

# El Artículo 33 de la Constitución y la expulsión de personas extranjeras

Cuauhtémoc Manuel DE DIENHEIM BARRIGUETE

**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *Reforma al artículo 33 constitucional*. III. *Expulsión de extranjeros y el derecho internacional*.

**PALABRAS CLAVE:** Expulsión; Extranjeros; Debido Proceso; Circulación; Tránsito; Migración; Derecho de Defensa; Derecho de Audiencia; Legalidad; Refugiados; No Devolución; Asistencia Consular; Detención; Intérprete; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## I. Introducción

El nuevo texto del artículo 33o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución") señala lo siguiente:

Artículo 33.- 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.

Este artículo que recientemente con la reforma de junio de 2011 fue modificado era uno de los pocos artículos que habían permanecido intactos y sin recibir cambio alguno desde la promulgación de la actual Constitución en 1917, por lo que mantuvo durante 94 años su texto original, el cual establecía que:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas por 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.

Como se puede apreciar este numeral definía a las personas extranjeras por exclusión de las mexicanas y les otorgaba algunos derechos (los del capítulo I, o sea las llamadas "Garantías Individuales") y establecía que podían ser expulsadas por el Ejecutivo Federal sin juicio previo, al ser considerada unilateralmente por éste, como inconveniente su permanencia en el país, previniéndoles además de no inmiscuirse de ningún modo en asuntos políticos del país, sin precisar mayor detalle al respecto.

En tal virtud la cuestión de la expulsión de personas extranjeras por "inconveniencia" vino a constituirse en un límite más a los establecidos por el artículo 11o. de la propia Constitución, que establece la llamada "libertad de tránsito", complementando a la limitación correspondiente, relativa al caso de "extranjeros perniciosos" residentes en el país que el propio artículo en su parte final prevé.<sup>1</sup>

Al efecto, el mencionado artículo 11o. determina lo siguiente:

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...

Incluso hay que resaltar que al establecerse de manera expresa constitucionalmente la expulsión inmediata y sin juicio previo y al arbitrio del Ejecutivo, tal situación se consideró como una excepción a la llamada "garantía" o derecho de audiencia prevista por el artículo 14o. de la propia Constitución.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Las Garantías de Libertad, México, SCJN, 2004, p. 164.*

<sup>2</sup> *Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Las reservas formuladas por México a instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, México, CNDH, 1998, p. 38.*

Lo anterior quedaba corroborado incluso por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") como se aprecia en la siguiente tesis cuyo rubro y texto son:

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS. Es exclusiva y discrecional la facultad que el artículo 33 de la Constitución otorga al presidente de la República para hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin forma de juicio, a todo extranjero cuya permanencia en el país juzgue inconveniente.<sup>3</sup>

De esta manera la facultad "exclusiva" del Presidente de la República para expulsar extranjeros sin juicio previo se constituyó en la más grave restricción que tenía el extranjero en materia de garantías constitucionales pues como se ha mencionado el extranjero estaba excluido de la garantía de audiencia, con lo cual la orden presidencial de expulsión tenía efectos de ejecución inmediata, sin que se requiriera para ello de orden judicial alguna. Dicho estado de cosas fue confirmado por la propia Suprema Corte.<sup>4</sup>

Tal situación a todas luces injusta y antijurídica para los tiempos que vivimos, prevaleció vigente por casi un siglo, generando una falta total de certeza jurídica para las personas extranjeras residentes en nuestro país, pues cabe mencionar que la citada expulsión era una figura totalmente distinta de la deportación o la extradición, con lo cual no era necesario que la persona extranjera estuviera de manera ilegal en el país o hubiera cometido alguna falta y menos aún que fuera requerida por algún otro Estado por la comisión de algún delito (causa penal), sino que bastaba con que fuese considerada "inconveniente" su permanencia en el territorio nacional a juicio únicamente del Ejecutivo Federal, para que su expulsión se diera de manera directa, inmediata y sin mayor trámite, sin tener la persona afectada la menor posibilidad de ser escuchada y menos aún de defenderse. Cabe mencionar que tal circunstancia en muchas ocasiones afectó no solamente a las personas expulsadas sino también a sus familias que no sólo residían legalmente en el país sino que incluso en algunos casos se trataba de personas mexicanas, generándose con ello una separación familiar forzada.

Dicho precepto constitucional generó grandes márgenes de arbitrariedad impidiendo que los extranjeros que se encontraban en México pudieran tener realmente un acceso a una defensa adecuada y además el ejercicio de la facultad del Ejecutivo Federal de expulsar a personas extranjeras estuvo prácticamente fuera de todo control jurisdiccional, situación

<sup>3</sup> Tesis (5a.), EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo II, p. 146. Reg. IUS. 811455.

<sup>4</sup> González Schmal, Raúl, *Programa de Derecho Constitucional*, 2a. edición, México, Limusa/UIA, 2007, pp. 217-218.

totalmente injusta y contraria a los derechos humanos fundamentales contenidos en diversas normas internacionales en la materia.<sup>5</sup>

Esta situación fue confirmada por el Estado mexicano al oponer reserva expresa a diversos tratados internacionales que buscaban dar ciertas garantías a las personas extranjeras frente a dichas expulsiones arbitrarias, argumentando la incompatibilidad con la propia Constitución en su referido artículo 33o. Tal es el caso de las reservas formuladas por México a los artículos 5o. y 6o. de la Convención sobre Condición de Extranjeros de La Habana de 1928.<sup>6</sup> Igualmente se formuló reserva por el gobierno de México al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) de Nueva York de 1966, el cual fija las condiciones para la expulsión de los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado.<sup>7</sup>

Del mismo modo el gobierno de México hizo reserva expresa respecto del párrafo 4 del artículo 22o. de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares por considerarlo contrario a lo que establecía el artículo 33o. de la Constitución y la Ley General de Población.

También el Gobierno de México hizo reserva expresa al artículo 32o. de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1971, por lo que se refería a la aplicación del artículo 33o. de la Constitución, sin perjuicio de la observancia del principio de no devolución contenido en el propio artículo 33o. de la Convención.

En tal virtud se puede apreciar que el gobierno mexicano con tales reservas intentó evitar que los tratados internacionales que había celebrado pudieran afectar la aplicación discrecional y "soberana" de la facultad que el artículo 33o. estableció sin cortapisas a favor del Ejecutivo de la Unión.

Sin embargo y a pesar de lo anterior, es preciso dejar en claro que dicho artículo 33 constitucional resultaba directa e indirectamente también, violatorio de diversos tratados internacionales de derechos humanos, (en los cuales no se hicieron reservas) al discriminar a las personas por su lugar de nacimiento y negarles el elemental derecho de defensa ante los tribunales.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, UNAM/Porrúa/CNDH, 2005, pp. 502-503.

<sup>6</sup> Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Las reservas...*, *op. cit.*, pp. 34-35.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>8</sup> Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente*, México, UNAM, 2002, p. 75.

## II. Reforma al Artículo 33 Constitucional

Actualmente con la reforma de junio de 2011 el artículo 33o. fue modificado radicalmente en su redacción y esencia, para quedar en los términos antes señalados, con lo cual se modificó sensiblemente el procedimiento de la expulsión, estableciéndose en el nuevo texto que de ahora en adelante

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.

De lo anterior se desprenden varias cuestiones significativas:

- La expulsión no deberá ser ya inmediata.
- La expulsión no deberá basarse en la voluntad caprichosa y arbitraria del Ejecutivo Federal, sino que deberá estar fundamentada en una ley.
- Dicha ley deberá prever las causas que puedan llegar a motivar una expulsión de una persona extranjera.
- En esa ley deberá establecerse el procedimiento administrativo que deberá seguirse para que la expulsión se verifique si es que procede.
- En dicho procedimiento se deberá dar audiencia a la persona afectada y deberán dársele las oportunidades defensivas pertinentes y permitírsele aportar pruebas y alegar lo necesario en contra de su expulsión.
- La ley que al efecto se emita deberá determinar el lugar y tiempo que dure la detención de la persona extranjera mientras se lleve a cabo el procedimiento.

Como se puede apreciar el artículo en comento ha dado un vuelco en lo que hace a la cuestión de la expulsión de personas extranjeras, sin embargo ahora la cuestión estriba en que la ley que se emita sea de verdad justa y garantista y establezca de manera cerrada, limitada, clara y objetiva las causales por las cuales proceda la expulsión de personas extranjeras y que el procedimiento que al efecto se establezca sea correcto y apegado a los estándares internacionales existentes en el tema.

Otra cuestión que no debemos olvidar es que en todo caso el acto de la expulsión como todo acto de autoridad, está sujeto a lo establecido por el artículo 16 constitucional en su primer párrafo dentro de la llamada "Garantía de Legalidad General" relativo a que la resolución que se dicte en dicho procedimiento deberá estar suficientemente fundada jurídicamente y motivada. De esta manera incluso bajo el antiguo texto del artículo 33o. que otorgaba una facultad bastante amplia y discrecional al Ejecutivo para expulsar a personas extranjeras, tal acto podía ser controlado de acuerdo con el artículo 16o. por la autoridad judicial a efecto de que no se permitiera la emisión de resoluciones arbitrarias.

Corroboran lo anterior los criterios contenidos en las tesis de jurisprudencia siguientes:

FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO. El uso del arbitrio o de la facultad discrecional que se concede a la autoridad administrativa puede censurarse en el juicio de amparo cuando se ejercita en forma arbitraria o caprichosa, cuando la decisión no invoca las circunstancias que concretamente se refieren al caso discutido, cuando éstas resultan alteradas o son inexactos los hechos en que se pretende apoyar la resolución, o cuando el razonamiento en que la misma se apoya es contrario a las reglas de la lógica.<sup>9</sup>

FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE LAS CONCEDIDAS A LA AUTORIDAD. La base toral de las facultades discrecionales es la libertad de apreciación que la ley otorga a las autoridades para actuar o abstenerse, con el propósito de lograr la finalidad que la propia ley les señala, por lo que su ejercicio implica, necesariamente, la posibilidad de optar, de elegir, entre dos o más decisiones, sin que ello signifique o permita la arbitrariedad, ya que esa actuación de la autoridad sigue sujeta a los requisitos de fundamentación y motivación exigidos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual permite que los actos discrecionales sean controlados por la autoridad jurisdiccional.<sup>10</sup>

EXTRANJEROS, EXPULSIÓN DE. Aun cuando el artículo 33 de la Constitución otorga al Ejecutivo facultad para hacer abandonar el territorio nacional a los extranjeros

<sup>9</sup> Tesis: 38 (6a.), FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO, México, Apéndice 2000, Tomo III, p. 45. Reg. IUS. 910971.

<sup>10</sup> Tesis: P. LXII/98 (9a.), FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE LAS CONCEDIDAS A LA AUTORIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo VIII, Septiembre de 1998, p. 56. Reg. IUS. 195530.

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.<sup>11</sup>

EXTRANJEROS, SU EXPULSIÓN DEBE SER JUSTIFICADA. El artículo 1o. 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 exime 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 deportación, 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 al artículo 103, fracción I, expresados, para lo cual debe seguirse el procedimiento establecido por la ley reglamentaria respectiva.<sup>12</sup>

Por otra parte y a pesar de que ya se establece en el nuevo texto del artículo 33 que debe haber un procedimiento a seguir para la expulsión de las personas extranjeras, hay varios puntos de la reforma que aún son cuestionables. Por ejemplo, una crítica a la reforma realizada es la referida a la parte final del párrafo segundo de dicho artículo 33o. en donde establece que la ley "regulará el lugar y tiempo que dure la detención", lo cual consideramos no debió quedar asentado así pues parece indicar que en todo caso las personas sujetas a un procedimiento administrativo de expulsión deberán estar detenidas, cuestión que induda-

<sup>11</sup> Tesis (5a.), EXTRANJEROS, EXPULSIÓN DE, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo CX, p. 113. Reg. IUS. 319115.

<sup>12</sup> Tesis (5a.), EXTRANJEROS, SU EXPULSIÓN DEBE SER JUSTIFICADA, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo XCV, p. 720. Reg. IUS. 320612.



blemente no debe ser de esta manera, pues sería contradictorio con lo establecido en otros numerales de la propia Constitución, como lo relativo a que nadie puede ser privado de la libertad sino mediante juicio ante tribunales previamente establecidos (art. 14o.), lo relativo a orden de aprehensión y detención por causa penal (art. 16o.), la prisión preventiva sólo por causa penal y para ciertos delitos (art. 18o.). El auto de vinculación a proceso y la excepcionalidad de la prisión preventiva la presunción de inocencia (art. 20o.), el arresto administrativo hasta por 36 horas (art. 21o.) y la detención hasta por 60 días naturales para substanciar el procedimiento de extradición (art. 119o.). De acuerdo con lo anterior podemos percatarnos que la detención de una persona se debe dar de manera excepcional y sólo para ciertos casos generalmente penales y también con ciertos límites como es el caso del arresto administrativo, por lo que en el caso del procedimiento de expulsión de extranjeros habrá que cuidar que la ley no se constituya en el medio para "legalizar" constitucionalmente al modo del arraigo un procedimiento privativo de la libertad que opere en detrimento de las personas sujetas a tal procedimiento y de sus familiares también. No debemos olvidar como ya se ha mencionado que la expulsión de extranjeros no es por causa penal y no debe ser confundida tampoco con otras figuras y procedimientos existentes que tienen que ver con la salida necesaria de extranjeros de nuestro país, como son la deportación y la extradición.

Desgraciadamente en nuestro país la deportación, la expulsión y la extradición se han mezclado, confundido y utilizado en muchas ocasiones de manera irregular. Y en varias ocasiones se ha utilizado la expulsión como una forma de deportación sumaria o para salvar procesos de extradición, aprovechando que el texto constitucional del artículo 33o. establecía la expulsión de manera sumaria y sin necesidad de juicio previo.<sup>13</sup>

Por lo que ve a la referida detención de las personas sujetas a procedimiento de expulsión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") ha señalado que las medidas privativas de la libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y de manera proporcionada en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, por lo cual deberá ser por el menor tiempo posible. Todo lo que no sea de esta manera se considerará como un ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> En relación con este tema se recomienda ver el texto de Noriega García, Pilar y Álvarez Díaz, Rafael, "La Extradición Sumaria de Perseguidos Políticos y el Derecho de Asilo", en Fernández, David y Acosta-Ortiz, Jesús S. (comps.), *Los Derechos Humanos en México: La tentación del Autoritarismo*, México, UIA, 1997, pp. 277-286.

<sup>14</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrs. 170-171.

Asimismo deberá cuidarse que la persona que se encuentre privada de su libertad en su detención se encuentre en condiciones de respeto a su dignidad personal y deberá garantizarse también que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención, sin que el Estado pueda alegar cuestiones de carácter económico para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales y que no respetan la dignidad del ser humano.<sup>15</sup> Por tanto los lugares de detención para cuestiones migratorias deberán ser especiales para tal fin y estar acondicionados de manera distinta de aquellos destinados a personas acusadas o condenadas por delitos penales.<sup>16</sup>

Ahora bien, toda vez que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana") no establece una limitación respecto de la garantía establecida en el artículo 7.5 (derecho de toda persona detenida o retenida a ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario que ejerza funciones jurisdiccionales) en base a todas las causas o circunstancias por las que una persona es detenida o retenida, en virtud del principio pro persona dicha garantía debe ser satisfecha siempre que exista la retención o detención de una persona a causa de su situación migratoria o por cualquier otra causa y la revisión judicial deberá realizarse sin demora y de tal manera que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos de la persona detenida.

Así lo ha considerado la Corte Interamericana al señalar que para que se cumpla la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención Americana, los órganos que se encarguen de determinar derechos y obligaciones de las personas y que realicen funciones jurisdiccionales deben ser imparciales e independientes y deben estar facultados para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria y dichas características aplicarán también a las decisiones de órganos administrativos, y no sólo a los órganos estrictamente jurisdiccionales.<sup>17</sup> La idea es que un juez o tribunal decida sobre la legalidad del arresto o detención pues de esta manera se garantiza un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afecten derechos fundamentales.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 85 y 87; Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 88.

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá...*, *supra* nota 14, párrs. 207-209.

<sup>17</sup> Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71; Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 208; y Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 119.

<sup>18</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá...*, *supra* nota 14, párr 126.

No hay que olvidar que la actuación de la administración tiene límites infranqueables entre los que se encuentra el respeto de los Derechos Humanos y en tal virtud es indispensable que su actuación se encuentre regulada y controlada.<sup>19</sup>

De esta forma aun cuando la detención se produzca por razones de seguridad y orden público ésta debe cumplir con todas las garantías del artículo 7 de la CADH,<sup>20</sup> y por tanto de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH serán arbitrarias las decisiones que adopten los órganos internos de un Estado que afecten el derecho a la libertad personal y que no se encuentren debidamente fundamentadas.<sup>21</sup>

En todo caso si se trata de la detención de una persona extranjera el gobierno mexicano deberá dar el aviso correspondiente a los funcionarios consulares del país de la nacionalidad de la persona extranjera, de acuerdo con lo que establece el artículo 36 de la Convención sobre Relaciones Consulares de 1963, para que tengan la posibilidad de la representación y preservación de los derechos e intereses de sus nacionales. Esto en virtud de que dentro de las funciones consulares se encuentra el dar apoyo a los nacionales de su país (artículo 5 de la Convención sobre Relaciones Consulares de 1963) que se encuentran privados de su libertad; y el hecho de que se lleve a cabo y se mantenga a una persona en estado de detención, sin dar parte o realizar la comunicación consular respectiva al Estado patria de la persona detenida, constituye no sólo una violación en perjuicio de dicho Estado sino también del detenido en sus derechos.<sup>22</sup>

Así ha quedado establecido en la opinión consultiva 16/99 emitida por la Corte Interamericana con motivo de la solicitud de opinión realizada por los Estados Unidos Mexicanos en relación con el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular, y en la cual se señala que los extranjeros sometidos a procedimiento penal, -en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad- deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia y no basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos nacionales del Estado respectivo, sino que es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en un plano

<sup>19</sup> Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 126.

<sup>20</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. ..., *supra* nota 14, párr. 116.

<sup>21</sup> Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 152; Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. ..., *supra* nota 17, párr. 208; y Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 153.

<sup>22</sup> Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, México, UNAM/FKA, 2005, p. 289.

de igualdad ante la justicia, sin las afectaciones y limitaciones derivadas de la diferencia de culturas, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. De tal suerte que si estas limitaciones persisten y no hay medidas de compensación, las garantías procesales se convierten en derechos nominales y simples fórmulas normativas desprovistas de contenido real, haciendo que el acceso a la justicia sea ilusorio.<sup>23</sup>

En virtud de lo anterior la Corte IDH precisa en la opinión consultiva 16/99 que el derecho del inculcado extranjero a ser informado sobre el derecho que le asiste sobre recurrir a la protección consular no es una creación de ella sino que emana de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, pero se incorpora dentro del concepto de debido proceso legal de nuestro tiempo, por lo que es un derecho individual que queda inscrito entre las normas de observancia obligada.<sup>24</sup>

Tal cuestión sería confirmada por la Corte Internacional de Justicia en el caso Lagrand en el año 2001,<sup>25</sup> e igualmente sería abordada en el año de 2004 por dicha Corte Internacional de Justicia en el Caso Avena y Otros.<sup>26</sup>

Igualmente debe hacerse notar que la persona extranjera que puede no conocer el sistema legal del país e incluso al estar privada de su libertad requerirá que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación para que disfrute de un auténtico acceso efectivo a la justicia, y por ello deberá, si es necesario aportarle los medios para que disponga de una asistencia jurídica durante su procedimiento.

Por esta razón la Corte Interamericana ha considerado que en procedimientos administrativos y judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de la libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal de las personas extranjeras es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> García Ramírez, Sergio, *Derechos Humanos*, México, UIA–Puebla/ITESO/UIA/Universidad de Guanajuato, 2005, pp. 9-10.

<sup>24</sup> García Ramírez, Sergio, *Derechos Humanos...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>25</sup> ICJ. *Caso Lagrand Case (Alemania v. Estados Unidos de América)*. 2 de marzo de 1999. No. 104.

<sup>26</sup> ICJ. *Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México v. Estado Unidos de América)*. 9 de enero de 2003. No. 128.

<sup>27</sup> 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, párr. 126.

Asimismo es preciso dejar anotado, que en todo caso, en el procedimiento de expulsión respectivo, el extranjero deberá contar con las garantías procesales conducentes y con la asistencia de intérpretes si es que habla otro idioma distinto al español, y deberá gozar también de la asistencia de un abogado que le asesore y apoye en su defensa.

En todo caso, la expulsión de una persona extranjera no debe constituirse en un castigo desproporcionado o en un sufrimiento para ésta, pues en realidad es un acto del órgano ejecutivo relativo a una orden en la que se indica al extranjero que abandone el Estado, por ello la expulsión no debe efectuarse causando sufrimiento o ejerciendo violencia o daño innecesario a la persona extranjera que se expulsa, por ende la detención obligatoria de un extranjero bajo orden de expulsión debe evitarse y sólo por excepción debe efectuarse en caso de que se niegue a partir o trate de escapar del control de las autoridades del Estado. Adicionalmente deberá concedérsele un plazo razonable para arreglar sus asuntos personales previo a su salida del país y debe permitírsele escoger el Estado a donde pueda solicitar su admisión.<sup>28</sup>

En tal sentido la Corte IDH en el caso Vélez Loor, ha señalado que los Estados deben adoptar medidas que garanticen a los migrantes los derechos a la libertad, al debido proceso y al acceso a la justicia, y que las detenciones de personas migrantes deben ser excepcionales, y que en los casos en que se justifique la privación de la libertad, ésta deberá ser revisada por un juez, garantizándosele a la afectada, el derecho a la presentación de un recurso legal adecuado y efectivo, estableciéndose que la detención de personas por incumplimiento de leyes migratorias no debe ser con fines punitivos.<sup>29</sup>

Igualmente es muy importante considerar que tratándose de extranjeros que tengan en México la calidad de refugiados deberán observarse las previsiones establecidas en los artículos 32o. (expulsión), 33o. (prohibición de expulsión y devolución) y demás artículos correspondientes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su protocolo de 1967.

Es preciso señalar también, que la expulsión de extranjeros debe ser una situación realmente excepcional y no un procedimiento administrativo común, pues dicha facultad se creó para casos excepcionales y graves y precisamente por ello se asignó como una facultad propia y exclusiva del Presidente de la República. En tal sentido se manifestó la Suprema Corte ya desde 1918 en la siguiente tesis aislada:

<sup>28</sup> Oda, Shigeru, "El Individuo en el Derecho Internacional", en Sorensen, Max (ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*, México, FCE, 1994, pp. 462-463.

<sup>29</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá...*, *supra* nota 14, párr. 169.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS. La facultad para efectuarla se ha concedido al presidente de la República para mantener el buen orden social y el respeto y observancia de los principios constitucionales.<sup>30</sup>

Otra cuestión importante a considerar es no olvidar que el procedimiento administrativo de expulsión de personas extranjeras en realidad viene a ser una garantía de carácter procesal tendiente a hacer efectivo el derecho de los extranjeros a permanecer en el país, mismo que se deriva de lo establecido por el artículo 11º de nuestra Carta Magna, por lo que la ley que establezca dicho procedimiento, en su momento deberá tomar en cuenta lo estipulado en el referido numeral, en lo que se refiere a los aspectos sustantivos del derecho respectivo, por lo que para poder tener una mejor comprensión de la cuestión, se recomienda analizar a detalle el mencionado artículo y los preceptos internacionales relacionados con los derechos vinculados al tema de la libertad de circulación y de residencia.

Así pues sin lugar a dudas la reforma en cuestión es sumamente importante y benéfica, pero su cabal cumplimiento y la realización de sus fines depende de aspectos más detallados y finos como son la confección misma de la ley que al efecto se expida, por lo que habrá que estar muy atento al contenido de dicha norma, para ver que se ajuste a los parámetros deseables, y que no disloque el sistema de derechos establecido tanto a nivel constitucional como internacional.

Para tal efecto dicha ley deberá ser muy clara en las causas que puedan dar origen a la expulsión de personas extranjeras, cuidando que los casos de procedencia que ésta determine sean en verdad causas objetivas, evidentes y suficientes, que ameriten dicha medida y que no sean causas ambiguas, genéricas, indeterminadas, de apreciación libre y discrecional para la autoridad. Será pues fundamental, que las causas que se establezcan no se basen solamente en una presunción de peligrosidad o de posible nocividad del sujeto, o en meras suposiciones o probabilidades, sino en causas reales y en hechos consumados y probados; pues de no ser así se anula el principio básico de presunción de inocencia que opera en favor de toda persona, y se le estaría sancionando y afectando anticipadamente en supuesta previsión y prevención de situaciones cuya realización no ha sucedido y que incluso quien sabe si llegaran a ocurrir. En suma, la idea es no sancionar de manera anticipada a las personas extranjeras por el mero hecho de serlo, y por cuestiones que no serían sancionables si fueran nacionales.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Tesis (5a.), EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo II, p. 146. Reg. IUS. 811457.

<sup>31</sup> Este tipo de medidas son semejantes a las disposiciones que se encuentran dentro del llamado Derecho Penal del Enemigo, el cual se caracteriza por dar una diversidad de trato a los ciudadanos por una parte y a los extraños y

Incluso como ya se ha mencionado, es preciso decir que la reforma de 2011 al artículo 33o., aunque benéfica y de avanzada con respecto al texto anterior, a nuestro modo de ver se quedó corta pues debió de haberse quitado por completo la limitante establecida todavía actualmente en el artículo 11o. a "extranjeros perniciosos" para permanecer en nuestro país y debió haberse derogado todo lo relativo a la expulsión de extranjeros establecida en el artículo 33o., dejando a las personas extranjeras en el goce de todas las garantías procesales de que goza cualquier persona nacional mexicana en el caso de privación de sus derechos, pues ya que en nuestra opinión lo anterior constituye una discriminación hacia las personas en virtud de su lugar de nacimiento, la cual es violatoria no sólo de diversos pactos de Derechos Humanos sino incluso también de lo establecido por nuestra propia Constitución en el artículo 1o. que prohíbe toda discriminación motivada por origen nacional.

La mencionada limitación que establece el artículo 11o. constitucional en su parte final relativa a que el derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia está subordinada a las facultades de la autoridad administrativa en los términos de ley para establecer limitaciones a los "extranjeros perniciosos residentes en el país", resulta bastante ambigua y difícil de definir pues no queda precisado constitucionalmente que persona extranjera es "perniciosa" o notoriamente dañina. ¿En términos de qué o de quién pueden considerarse tal situación? Sin lugar a dudas esta fue la base para apoyar la expulsión constitucional inmediata y sin previo juicio que durante tantos años estableció el artículo 33o.

Es preciso acotar que no se cuestiona que existan casos en los que una persona extranjera pueda ser objeto de una decisión que le haga abandonar el país por causas suficientes establecidas en la ley, como podrían ser las de comisión de delitos o de faltas administrativas graves, inherentes a cuestiones de emigración e inmigración o salubridad general de la República, limitantes éstas que están previstas por separado en el propio artículo 11o. Lo que se cuestiona es que no existan motivos claros y suficientes para expulsar del país a una persona extranjera, y que ello se dé sin las debidas garantías del debido proceso.

### III. Expulsión de extranjeros y el derecho internacional

Incluso desde el punto de vista del derecho internacional, el derecho de un Estado de expulsar discrecionalmente a los extranjeros cuya presencia considera indeseable, lo mismo que el

---

enemigos por otra, sancionando a los primeros por los hechos cometidos y a los segundos de manera anticipada por los que podrían llegar a cometer. Para más detalle sobre la cuestión se recomienda ver el texto de Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2007.

derecho a negar la admisión a éstos, se ha considerado como un atributo de la soberanía del Estado, pero aun cuando los motivos de expulsión del extranjero pueden ser determinados por cada Estado de acuerdo a su criterio, no debe abusarse del derecho de expulsión. De esta manera incluso el Estado de la nacionalidad del extranjero que ha sido expulsado, puede hacer valer su derecho de investigar los motivos de la expulsión y la suficiencia de la prueba de los cargos en que ésta se ha basado.<sup>32</sup>

En relación con los motivos de la expulsión, cabe distinguir si se trata de tiempos de guerra o tiempos de paz. En los tiempos de guerra se considera que el Estado beligerante tiene el derecho de expulsar a los extranjeros enemigos que se encuentren en su territorio. Mientras que en tiempo de paz los extranjeros sólo pueden ser expulsados en servicio de los intereses del orden o bienestar público o por razones de seguridad interna o externa del Estado (*Boffolo Case Italy-Venezuela*).<sup>33</sup> Cabe señalar que regularmente se han tenido consideraciones especiales a aquellos extranjeros que han sido residentes o se han dedicado a negocios durante cierto tiempo en el territorio del Estado.<sup>34</sup>

En este sentido la Corte IDH ha señalado, que en el ejercicio de la facultad que tienen los Estados para fijar políticas migratorias, pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas extranjeras, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de derechos humanos establecidas en la CADH. Esto es que aunque los Estados tienen un ámbito de discrecionalidad para determinar sus políticas migratorias (actos, medidas u omisiones institucionales), los objetivos que se busquen con ellas deben respetar los derechos humanos de las personas, debiéndose dar un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.<sup>35</sup>

En todo caso cualquier autoridad pública (administrativa, legislativa y judicial) cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas debe adoptar tales decisiones con pleno respeto a las garantías del debido proceso legal, es decir observando el conjunto de requisitos que deben llevarse a cabo en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto de autoridad que pueda afectarlos. Por esta razón y toda vez que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona independientemente de que sea nacional

<sup>32</sup> Oda, Shigeru, "El Individuo...", *op. cit.*, p. 462.

<sup>33</sup> 1903. 10 R.I.A.A. (Reports of International Arbitral Awards), 528.

<sup>34</sup> Oda, Shigeru, "El Individuo...", *op. cit.*, p. 462.

<sup>35</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos...*, *supra* nota 27, párr. 116; y Corte IDH. *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000.



o extranjera, la administración no puede dictar actos sancionatorios sin otorgar a las personas sometidas a dichos procesos las garantías mínimas respectivas.<sup>36</sup>

Otra cuestión importante es el párrafo final del artículo 33o. que siendo parte del viejo texto de dicho numeral quedó subsistente y no fue tocado en la reforma de 2011, dicho párrafo establece que "los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país". Tal mención resulta ser por demás ambigua e imprecisa una vez más, pues no especifica a qué se refiere tal situación y podría dejar la puerta abierta para que en la ley respectiva se establecieran supuestos que tuvieran que ver con manifestar opiniones o posturas por parte de una persona extranjera, y que pudieran ser consideradas como motivo suficiente para de algún modo justificar su expulsión.<sup>37</sup>

Otro aspecto fundamental no menos importante es el relativo a las reservas formuladas por nuestro país a instrumentos internacionales en atención a la anterior redacción del artículo 33o. de la Constitución, tema al que ya nos hemos referido anteriormente. A este respecto es preciso decir que de acuerdo con el espíritu de la reforma constitucional que recientemente en el 2011 se hizo a la Constitución en materia de derechos humanos y de conformidad a la nueva redacción del mencionado artículo 33o., y toda vez que las reservas hechas no desaparecen de manera automática del orden internacional, dichas reformas deberán ser retiradas por el Ejecutivo siguiendo el procedimiento constitucional interno consistente en solicitarlo y obtener la aprobación del Senado, de acuerdo a lo que establecen los artículo 76o. fracción I y 89 fracción X de la propia Constitución.

De esta manera al hacerlo serán totalmente aplicables tanto en lo interno como en lo internacional, las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales antes mencionados y que determinan lo siguiente:

- Convención sobre Condición de Extranjeros (1928)
  - Artículo 5. "Los Estados deben reconocer a los extranjeros, domiciliarios o transeúntes en su territorio, todas las garantías individuales que reconocen a favor de sus nacionales y el goce de los derechos civiles esenciales, sin perjuicio en cuanto concierne a los extranjeros, de las prescripciones legales relativas a la extensión y modalidades del ejercicio de dichos derechos y garantías".

<sup>36</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. . . , *supra* nota 14, párr. 142-143.

<sup>37</sup> Bajo el amparo del antiguo texto del artículo 33o. esta fue una de las causas en base a las cuales se expulsó del país a bastantes personas extranjeras. Cabe mencionar que en otros países incluso los extranjeros llegan a tener ciertos derechos políticos, como votar e incluso ser votados.

- Artículo 6: "Los Estados pueden, por motivo de orden y seguridad pública, expulsar al extranjero domiciliado, residente o simplemente de paso por su territorio".
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
  - Artículo 13: "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".
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990)
  - Artículo 22
    1. Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.
    2. Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.
    3. La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento.
    4. Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan

a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.

5. Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate.
6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.
7. Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen.
8. Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta. Podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje.
9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden.

Artículo 56:

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares a los que se refiere la presente parte de la Convención no podrán ser expulsados de un Estado de empleo salvo por razones definidas en la legislación nacional de ese Estado y con sujeción a las salvaguardias establecidas en la parte III.
2. No se podrá recurrir a la expulsión como medio de privar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo.
3. Al considerar si se va a expulsar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo, deben tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario y

también el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el Estado de empleo.

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

#### Artículo 32. Expulsión

1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.
2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.
3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.

#### Artículo 33. Prohibición de Expulsión y de Devolución. (Refoulement)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia o determinado grupo social o de sus opiniones políticas.
2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Por otra parte y del mismo modo, la ley reglamentaria que se expida así como la aplicación que se haga del nuevo texto del artículo 33 constitucional, deberá tomar en cuenta fundamentalmente (aunque no exclusivamente) lo establecido en las siguientes disposiciones de carácter internacional contenidas en las declaraciones y tratados internacionales que a continuación se señalan.

- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: Artículos 2, 7, 8, 9, 10, 13.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948: Artículo XVIII.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: Artículos 12, 13 y 14.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969: Artículos 1, 2, 5, 7, 8, 22.

Hay que apuntar que en el plano internacional, la cuestión de la expulsión de extranjeros procede propiamente de lo establecido en el artículo 13 del PIDCP y de los que prevé el párrafo 6 del artículo 22 de la Convención Americana, disposiciones ambas que reconocen el derecho de la persona extranjera que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado, a no ser expulsada sin un mínimo del debido proceso. La CADH establece que la persona extranjera en tal situación sólo podrá ser expulsada en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. En tanto que el PIDCP establece dos garantías adicionales: la primera el derecho a ser oída y la segunda el derecho a solicitar la revisión de la decisión y a ser representada ante la instancia que revise la misma. Ambas garantías por supuesto están condicionadas a la ausencia de "razones imperiosas de seguridad nacional". La Convención Americana también señala como una garantía igualmente, la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros.<sup>38</sup>

Como se puede apreciar el reconocimiento expreso del derecho antes mencionado es relativamente reciente pues no proviene directamente como tal ni de la Declaración Universal de Derechos Humanos ni de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aunque en realidad puede considerarse como una *lex specialis*, es decir como una manifestación específica del derecho al debido proceso que sustituye a la manifestación genérica.<sup>39</sup>

Cabe decir que la aplicación que se haga del artículo 33o. constitucional deberá ser lo más garantistas posible, de conformidad con el principio "pro persona", establecido en el nuevo

<sup>38</sup> O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, OACNUDH/EGAP-ITESM, 2007, p. 591.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

artículo 1o. constitucional,<sup>40</sup> debiendo tomarse en cuenta de igual forma no sólo lo establecido por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino también la interpretación realizada por la jurisprudencia emitida por los tribunales internacionales.

Así ha quedado establecido por la siguiente tesis aislada emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativas y del Trabajo del Décimo Primer Circuito:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO. Tratándose de los Derechos Humanos, los tribunales del Estado Mexicano como no deben de imitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los Tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el poder de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque este implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.<sup>41</sup>

Igualmente en este tenor el Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer Circuito con residencia en el Distrito Federal al resolver el amparo directo 505/2009 del 21 de enero del 2010 sostuvo la siguiente tesis:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que

<sup>40</sup> Artículo 1. Segundo párrafo: "...Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

<sup>41</sup> Tesis: XI.1o.A.T.47 K (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Mayo de 2010, p. 1932. Reg. IUS. 164611.

contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia.<sup>42</sup>

Con respecto al tema de control de convencionalidad que deben hacer los tribunales nacionales (órganos jurisdiccionales en sentido amplio), resulta muy valioso consultar el magnífico estudio realizado por el juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en su Voto Razonado en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010. Igualmente resulta fundamental consultar la resolución dada por el pleno de la Suprema Corte al expediente de "VARIOS" 912/2010, en virtud del cual y con motivo del Caso Radilla, se establecen las obligaciones de control de convencionalidad que deberán tener todos los jueces del Estado mexicano en materia de derechos humanos.

Finalmente es preciso señalar que la Corte Interamericana ha señalado que los Estados, deberán adecuar su legislación interna a las disposiciones de la Convención Americana para que sean efectivos los derechos en ella reconocidos, y ello deberá también traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes.

Asimismo y en virtud de que el Estado se encuentra obligado a velar por el efecto útil de la Convención Americana, los órganos que ejerzan funciones jurisdiccionales de cualquiera de sus poderes, deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad "ex officio" entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.<sup>43</sup> En conclusión, la conducta del Estado en todos sus ámbitos en lo concerniente a la materia migratoria, deberá ser acorde plenamente con la Convención Americana.

<sup>42</sup> Tesis: I.4o.A.91 K (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, Marzo de 2010, p. 2927. Reg. IUS. 165074.

<sup>43</sup> Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 202; Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá...*, *supra* nota 14, párr. 286-287; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 218, 338-339; Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párrs. 198, 225 y 233.

## Criterios editoriales

### 1. Nacionales

- Tesis: XI.1o.A.T.47 K (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Mayo de 2010, p. 1932. Reg. IUS. 164611.
- Tesis: I.4o.A.91 K (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, Marzo de 2010, p. 2927. Reg. IUS. 165074.
- Tesis (5a.), EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo II, p. 146. Reg. IUS. 811457.
- Tesis (5a.), EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo II, p. 146. Reg. IUS. 811455.
- Tesis 38 (6a.), FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO, México, Apéndice 2000, Tomo III, p. 45. Reg. IUS. 910971.
- Tesis P. LXII/98 (9a.), FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE LAS CONCEDIDAS A LA AUTORIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo VIII, Septiembre de 1998, p. 56. Reg. IUS. 195530.
- Tesis (5a.), EXTRANJEROS, EXPULSIÓN DE, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo CX, p. 113. Reg. IUS. 319115.
- Tesis (5a.), EXTRANJEROS, SU EXPULSIÓN DEBE SER JUSTIFICADA, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo XCV, p. 720. Reg. IUS. 320612.



## 2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrs. 170-171.
- Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.
- Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
- Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.
- Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 119.
- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.
- Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.
- 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.
- Corte IDH. *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000.
- ICJ. *Caso Lagrand Case (Alemania v. Estados Unidos de América)*. 2 de marzo de 1999. No. 104.
- ICJ. *Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México v. Estado Unidos de América)*. 9 de enero de 2003. No. 128.