundamentales, y que pueden, sin un adecuado control, fomentar la arbitrariedad en las decisiones.³²¹

En el caso específico de Palamara Iribarne, la Corte consideró que Chile

Violó el artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Palamara Iribarne, dado que no le garantizó el acceso a recursos judiciales efectivos que lo amparan contra las violaciones a sus derechos, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesta en el artículo 1.1. de la Convención. Asimismo, al contemplar en su ordenamiento interno normas contrarias al derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2° de la Convención.³²²

Por lo tanto, el derecho a recurrir cualquier disposición administrativa obliga a considerar como parte del debido proceso el derecho a que la resolución administrativa que autoriza la expulsión del extranjero sea examinada por un tribunal, cuya omisión produciría una afectación del bloque constitucional de derechos, una vulneración de la Convención y la eventual responsabilidad del Estado por vulneración de derechos fundamentales. La satisfacción de la existencia del juez natural y las garantías del debido proceso deben encontrarse en las diversas instancias y trámites del procedimiento administrativo que marca el artículo 33 constitucional.

³²¹ *Ibidem*, pfo. 188.

³²² *Ibidem*, pfo. 189.

La Corte ha precisado que

De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h) de dicho tratado, debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho.³²³

El derecho a utilizar los recursos comprende desde luego, el derecho a que el órgano jurisdiccional que revise el respectivo proceso en sus aspectos de hecho y derecho lo resuelva después de oír a cada una de las partes, sin que pueda considerarse justificable una resolución judicial inaudita o fuera de contexto.

Para la Comisión, “el recurso establecido a favor del inculcado, le permite proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa.” La Comisión sostiene que “esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de garantía y de la aplicación correcta de la ley penal.”³²⁴

La Comisión ha establecido que el artículo 8.2.h) de la Convención se refiere a las características mínimas que debe tener un recurso que controle la corrección del fallo

³²³ CIDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, pfo. 161.

³²⁴ CIDH, Informe núm. 55/97, *Caso núm. 11.137, J. C. Abella*, Argentina, 18 de noviembre de 1997, pfo. 259.

de primera instancia desde un punto de vista material y formal. Desde la perspectiva formal debe examinarse la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de las normas de derecho que determinan la resolución del procedimiento. La revisión material del procedimiento administrativo de expulsión debe revisar la interpretación de las normas procesales que hubieren influido en la determinación de la resolución, cuando produzcan nulidad, indefensión o vulneración del debido proceso, debe controlar el respeto de los derechos fundamentales, debe revisar la aplicación de las normas referidas a la valoración de la prueba cuando conduzcan a una inaplicación o a una equivocada aplicación de ellas.

Además, la Corte considera que el derecho al recurso ante tribunal superior debe ser una reconsideración de tendencia general de las cuestiones de hecho y de derecho. En efecto, como señala la Corte, el recurso debe cumplir el requisito de ser amplio, de manera que permita al tribunal superior “realizar un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior”³²⁵ lo que hace necesario revisar los hechos y la valoración de la prueba.

La Corte precisa que el mismo criterio sostiene el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas acerca del artículo 14 párrafo 5 del Pacto, para lo cual transcribe el dictamen del 7 de agosto de 2003 en el *Caso Sineiro Fernández c. España* (1007/2010), la que establece:

³²⁵ CIDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, pfo. 167.

(...) que la existencia de la posibilidad que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas integralmente, como se desprende de la propia sentencia de casación (...) limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.³²⁶

La Corte ha establecido criterios más específicos en la materia a partir del fallo del *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, en esta sentencia ha precisado que los recursos de casación que no permitieron revisar los hechos y la valoración de la prueba, “no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior.”³²⁷ El recurso establecido permite sólo un examen limitado y no integral del juez superior, por lo que la Corte determina que el Estado violó el artículo 8.2 h) de la Convención en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado,³²⁸ todo ello en concordancia con los artículos 1° y 2° del tratado, debiendo el Estado de Costa Rica dejar “sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el tribunal penal del Primer Circuito Judicial de San José”, asimismo, le ordena al Estado que, dentro de un plazo razonable, “debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo

³²⁶ *Ibidem*, pfo. 166.

³²⁷ CIDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, pfo. 167.

³²⁸ *Ídem*.

establecido en el artículo 8.2. h, de la Convención, en relación con el artículo 2° de la misma, en los términos señalados en el párrafo 198 de la presente sentencia.”³²⁹

Por ello, el derecho fundamental al debido proceso es un derecho complejo que se proyecta en todos los ámbitos de la vida pública y privada y que se ha institucionalizado en la Constitución federal en diversas reglas y principios. Un ejemplo al respecto lo encontramos en la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-383 de 2000 establece que el debido proceso en este ámbito se justifica por que las reglas procesales “configuran instrumentos para realizar objetiva y oportunamente el derecho material.”³³⁰

Es por ello que la misma Corte, en la sentencia SU-960 de 1999, determinó que “ninguna autoridad dentro del Estado está en capacidad de imponer sanciones o castigos ni de adoptar decisiones de carácter particular encaminadas a afectar en concreto a una o a varias personas en su libertad o en sus actividades si previamente no ha sido adelantado un proceso en cuyo desarrollo se haya brindado a los sujetos pasivos de la determinación la plenitud de las garantías que el enunciado artículo incorpora.”³³¹

³²⁹ *Ibidem*, resolutivos 4 y 5.

³³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-383 de 2000, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

³³¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-960 de 1999, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

En este sentido, las garantías del debido proceso aseguran a la persona sometida a cualquier proceso “una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho.”³³² Por esta razón “resulta contrario al ordenamiento jurídico que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos proceda conforme a su voluntad, desconociendo las pautas que la ley ha señalado para el ejercicio de su función, pues en tal caso su actuación subjetiva y caprichosa se convierte en una vía de hecho, por la vulneración al debido proceso.”³³³ De aquí la importancia para que un Órgano jurisdiccional revise el procedimiento administrativo de expulsión.

Desde este punto de vista, el debido proceso es un derecho fundamental que también goza de una dimensión de derecho de defensa, cuya finalidad es “proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino en las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellas.”³³⁴

Sin embargo, esta dimensión subjetiva del derecho fundamental al debido proceso es correlativa a una dimensión objetiva. El respeto al debido proceso se construye como un presupuesto indispensable para garantizar el cumplimiento cabal de los fines del

³³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-242 de 1999, M.P.: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

³³³ *Ídem.*

³³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-214 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Estado, para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes contenidos en el texto constitucional.

De este modo, si el procedimiento administrativo de expulsión resuelve a partir de vicios, errores e incluso con arbitrariedad violará el derecho fundamental al debido proceso. En general, se produce una violación semejante de este derecho fundamental siempre que se desconozcan las reglas de procedimiento por parte de los funcionarios encargados de conducir el mismo. Además de ello, los actos efectuados sin reconocimiento de las mencionadas reglas del procedimiento serán ilegítimos.

Surge entonces una pregunta ¿cualquier trasgresión, por mínima que sea, del procedimiento previsto por la ley tendrá relevancia constitucional como violación del derecho fundamental al debido proceso? Mi postura será siempre afirmativa, y lo es en virtud de que el debido proceso garantiza que el diseño de los procedimientos administrativos o judiciales estén rodeados de los elementos requeridos para que el procedimiento resulte compatible con el orden constitucional. Se trata de garantizar que el procedimiento administrativo no resulte una mera pantomima o remedo de actuación judicial o administrativa y que, además, conduzca a la realización de su propósito. No cabe duda entonces de la importancia que tiene que un órgano jurisdiccional revise la resolución que se genera del procedimiento administrativo de expulsión. El extranjero tiene claramente el derecho para impugnar dicha resolución.

VII. Juicio de amparo en México

Es de todos conocido la finalidad que tiene el amparo, tutelar derechos fundamentales. En el capítulo anterior me referí escuetamente a la figura del hábeas corpus como garante de la libertad personal. En México, esta figura no existe como tal, sin embargo, para muchos especialistas el juicio de amparo tiene una modalidad similar, ya que procede contra actos u omisiones que afectan la libertad y la integridad personales fuera del procedimiento judicial. Justo como sucede cuando las detenciones son hechas por autoridades administrativas. La demanda puede interponerse por cualquier persona, incluso un menor de edad, por escrito o de manera oral. El juez debe hacer las gestiones necesarias para lograr la presencia del afectado y dictar las medidas precautorias necesarias para evitar daños graves e irreparables. Para el supuesto que planteamos, no existe plazo para presentar la demanda. (artículos 17, 18, 22 fracción I, 23, segundo párrafo, 38, 39, 40, 117 y 119 de la Ley de Amparo).

Por otra parte, es evidente que el sector del juicio de amparo que se ha restringido en los últimos años, es el de impugnación de los actos y resoluciones de las autoridades administrativas federales y locales. Este proceso se tramita en un procedimiento de dos instancias, la primera ante los jueces federales de distrito y la segunda ante los tribunales colegiados de circuito. Si en la sentencia de los jueces federales de primer grado se realiza una interpretación directa de un precepto constitucional, el conocimiento del recurso de revisión respectivo se atribuye a la SCJN. El amparo en sentido estricto está comprendido dentro de la impugnación de la conducta de cualquier autoridad, cuando ésta vulnera de manera directa un derecho consagrado en la

Constitución federal. Por esta razón considero conveniente que el Poder Judicial de la Federación revise la constitucionalidad de todo el procedimiento administrativo de expulsión, de principio a fin.

1. Procedimiento (artículo 114 LA. Amparo indirecto)

Entonces, si el procedimiento administrativo de expulsión determina que un extranjero será expulsado, éste tendrá el derecho de promover el juicio de amparo indirecto, tal y como lo establece la fracción segunda del artículo 114 de la LA:

Artículo 114.- El amparo se pedirá ante el juez de Distrito:

II.- Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia;

Del estudio íntegro de la citada fracción se infieren hipótesis de procedencia del amparo en contra de actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, entendiéndose por éstos, los actos provenientes de autoridades administrativas no jurisdiccionales.

Otro supuesto se deriva del segundo párrafo de dicha fracción, que prevé la regla especial de procedencia cuando dentro de un procedimiento administrativo seguido “en forma de juicio” se emitan actos que agraven al particular, éstos pueden reclamarse hasta que se dicte la resolución definitiva, momento en el que podrán impugnarse tanto las violaciones contenidas en dicha resolución, como las que se hubieren cometido durante el procedimiento; regla similar a la prevista en el amparo directo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 158 de la LA.

Finalmente, en la última parte de la fracción segunda se advierte una excepción a la regla específica consistente en que cuando dentro de ese procedimiento seguido “en forma de juicio”, tramitado ante autoridad administrativa, se causa perjuicio a una persona extraña a dicho procedimiento, el afectado no tiene que esperar hasta la resolución definitiva, sino que puede, válidamente, acudir al amparo inmediato.

La expresión “procedimiento seguido en forma de juicio” ha tenido una evolución interesante por haberse sustentado criterios discordantes. En la actualidad, comprende

no sólo los procedimientos en que la autoridad decide una controversia entre partes contendientes, sino también aquellos en que la autoridad, frente al particular, prepara, estudia o previene un acto administrativo determinado, aunque solo sea para cumplir con la garantía de audiencia.

AMPARO CONTRA LEYES CON MOTIVO DE UNA RESOLUCIÓN DICTADA DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN FORMA DE JUICIO. LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD ESTABLECIDO POR LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DE LA MATERIA, TIENE COMO PRESUPUESTO QUE SE TRATE DEL PRIMER ACTO DE APLICACIÓN DE LA LEY.

De la interpretación armónica de lo dispuesto en los artículos 73, fracción XV y 114, fracción II, de la Ley de Amparo, se advierte que dichos preceptos tienen como objetivo primordial determinar la procedencia del amparo indirecto, sólo contra una resolución definitiva, entendiéndose ésta como aquella que sea la última, la que ponga fin al asunto; y que para estar en tales supuestos, deben agotarse los recursos ordinarios o medios de defensa, o bien, todas las etapas procesales, en tratándose de actos emitidos en un procedimiento seguido en forma de juicio. Sin embargo, cuando la resolución dictada dentro del procedimiento, aun sin ser la definitiva, constituye el primer acto de aplicación de una ley en perjuicio del promovente y se reclama también ésta, surge una excepción al principio de definitividad, en virtud de la indivisibilidad que opera en el juicio de garantías, que impide el examen de la ley, desvinculándola del acto de aplicación que actualiza el perjuicio. En este

supuesto, el juicio de amparo procede, desde luego, contra ambos actos, siempre y cuando esté demostrada la aplicación de la ley, de manera tal que no basta la afirmación del quejoso en ese sentido para que el juicio resulte procedente contra todos los actos reclamados.

Registro No. 190707

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XII, Diciembre de 2000

Página: 133

Tesis: 1a./J. 35/2000

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Común

Otra tesis:

PROCEDIMIENTOS EN FORMA DE JUICIO SEGUIDOS POR AUTORIDADES DISTINTAS DE TRIBUNALES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN II, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DE AMPARO. SU CONCEPTO COMPRENDE TANTO AQUELLOS EN QUE LA AUTORIDAD DIRIME UNA CONTROVERSIA ENTRE PARTES CONTENDIENTES, COMO LOS PROCEDIMIENTOS MEDIANTE LOS QUE LA AUTORIDAD PREPARA SU RESOLUCIÓN DEFINITIVA CON INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR.

La Ley de Amparo establece que tratándose de actos dentro de un procedimiento, la regla general, con algunas excepciones, es que el juicio constitucional sólo procede hasta la resolución definitiva, ocasión en la cual cabe alegar tanto violaciones de fondo como de procedimiento, sistema que tiene el propósito de armonizar la protección de las garantías constitucionales del gobernado, con la necesidad de asegurar la expeditas de las diligencias procedimentales. Tal es la estructura que dicha Ley adopta en el amparo directo, así como en los procedimientos de ejecución y en los procedimientos de remate, como lo establece en sus artículos 158 y 114, fracción III, respectivamente. Por tanto, al establecer el segundo párrafo de la fracción II del artículo 114 acabado de citar, que cuando el acto reclamado de autoridades distintas de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, emanen de un procedimiento en forma de juicio, el amparo sólo procede en contra de la resolución definitiva, debe interpretarse de manera amplia la expresión "procedimiento en forma de juicio", comprendiendo aquellos en que la autoridad dirime una controversia entre partes contendientes, así como todos los procedimientos en que la autoridad, frente al particular, prepara su resolución definitiva, aunque sólo sea un trámite para cumplir con la garantía de audiencia, pues si en todos ellos se reclaman actos dentro de procedimiento, en todos debe de aplicarse la misma regla, conclusión que es acorde con la interpretación literal de dicho párrafo.

Registro No. 184435

Localización:

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVII, Abril de 2003

Página: 196

Tesis: 2a./J. 22/2003

Jurisprudencia

Materia(s): Común.

Por lo tanto, el extranjero tiene el derecho de impugnar y solicitar la revisión de un Juez de Distrito quien deberá en todo momento atender los principios de oralidad, concentración y economía procesales, puesto que, una vez admitida la demanda, después de un examen sobre su procedencia y regularidad (artículos 146 y 147 de la LA) el propio juez federal solicitará informe a las autoridades demandadas, las que deberán rendirlo en un plazo de cinco días, que puede ampliar hasta otros cinco, acompañando los documentos justificativos de su actuación u omisión, y en todo caso, con la anticipación que permita su conocimiento por el quejoso, al menos ocho días antes de la fecha de la celebración de la audiencia de fondo. Dicho informe tiene todos los efectos de la contestación de la demanda en el proceso ordinario, ya que su ausencia determina que se tengan por ciertos los actos que se reclaman, y además, la imposición de una multa (artículo 149 de la LA); corriéndose traslado al tercero interesado, si lo hay (artículo 147).

En el mismo escrito por el cual se admite la demanda, se fija la fecha para la celebración de una audiencia pública (artículo 154), en un plazo que no debe exceder de treinta días (artículo 147). En esta audiencia se reciben las pruebas, se formulan los alegatos y en su caso, el dictamen del Ministerio Público federal, después, debe dictarse el fallo correspondiente (artículo 155).

Posteriormente, si fuera necesario acudir a la segunda instancia de este amparo, se seguirá ante la SCJN o ante los Tribunales Colegiados de Circuito, si fuera así, su presidente examina la regularidad y la procedencia del recurso de revisión respectivo, señalando a las partes un plazo de diez días para formular alegatos, transcurrido el cual se envía el expediente al Ministerio Público federal para que redacte su dictamen, si lo considera pertinente (artículo 90 de la LA).

Si el caso tuviera que llegar hasta la SCJN, el asunto se turna a un Ministro, quien debe formular el proyecto de sentencia en un plazo prorrogable de treinta días (artículo 182), y una vez distribuida esa ponencia entre los restantes ministros que integran la sala o el tribunal pleno, según corresponda, el presidente de la sala o el de la SCJN, en el caso del pleno, citará para una audiencia en la que se discuta y vote públicamente el fallo (artículo 188), pero si no fuere aprobado, se designa a un Ministro de la mayoría para que redacte la sentencia correspondiente (artículo 188), autorizándose en todo caso a los Ministros que no estuvieren conformes con el sentido del fallo para que formulen votos particulares, mismos que deberán ser publicados con la sentencia.

En los Tribunales Colegiados de Circuito, el recurso de revisión se tramita de la misma forma que en la SCJN, con la diferencia de que el plazo para formular la ponencia es más breve (quince días) y además, en virtud de la reforma del día 15 de enero de 2009 la sesión en la que deliberan el proyecto debe ser videograbada (artículo 184).

VIII. Reflexión final

En virtud de lo anterior, la reforma que se hizo al artículo 33 dejó mucho que desear. El Constituyente debió aprovechar el contexto histórico para reformar un artículo tan polémico. Desde mi punto de vista, una adecuada reforma hubiera sido que el artículo 33 especificara lo siguiente:

1. Que el procedimiento administrativo de expulsión sólo procederá contra extranjeros que realicen actividades que pongan el riesgo inminente el orden público y la seguridad nacional.
2. Que la resolución del procedimiento podrá ser impugnada como cualquier otro acto de autoridad por vía del juicio de amparo. Con ello, el extranjero tendría el derecho fundamental al debido proceso. Es decir, el extranjero podrá solicitar que un órgano jurisdiccional revise la constitucionalidad de la detención, si durante el procedimiento administrativo se cumplieron con todos los principios constitucionales necesarios y si la resolución que determina la expulsión es apegada a derecho.
3. Bajo ninguna circunstancia el Ejecutivo podrá aplicar el artículo 33 masivamente.

4. En todos los casos, el extranjero tendrá el derecho a la asistencia consular de su país.

La finalidad es acotar mucho más la discrecionalidad que el Ejecutivo tiene para expulsar extranjeros y sobre todo se busca el someter dicha facultad a un adecuado escrutinio de los tribunales. El Estado de derecho mexicano ya no resiste más, se tienen que eliminar todas las facultades excesivas e incluso arbitrarias del Presidente de la República para que sean respetados y garantizados los derechos fundamentales de todas las personas, nacionales o no.

Conclusiones

1. Los derechos fundamentales corresponden a todas las personas independientemente de su ciudadanía. La ciudadanía ya no debe ser vista como un factor de exclusión. El futuro nos exige cambios radicales, ya es tiempo de contemplar la existencia de una ciudadanía universal.
2. Los extranjeros que se encuentran legalmente en México están sujetos a la prohibición expresa y terminante de inmiscuirse en los asuntos políticos del país bajo pena de ser expulsados por el presidente de la República. Sin embargo, cuando la Constitución federal establece esta prohibición debe interpretarse sólo para el caso de ejercer derechos políticos previstos en el artículo 34 constitucional: votar, ser elegido para un puesto público, ocupar posiciones en la organización de las elecciones, ser parte de cabildos, asociarse con fines políticos, ejercer el derecho de petición en asuntos políticos y prestar servicio militar en tiempos de paz. Las demás actividades en las que participan extranjeros no deben considerarse asuntos políticos nacionales. El que un extranjero exprese cualquier idea, del tema que sea, no significa que se entrometa en asuntos políticos.
3. El Ejecutivo cuando aplica el artículo 33 de la Constitución deberá fundar y motivar el acto que da inicio al procedimiento administrativo para expulsar a cualquier extranjero. El Estado de Derecho es la referencia al derecho fundamental de la libertad personal y a la limitación del poder del Estado.

4. La actividad que desempeñan los observadores internacionales de derechos humanos sirve para que el Estado ponga más empeño en respetar y garantizar los derechos fundamentales. Sólo en los casos en que se atente contra la soberanía y/o la seguridad nacional se podrá iniciar el procedimiento administrativo para expulsar a cualquier extranjero.
5. Los tratados sobre derechos humanos deben ser considerados no como un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados, sino para el establecimiento de un orden público común, cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios. Si un Estado ratifica un tratado en materia de derechos humanos debe respetar los derechos fundamentales de quienes habitan su territorio. El Estado debe garantizar efectivamente la protección de los derechos fundamentales. Tiene que armonizar su sistema legal con el sistema internacional
6. Los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales sin ningún tipo de discriminación y sobre todo asegurar por igual a todas las personas que se respetarán todos y cada uno de sus derechos fundamentales.
7. En materia de derechos humanos nunca es aceptable la interpretación restrictiva. En esta materia la interpretación de las normas o tratados internacionales deberá observar lo más favorable para la persona. La interpretación deberá ser progresista.
8. El artículo 33 constitucional excluye a los extranjeros de los derechos que consagra la propia Constitución y pactos internacionales sobre derechos

humanos que México ha suscrito. La aplicación de la facultad que concede el artículo 33 constituye un incumplimiento de los compromisos internacionales, y por ende el Estado mexicano incurre en responsabilidades.

9. La Ley Reglamentaria del artículo 33 deberá ser lo suficientemente clara y precisa. El extranjero tiene el derecho fundamental de ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. El extranjero debe contar con los mecanismos jurídicos para interponer cualquier recurso efectivo en contra de cualquier abuso o acto de autoridad que violente sus derechos fundamentales. El legislador tendrá la obligación de instrumentar una Ley Reglamentaria que vaya más allá de aspectos netamente administrativos.
10. El artículo 33 constitucional sigue confrontándose con principios de la más elemental justicia. Este artículo constitucional sigue su marcha en sentido contrario a los valores y normas universalmente aceptados en materia de promoción, protección y defensa de los derechos fundamentales.
11. Los derechos humanos inspiran y conducen la producción, interpretación y aplicación de cualquier norma o acto jurídico en general. El derecho fundamental al debido proceso es indispensable en cualquier Estado constitucional. El derecho fundamental al debido proceso es igual a defender la dignidad humana. El derecho fundamental al debido proceso es un derecho complejo que se proyecta en todos los ámbitos de la vida pública y privada y que se ha institucionalizado en la Constitución federal en diversas reglas y principios. Las garantías del debido proceso aseguran a la persona sometida a cualquier

proceso una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho.

12. El Estado mexicano debe adecuar su Carta fundamental para que los extranjeros que son expulsados de nuestro territorio tengan el derecho fundamental a que un órgano jurisdiccional revise si la expulsión fue apegada a los más elementales principios de seguridad jurídica, un proceso que respete su dignidad.
13. El valor justicia se concreta en cada proceso porque el conjunto de derechos que lo integran está encaminado a posibilitar que los sujetos de derecho alcancen la justicia de sus casos a través de un proceso justo, exigiendo que su acceso, inicio, desarrollo y conclusión, respondan a los preceptos de justicia que la sociedad pretende.
14. El acceso a la justicia es un concepto que se centra en la preocupación de que los individuos puedan ser oídos y atendidos eficazmente por los órganos jurisdiccionales, sin dilaciones, sin trabas burocráticas, sin prejuicios raciales ni discriminaciones políticas, sexuales, religiosas o de otro género. El debido proceso, exige también que se establezca un adecuado equilibrio entre los derechos de la sociedad y los poderes del Estado y que se respeten los principios de justicia que fundamentan a cualquier ordenamiento jurídico político.
15. Todo extranjero que será expulsado debe tener la posibilidad de acceder a un proceso con la finalidad de que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde una tutela efectiva. El derecho al proceso no se agota en la simple posibilidad de acceder a un proceso cualquiera, sino que su contenido exige que dichos procesos sean justos. El extranjero sujeto a expulsión tiene el

derecho de impugnar la revisión del procedimiento administrativo que determinó su salida del territorio nacional.

16. La expulsión debe proceder sólo si se pone en peligro la seguridad y el orden del Estado y sobre todo, la expulsión debe proceder después de que el procedimiento administrativo de expulsión así lo determine. Nunca se expulsará a ningún extranjero por cometer cualquier falta administrativa, mucho menos si los extranjeros realizan actividades humanitarias. Las actividades que desarrollan los observadores internacionales de derechos humanos han servido como uno de los factores más importantes para que nuestra vida democrática se fortalezca.
17. El juicio de amparo es el instrumento procesal que tiene por objeto proteger los derechos fundamentales de todo individuo, sea nacional o no, contra actos de autoridad. Por esta razón, el extranjero que es sometido a un procedimiento administrativo de expulsión debe tener el derecho a que un Juez revise la legalidad de la detención, del procedimiento y de la expulsión.
18. El Poder Judicial de la Federación deberá revisar la constitucionalidad de todo el procedimiento administrativo de expulsión. Los jueces deben revisar si la detención del extranjero no fue arbitraria. La reforma que se hizo al artículo 33 dejó mucho que desear. Una adecuada enmienda hubiera sido que el artículo 33 especificara lo siguiente: 1. Que el procedimiento administrativo de expulsión podrá proceder contra extranjeros que realicen actividades que pongan el riesgo inminente el orden público y la seguridad nacional; 2. Que la resolución del procedimiento podrá ser impugnada como cualquier otro acto de autoridad por vía del juicio de amparo. Con ello, el extranjero tendría el derecho fundamental al

debido proceso. Es decir, el extranjero podrá solicitar que un órgano jurisdiccional revise la constitucionalidad de la detención, si durante el procedimiento administrativo se cumplieron con todos los principios constitucionales necesarios y si la resolución que determina la expulsión es apegada a derecho; 3. Bajo ninguna circunstancia el Ejecutivo podrá aplicar el artículo 33 masivamente; 4. En todos los casos, el extranjero tendrá el derecho a la asistencia consular de su país.

19.El desafío actual lo constituye, pues, la apropiación de la cultura del debido proceso por parte de los operadores judiciales, y su puesta en práctica en todos los casos, con el fin de que ello se refleje precisamente en una actuación judicial humanista, ética, independiente e imparcial, apegada a la normatividad constitucional, al derecho internacional de los derechos humanos y a la jurisprudencia internacional.

20.La preocupación de nuestro país en los últimos tiempos, de apegarse al cumplimiento de los derechos fundamentales, no puede cumplirse sin hacer cambios importantes a la Constitución mexicana. La Constitución federal debe ser congruente con el marco jurídico internacional.

Bibliografía

ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Argentina, Editores del Puerto, 1998.

AGUIAR, Asdrúbal, “La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos”, en *Estudios básicos de Derechos Humanos I*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Comisión de la Unión Europea, 1994.

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1994.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Porrúa, México, 1980.

ARNIM, Herbert H., “der strenge und der formale Gleichheitssatz”, *Die öffentliche Verwaltung*, Colonia, 1984.

BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional, proceso penal*, tomo III, Valencia, 2004.

BAUTISTA ALBERDI, Juan, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1991.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, vol. I, 1985..

BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 9ª ed., Porrúa, México, 1994.

CANCADO TRINDADE Antonio Augusto, “Evolución y desarrollos recientes en el agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Los derechos humanos en América*, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. Mónica Miranda, México, FCE, 1996.

CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (ed.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Trotta, 2005.

_____ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Porrúa-UNAM-CNDH, México, 2007.

_____ *et. al., En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, UNAM-IIJ, México, 2003.

_____ *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, Porrúa-UNAM, México, 2001.

_____ *Los derechos fundamentales en México*, UNAM-Porrúa-CNDH, México, 2004.

CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Tomo IV, Harla, México, 1997.

_____ *Sistemas de derecho procesal civil*, Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1944.

CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, Bosch, 1998.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Derecho internacional en un mundo de cambio*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 106.

_____ *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, 2ª reimp., Tecnos, España, 1999.

CHAYES, Abram y CHAYES, Antonia Handler, *The New Sovereign*, trad. de Francisco Cox, Harvard University Press.

CHRISTINE FAURÉ, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, México, FCE, 1995.

COUTURE, Eduardo J., *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978.

COVER, Robert, FISS, Owen y RESNIK, Judith, en *Procedure*, Westbury, The Foundation Press, New York, 1988.

DÍAZ BARRADO, Cástor M, *Reservas a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados*, Tecnos, Madrid, 1991.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Vademécum Penal Federal*, Indepac editorial, México, 2002.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1998.

_____ *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001.

_____ *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord). *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 5ª edición, Tomo II, 2006.

FIGUERUELO B., Ángela, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990.

FISCHEL DE ANDRADE, José H. "El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos", en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. IX, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y otro, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 2ª ed., Porrúa, México, 1964.

_____ *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*, UNAM, México, 1974.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

GIMENO SENDRA, V., *El proceso de <habeas corpus>*, Madrid, 1985.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984.

GONZÁLEZ, Nazario, *Los derechos humanos en la historia*, Alfaomega, México, 2002.

GONZÁLEZ, Nuria, "Comentario al artículo 33", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*, 18ª. ed., México, 2004.

GOZAÍNI, Osvaldo A., *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías)*, México, UNAM-IIJ, 1995.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Porrúa-UNAM, México, 2000.

HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 2000.

HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tomo I, Editorial Argentina, Buenos Aires, 1991.

HUBER, Rudolf, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, trad. Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009.

KANT, Emmanuel, *La paz perpetua*, 13ª. ed., trad. de F. Rivera Pastor, México, Porrúa, 2003.

KELSEN, Hans, *La Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2000.

LARENZ, Karl, *Derecho justo, fundamento de Ética Jurídica*, trad. Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1985.

LÓPEZ HURTADO, Carlos, “¿Un régimen especial para los tratados?”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, México, UNAM, 2001.

LUCAS, Javier de, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999.

LUCAS, Javier de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de hoy, 1994.

LUHMANN, Niklas, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 3ª. ed., Duncker und Humblot, Berlín, 1986.

MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1988.

MAURINO, Alberto L., *Nulidades procesales*, Primera reimpresión a la primera edición, Buenos Aires, Astrea, Cap. III, 1985.

MELÉNDEZ, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los Estados de excepción, según el derecho internacional de los derechos humanos*, El Salvador, Imprenta Criterio, 1999.

MERA FIGUEROA, Jorge (edit.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1996.

NIETO, Alejandro, *Balada de la justicia y la ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987.

- NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- O'DONELL, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.
- ODIO BENITO, Elizabeth, "La discriminación en el goce de los derechos humanos", en *Curso Interdisciplinario, Antología Básica*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
- PABLO CAMARGO, Pedro, *Manual de derechos humanos*, Bogotá, Editorial Leyer, 1995.
- PRAELI EGUIGURÉN, Francisco, *Estudios constitucionales*, Lima, ARA Editores, 2002.
- RAMCHARAN, B. G., "State Responsibility for Violations of Human Rights Treaties", en *Contemporary problems of International Law: Essays in honour of Georg Schwarzenberger on his eightieth birthday*, Stevens & Sons Limited, Londres, 1988.
- RAWLS, John, *A theory of Justice*, Oxford University Press, Londres, 1973.
- _____ *El derecho de gentes*, trad. de Hernando Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995.

SAUCEDO HERNÁNDEZ, Orlando, “La expulsión de extranjeros, consideraciones respecto a la reforma del artículo 33 constitucional”, tesis de Maestría, México, Universidad Iberoamericana, Puebla, 2000.

THOMPSON JIMÉNEZ, José, “Las cláusulas limitativas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Compilación de trabajos académicos del curso interdisciplinario en derechos humanos (1983-1987)*, José Thompson J. (edit.), San José, IIDH.

TOME GARCÍA, José A., *Protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones ordinarias*, Madrid, Montecorvo, 1987.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, “Jerarquía del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá en el sistema jurídico mexicano”, en *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio*, Memorias, Universidad Iberoamericana, México, 1992.

VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Aguilar, Madrid, 1967.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos y justicia*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1999.

Hemerografía

ABAD YUPANQUI, Samuel, “¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?”, En: *Lecturas sobre temas constitucionales* No. 2., Lima, Comisión Andina de Juristas, Fundación Friederich Naumann, 1978, págs. 48 y 49.

BALIBAR, Etienne, *¿Es posible una ciudadanía europea?*, Revista Internacional de Filosofía Política, Madrid, núm. 4, noviembre de 1994, p. 27.

BELTRÁN DEL RÍO, Pascal y MARTÍNEZ, Sanjuana, *El gobierno mexicano se siente molesto e incómodo bajo el escrutinio extranjero: ong internacionales*, Proceso No. 1112, México, (22 de febrero de 1998). P. 14.

DAHRENDORF, Ralf, “Cittadinanza: una nuova agenda per il cambiamento”, *Sociología del Diritto*, Milán, año XX, núm. 1, 1993, p. 15.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Reflexión sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Presente y Futuro”, en *Jornadas de Derecho Internacional*, Washington, Organización de los Estados Americanos, Secretaría General, 2002, pp. 284-285.

GROS ESPIELL, Héctor, “Los derechos humanos y el derecho internacional 1968-1977”, *Jurídica* 10-II, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 1978, pág. 157.

GROS ESPIELL, Héctor, “Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional en la Protección Internacional de los Derechos Humanos”, en *Héctor Fix-Zamudio Liber Amicorum*, vol. I, Corte I.D.H., San José, 1998, p.112.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, “La razonabilidad de las Leyes y otros actos de poder”. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, Revista de crítica y análisis jurisprudencial. Año I, No. 1. Lima, Gaceta Editores, 1995, págs. 41-53.

HALFMANN, Jost, “Citizenship Universalim, Migration and the Risks of Exclusion”, *British Journal of Sociology*, vol. 49, núm. 4, december, 1998, pp. 515 y ss.

HELD, David, “¿Regulating Globalization? The Reinvention of Politcs”, en GIDENS, Anthony (ed.), *The Global Third Way Debate*, Cambridge, Polity Press, 2001.

HONGIU, Koh Harold, *Review Essay: Why do nations obey international law?* , en “Yale Law Journal” 2599, nº 105.

LUCAS, Javier de, *En los márgenes de la legitimidad. Exclusión y ciudadanía*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, vol. 1, núms. 15 y 16, 1994, p. 358.

MEDINA, María Elena, *Reforma*, 4 de enero de 1999.

MUÑOZ, Alma E., *La Jornada*, 29 de abril de 2010.

Legislación

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Constitución Española de 1978.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal.

Ley General de Población.

Ley Sobre la Celebración de Tratados.

Reglamento de la Ley General de Población.

Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación.