

EXTRANJEROS Y DEBIDO PROCESO LEGAL

Gabriela RODRÍGUEZ HUERTA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Debido proceso y extranjeros*. III. *El artículo 33 constitucional previo a la reforma y el debido proceso*. IV. *El artículo 33 constitucional reformado y el debido proceso*.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución mexicana señala en su artículo 33 quiénes son las personas extranjeras, y remite al artículo 30 de la misma, que dispone quiénes son los mexicanos. Así por exclusión, nuestra norma fundamental establece que son personas extranjeras aquellas que no llenan los requisitos señalados por aquel precepto para ser mexicanos.

La determinación de la nacionalidad es un acto soberano de cada Estado; asimismo, lo son los requisitos de ingreso y permanencia de los extranjeros en el país. Sin embargo, si bien éste es un acto soberano, en la actualidad el reconocimiento de los derechos humanos de los extranjeros rebasa la soberanía estatal. La política migratoria está condicionada al respeto general de los derechos humanos. Hay ciertos derechos, como es el caso del debido proceso legal, el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, que son considerados normas de *jus cogens*,¹ asignados a todas las personas, los cuales son inderogables y no pueden ser suspendidos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la existencia de derechos no suspendibles en la Convención Americana, y en este sentido señala que no resulta admisible ninguna reserva destinada a permitir a su autor la suspensión de algún derecho que la Convención reconoce como no suspendible. En otras palabras, la suspensión de determinados derechos no puede efectuarse con reserva ni sin ella, ya que dicha suspensión iría en

* Profesora en el Departamento Académico de Derecho del ITAM.

¹ CIDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, párr. 101.

contra del objeto y fin del tratado. Dicha opinión conecta los principios de inderogabilidad y el de incompatibilidad, estableciendo con ello que los derechos no suspendibles pertenecen a la categoría de normas de *jus cogens*,² por lo que el debido proceso legal no puede suspenderse en cuanto constituye una condición necesaria para que los instrumentos procesales regulados por la Convención puedan considerarse como garantías judiciales, como sería el caso del amparo y el hábeas corpus.

El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la observación general 15, ha destacado que

el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto no está limitado a los ciudadanos de los Estados partes, sino también debe de estar al alcance de todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su condición de apátridas, entre ellos los solicitantes de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y demás personas que estén en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado parte.³

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

Dividiremos el presente trabajo de la siguiente forma: en primer lugar nos referiremos al debido proceso y los extranjeros; en segundo lugar, al artículo 33 constitucional antes de la reforma sobre derechos humanos; en tercer lugar, a la reforma de dicho artículo en el contexto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

II. DEBIDO PROCESO Y EXTRANJEROS

El tema de extranjeros y debido proceso podríamos desglosarlo en varios supuestos: extranjeros, migrantes, refugiados y asilados. Son categorías diferentes que requieren de una protección especial, que si bien todas ellas

² Rodríguez Huerta, Gabriela, *Tratados sobre derechos humanos. El sistema de reservas*, México, ITAM-Porrúa, 2005, p. 58.

³ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de las medidas provisionales *caso de Haitianos y Dominicanos de Origen haitiano en la República Dominicana* estableció: “La Comisión reconoce que la política migratoria de cada estado es una decisión soberana suya; sin embargo, la misma tiene límites. Así, de conformidad con la Convención Americana, esta política debe reconocer a los extranjeros con status legal, el derecho a no ser deportados, sino por decisión fundada en la ley y debe de prohibir la expulsión colectiva de extranjeros, con o sin status legal. Asimismo, la política inmigratoria debe de garantizar para cada caso una decisión individual con las garantías del debido proceso...”, párr. 11.

comparten la obligación del Estado de otorgarles un debido proceso, éste debe responder a las necesidades y diferencias de cada una de ellas. En el presente análisis son referiremos en términos generales a los extranjeros.

Actualmente el debido proceso es considerado como una de las conquistas más importantes que ha logrado la lucha por el respeto de los derechos fundamentales de la persona. Los antecedentes de la garantía del debido proceso se remontan a la Carta Magna inglesa de 1215,⁴ donde Juan Sin Tierra otorga a los nobles ingleses entre otras garantías la del *due process of law*. La cláusula 48 de dicho documento disponía que “ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus partes, según la ley del país”. Del derecho inglés, la garantía del debido proceso, que sólo amparaba a los nobles, pasó a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica incorporándose en la V y la XIV enmiendas. En la V enmienda, incorporada en 1791, se estableció que “ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal”. En la segunda, realizada en 1866, se dispuso que “ningún estado privará a persona alguna de la vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal, ni negará, dentro de su jurisdicción a persona alguna igual protección ante la ley”. A fines del siglo XIX, el debido proceso evolucionó, a través de la jurisprudencia norteamericana, de una garantía procesal, a una garantía sustantiva. El debido proceso fue incorporado en la mayor parte de las Constituciones del siglo XX, y se encuentra consagrada en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

El debido proceso puede ser definido como el conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

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

De acuerdo con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el artículo 1o. señala que en México todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados in-

⁴ Otros de los antecedentes del debido proceso los encontramos en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y en la Constitución española de 1812.

ternacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y que, entre otras, queda prohibida toda discriminación motivada por origen nacional.

La esencia del debido proceso, de acuerdo con lo establecido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, es el derecho de toda persona 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.⁵

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

La Corte Interamericana ha determinado que las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana se aplican en relación con cualquier autoridad, ya sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas... cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana. En el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte Interamericana aplicó dicho criterio a las actuaciones de la Dirección General de Migraciones y Naturalizaciones.⁶

Esa dirección administrativa carecía de la naturaleza de un tribunal administrativo. En dicho asunto la Corte Interamericana estableció el amplio alcance del debido proceso, el cual alcanza a todos los órganos estatales que dentro de un proceso determinen derechos y obligaciones de los individuos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales, dentro de un proceso, debe respetar el debido proceso legal.

En relación con la expulsión de México de tres misioneros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que a las víctimas no se les había respetado el debido proceso, ya que se les había privado del derecho de ser asistidas por un defensor, del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formulaban y, en consecuencia, para defenderse de

⁵ Artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁶ Corte Interamericana, *caso Ivcher Bronstein* (fondo), párrs. 103 y 104 (2001).

ellas, y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para preparar su defensa.⁷

El 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 sólo *ratione materiae*, sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.⁸

Como hemos señalado, el debido proceso es un derecho fundamental que debe ser respetado por el Estado en todo proceso, tanto de nacionales como de extranjeros, bajo los principios de no discriminación e igualdad. Sin embargo los Estados deben tomar en cuenta que para cumplir con una protección adecuada deberán tomarse ciertas medidas, en el caso de los extranjeros.

Lo anterior ya lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva sobre la asistencia consular (OC-16):

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe de reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados a la justicia... por ellos se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular.⁹

Para la Corte Interamericana, la asistencia consular constituye un medio para la defensa del inculpado, que repercute en el respeto de sus otros derechos procesales, y por lo tanto forma parte de las garantías mínimas que deben tener los extranjeros para preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.

El desarrollo histórico del debido proceso ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. El debido proceso no es un concepto acabado ni comprende un número determinado de derechos, sino que de manera progresiva se ha ido integrando por las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.¹⁰

⁷ CIDH, caso *Riebe Star y otros contra México*, caso 11.610, 13 de abril de 1999, párrs. 59 y 60.

⁸ CIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, párr. 122.

⁹ Corte IDH, opinión consultiva sobre la asistencia consular (OC-16), párrs. 119 y 120.

¹⁰ CIDH, *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. 4. 28.

El debido proceso no sólo constituye un derecho fundamental para todas las personas. En el caso de los extranjeros, es una defensa fundamental contra el ejercicio arbitrario del poder frente a los Estados de los cuales no se es súbdito. El Estado que auxilia a su nacional en el extranjero podrá asistir al detenido en diversos actos de su defensa, como el otorgamiento o patrocinio de un abogado, la obtención de pruebas en su país de origen, verificación de las condiciones de detención, entre otras. Una vez que el Estado que lleva a cabo la detención conoce la calidad de extranjero de la persona detenida, debe hacerle saber, sin dilación, al detenido, los derechos que tiene en su calidad de extranjero, además de informarle de aquellos que tiene cualquier persona privada de su libertad. La notificación del derecho a la asistencia consular debe realizarse en el momento de la detención, ya que dicha notificación constituye un medio para que los extranjeros puedan hacer uso de otros derechos que la ley les reconoce.¹¹

Es preciso asegurar que el acusado extranjero entienda los cargos que se le formulan y el contenido exacto de los derechos procesales que tiene a su disposición; por eso es importante la asistencia consular oportuna.

III. EL ARTÍCULO 33 CONSTITUCIONAL PREVIO A LA REFORMA Y EL DEBIDO PROCESO

Las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843 establecieron, dentro de las facultades del presidente, la de expeler de la República a los extranjeros no naturalizados perniciosos a ella. Las razones: un gobierno conservador que no favorecía la migración y la pérdida reciente de Texas. La disposición constitucional en comento se encuentra en la Constitución de 1857. Dicha disposición surgió ante el temor de una invasión extranjera, como la estadounidense de 1848, y el peligro latente que representaban las monarquías europeas. Parece que dicha disposición buscaba evitar la intervención de otros Estados en asuntos nacionales.

La Constitución de 1917 mantuvo dicha disposición; el hecho de que ante la expulsión no había recurso alguno hacía a esta facultad lo suficientemente efectiva para evitar la intervención de los extranjeros en la vida

¹¹ Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares. “Artículo 36.1, c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir a favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello”.

política de la nación. El artículo 33 antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos establecía, primero, qué sujetos poseían la calidad de extranjeros; segundo, les reconocía a ellos el goce de las garantías individuales que la misma Constitución reconoce a toda persona; tercero, el presidente de la República podía expulsar del territorio nacional a los extranjeros cuya permanencia juzgara inconveniente, y cuarto, prohibía a los extranjeros inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Ya mencionamos que la Constitución define a los extranjeros como aquellos que no son nacionales, lo cual es un acto soberano. Sin embargo, la facultad de expulsión de extranjeros perniciosos por parte del presidente y la prohibición de inmiscuirse en asuntos políticos implicaba la imposibilidad de los extranjeros de tener acceso al debido proceso frente a la expulsión decretada por el Ejecutivo; de ejercer el derecho de petición en materia política, así como el derecho de asociación para tratar asuntos del orden político.

En relación con el acto de expulsión, la Suprema Corte manifestó lo siguiente: “la disposición del artículo 33 constitucional, en el sentido de la facultad que concede al Presidente de la República para expulsar, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero a quien juzgue pernicioso, es tan determinante, que no admite interpretación alguna”.¹²

Así, antes de la reforma el Ejecutivo podía expulsar a los extranjeros perniciosos sin derecho de audiencia, pero ¿quién se consideraba como un extranjero pernicioso? Pues de la práctica se desprende que esta consideración quedaba en manos del Ejecutivo.

En las discusiones del Constituyente de 1917 había una preocupación por delimitar la aplicación del artículo 33. Ahí se discutió si se podían establecer ciertas causales que dieran origen a la expulsión, entre las que destacaba que el extranjero se dedicara a oficios inmorales, tales como torero, jugadores, vagos, ebrios consuetudinarios, a los que de cualquier forma pusieran trabas al gobierno legítimo de la República o conspiraran contra la integridad de la misma, entre otras.¹³ Si bien se consideraba un acto discrecional propio del Ejecutivo de orden público, el presidente debía fundar y motivar la causa legal de su procedimiento, ya que los actos no pueden ser arbitrarios, sino que deben estar sujetos a las normas que la misma carta fundamental y las leyes establecen.¹⁴

¹² *Semanario Judicial de la Federación*, artículo 33 constitucional, IV, Quinta Época, tesis aislada, materia constitucional, administrativa, p. 323.

¹³ Bernal, Beatriz, “México y Cuba: caminos divergentes en materia de expulsión de extranjeros”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1996, p. 25.

¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación XCV*, Quinta Época, Primera Sala, materia penal, p. 720.

Es decir, el acto de expulsión debería estar fundado, respetando así la legalidad del acto.

Artículo 33 constitucional y compromisos internacionales

La posición del Estado mexicano respecto del artículo 33 constitucional se manifestaba en el momento de adherirse a instrumentos internacionales de derechos humanos. En primer lugar, tal fue el caso de la reserva formulada al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; en segundo lugar la declaración de la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en tercer lugar, la declaración interpretativa y la reserva a la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

El artículo 13 del Pacto señala:

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

El Pacto garantiza el derecho de audiencia, salvo en los casos en que se argumente “seguridad nacional”; asimismo, consagra ciertas garantías dentro del proceso de expulsión. Primero, la posibilidad del extranjero de ser escuchado, tener un recurso de revisión de la decisión de expulsión y la posibilidad de nombrar un defensor. Dicho compromiso internacional se contraponía a lo establecido en el antiguo artículo 33, por lo que México formuló una reserva al mismo.

A casi dieciocho años de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de México,¹⁵ nuestro país reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, lo cual “contribuiría a fortalecer la vigencia del Estado de derecho, a modernizar y a comple-

¹⁵ Nuestro país ratificó el Pacto de San José el 24 de marzo de 1981, con dos declaraciones interpretativas, una al párrafo 1o. del artículo 4o. (derecho a la vida) y otra al artículo 12 (libertad de conciencia y religión), y una reserva al artículo 23, párrafo 2 (derechos políticos), y en ese momento no reconoció la competencia contenciosa de la Corte.

mentar el andamiaje interno que se ha desarrollado progresivamente para la protección de los derechos humanos y a combatir la impunidad”. El instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte fue depositado ante el secretario general de la OEA el 16 de diciembre de 1998, y dicha declaración¹⁶ fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de febrero de 1999.

De acuerdo con la Convención Americana, el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte se realiza por los Estados parte a través de una declaración, según lo establece el artículo 62 de la misma:

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que *reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la aplicación o interpretación de dicha Convención* (énfasis añadido).

2. La declaración puede ser *hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos* (énfasis añadido). Deberá de ser presentada al secretario general de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia de reconocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Como se desprende del citado artículo, la aceptación de la jurisdicción de la Corte la hacen los Estados a través de una mera declaración, la cual no implica un cambio fundamental de los términos en que fue ratificada la Convención Americana; sin embargo, esto no parece ser así bajo la óptica del gobierno mexicano, ya que la declaración de México pretende hacer una reinterpretación de los términos en que fue aceptada la Convención. Dichos términos de la declaración son los siguientes:

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

¹⁶ Internamente a la declaración de la aceptación de la competencia de la Corte se le dio el tratamiento de un tratado internacional, por lo que se llevó a cabo el procedimiento establecido por el artículo 133 constitucional.

la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (énfasis añadido).

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

3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado.

Si hacemos una interpretación correcta del artículo 62.1 de la Convención, según lo que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículos 31, 32 y 33), parece que dicho artículo no permite la celebración de ningún tipo de reservas como la que se pretende. Independientemente de las consideraciones particulares que tengamos sobre la aplicación del artículo 33 constitucional¹⁷ en materia de derechos humanos, la aceptación de dicha reserva llevaría implícita la reserva por parte del gobierno mexicano de una serie de derechos consagrados en la Convención para el caso de los extranjeros. Es decir, implicaría reservas a la Convención misma de los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 8 (garantías judiciales), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial), entre otros. Esto no es posible de acuerdo con el derecho de los tratados, ya que las reservas a los mismos solamente pueden ser hechas en el momento en que el Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por el tratado, y dicho consentimiento lo manifestó México en 1981.

Por otro lado, una reserva es una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado. De acuerdo con esta definición, existe una referencia directa a los artículos específicos del tratado internacional, los cuales pretende reservarse el Estado, porque de algún modo afectan sus intereses; en el caso planteado no hay una referencia específica a una norma del tra-

¹⁷ De acuerdo con la cancillería, son muy pocos los casos en los que se aplica el artículo 33 y en los demás procedimientos previstos por la Ley General de Población si se respeta la garantía de audiencia, lo cual en la práctica es realmente relativo, ya que tanto las disposiciones legales como reglamentarias de la materia permiten una actuación discrecional de la autoridad. Por otro lado, la utilización de términos como “permanencia inconveniente” y “extranjeros perniciosos”, cuyo contenido es determinado por la autoridad, producen una gran inseguridad jurídica.

tado, sino que es una reserva general a la competencia de la Corte y a la Convención misma en todo lo que se oponga a la aplicación del artículo 33 constitucional, el cual es derecho interno del Estado. Habría que analizar si esta reserva, formulada de este modo, no viola el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Celebración de Tratados.¹⁸

El gobierno mexicano pretendió fundamentar su reserva en la supuesta práctica de los Estados parte de la Convención para excluir ciertos tipos de caso de la competencia de la Corte, y utiliza como ejemplos los casos de Argentina y Chile,¹⁹ los cuales en realidad no tienen nada que ver con la reserva propuesta por México. En el caso de Argentina, lo que hizo en el momento de aceptar la competencia contenciosa de la Corte fue hacer referencia explícita en la declaración de las reservas que había formulado en el momento de ratificar la Convención, y el caso de Chile es de una reserva expresa a la interpretación por parte de la Comisión y de la Corte del artículo 21 de la Convención (razones de utilidad pública). Esto implica en realidad una reserva a la Convención. Además de que existe una mala lectura de estas reservas, la práctica mayoritaria de los Estados parte de la Convención es aceptar la competencia de la Corte sin reserva ni restricción alguna.

Las únicas opciones en cuanto a los términos en los que se puede hacer la declaración son las establecidas en el artículo 62.2 de la Convención: “La declaración puede ser *hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos* (énfasis añadido)”. Si el punto 3 del proyecto de declaración establece que la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general, esto se traduce en la aceptación incondicional de la competencia de la Corte, por lo que existe una contradicción entre el punto 1 y el punto 3 de la Declaración.

Con respecto al punto dos de la declaración, el cual establece el inicio de la vigencia de la competencia contenciosa de la Corte, para el caso específico de México, esto es perfectamente válido, de acuerdo con el espíritu de la Convención y la práctica de los Estados, referente a la aceptación

¹⁸ El citado artículo establece la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. De este artículo se desprende la prohibición general para los Estados, de invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

¹⁹ Espino, Margarita, Documento *En relación a la propuesta de declaración que formula el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, septiembre de 1998.

de la jurisdicción contenciosa de un tribunal internacional;²⁰ sin embargo, existe una tendencia tanto nacional o internacional de permitir la aplicación retroactiva de una disposición o una norma que no perjudique a los particulares e inclusive los beneficie; habría que analizar si dicho principio podría aplicarse a la aceptación por parte de un Estado a la jurisdicción de un tribunal internacional.

En relación con los términos de la declaración antes señalados, parece que la última palabra la tendrían los Estados parte de la Convención, ya que en su momento, previo acuerdo del Senado, dicha propuesta fue transmitida al secretario general de la OEA, el cual la comunicará a los Estados miembros de la Organización, a quienes les corresponderá juzgar si los términos de la citada declaración no atentan contra el espíritu de la Convención y vulneran algún derecho consagrado en la misma. Sin embargo, hasta ahora los demás Estados que han aceptado la competencia de la Corte no han manifestado nada al respecto. Lo que tal vez pueda ocurrir es que dicha reserva sea declarada inválida por la Corte y que ésta reclame su competencia en los casos de aplicación del artículo 33 constitucional.

En relación con la ratificación de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la misma fue adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990. La ratificación de México tardó ocho años y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 1999.²¹

La Convención puede ser considerada como un instrumento de protección internacional de derechos humanos que atiende a las características y vulnerabilidad propia de los trabajadores, así como al reconocimiento del fenómeno creciente de migración internacional. La mayoría de la migración actual en el mundo responde a la búsqueda de mejores condiciones

²⁰ En la práctica esto implica que casos de los que conozca actualmente la Comisión o bien hayan sido conocidos por la misma y cuyas recomendaciones México no haya cumplido no puedan ser llevados ante la Corte (caso del general Gallardo, Ejido Morelia, Aguas Blancas, etcétera), salvo que aparecieran nuevos hechos que fueran posteriores a la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte por parte de nuestro país.

²¹ La Convención no ha entrado en vigor, ya que de acuerdo con el artículo 87.1 de esta se requiere de veinte ratificaciones o adhesiones a la convención para que entre en vigor, y hasta hoy sólo la han ratificado diez países. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 18 b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el Estado que ha ratificado una convención antes de que ésta entre en vigor está obligado a abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustre el objeto y fin del tratado durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.

de vida, y es una migración eminentemente económica que incluye tanto a trabajadores documentados como a indocumentados.

La ratificación de dicho documento por parte de México implica la suma de nuestro país a la voluntad política de importante número de países en el mundo que han considerado la necesidad de atender y resolver la problemática de los trabajadores migratorios. Este instrumento le otorga al gobierno mexicano la legitimidad de defender a los trabajadores mexicanos que se encuentran más allá de sus fronteras, así como lo obliga a reconocer los derechos de los trabajadores extranjeros que laboran dentro de su territorio.

México fue uno de los principales promotores de esta Convención, y a pesar de esto retrasó su ratificación argumentando que, ante la negativa de Estados Unidos de firmarla, la ratificación de la Convención por parte de México sería una muestra de debilidad frente a nuestro vecino del norte. Pero realmente ésta no era la única razón para no ratificar la Convención; ciertas disposiciones jurídicas internas se oponían a la vigencia plena del instrumento dentro del orden jurídico mexicano; a la cabeza de éstas se encontraba el artículo 33 constitucional. Así las cosas, la primera iniciativa de ratificación de la Convención propuesta por la Secretaría de Relaciones Exteriores incluía dos reservas a la Convención: a los artículos 18 (debido proceso) y 22 (garantías en caso de expulsión) de ésta. El Senado rechazó la reserva al artículo 18, con lo cual se garantiza igual acceso a la justicia para los trabajadores migratorios frente a los nacionales, y acotó la reserva del artículo 18, prohibiendo con ello la expulsión colectiva, pero manteniendo la reserva respecto de la fracción IV²² de dicho artículo y haciendo una declaración interpretativa a la Convención, para quedar la ratificación de México de la siguiente forma:

Declaración interpretativa

Al ratificar la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos reafirma su voluntad política de lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios de acuerdo con lo dispuesto por este instrumento internacional. Todas

²² “Artículo 22. ...

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, tendrá derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión”.

las disposiciones de esta Convención *se aplicarán de conformidad con su legislación nacional* (énfasis añadido).

Reserva

El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos hace reserva expresa respecto del párrafo 4 del artículo 22 de esta Convención, exclusivamente por lo que se refiere a la *aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 125 de la Ley General de Población*²³ (énfasis añadido).

En la declaración interpretativa, el Estado mexicano somete la aplicación de la Convención a su derecho interno; es decir, en lo que ésta no se oponga a cuerpos normativos tales como la Ley General de Población, la Ley Federal del Trabajo, la Ley General de Salud, etcétera. Claro que la Convención una vez ratificada por México se incorpora al derecho interno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 constitucional, y habría que analizar si los términos de dicha declaración no constituyen en sí misma una reserva general²⁴ a la Convención y una violación a lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.²⁵

Respecto de la reserva formulada, el artículo 22.4 de la Convención establece:

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 someter su caso 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.

Es clara la contradicción de esta disposición con el artículo 33 constitucional previo a la reforma, pues éste prevé que no media revisión alguna en el procedimiento de expulsión decretado por el Poder Ejecutivo. Dicha reserva no sólo implica la no aplicación del artículo 22.4 de la Convención,

²³ *Diario Oficial de la Federación*, 10 de febrero de 1999.

²⁴ El Comité de Derechos Humanos establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha establecido que las reservas de carácter general no son aceptables; deben referirse a una disposición concreta. Las reservas formuladas en términos generales privarían de efecto a todos los derechos que necesiten que las leyes nacionales sean modificadas, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto. *Cfr.* Informe del Comité de Derechos Humanos, vol. I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo periodo de sesiones.

²⁵ “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

sino que atenta contra una serie de derechos contenidos en ésta, ya que la no aplicación de la citada disposición afecta derechos tales como los contenidos en los numerales siguientes:

Artículo 7. Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención...

Artículo 14. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a injerencias arbitrarias...

Artículo 16. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad y la seguridad personales; a la protección efectiva del Estado...

El orden jurídico nacional adopta una postura monista nacionalista, aunque moderada, respecto de la recepción del derecho internacional. Así, a nivel interno, la Constitución se encuentra en el más alto nivel jerárquico del ordenamiento, y los compromisos internacionales adquiridos por México deben estar de acuerdo con ella; es por ello que al adquirir ciertas obligaciones internacionales, el Estado mexicano se reservó ciertas disposiciones que pudieran entrar en conflicto con normas constitucionales; tal sería el caso del artículo 22.4 de la Convención respecto del artículo 33 constitucional.

Bajo esta interpretación, es completamente válida dicha reserva, pero ¿por qué establecer la misma reserva respecto de la aplicación del artículo 125 de la Ley General de Población?²⁶ ¿Quiere decir que cuando por aplicación de la ley, una autoridad judicial decretaba la expulsión de un trabajador migratorio, éste no podrá interponer recurso alguno y pedir la suspensión de la expulsión? ¿Esto implicaba de facto la aplicación en estos casos del artículo 33 constitucional?

La expulsión que contemplaba el artículo 125 de la ley ¿podría equipararse con la deportación? Si así fuera, entonces el juez que conoce del amparo contra la expulsión debería otorgar de oficio la suspensión del acto reclamado. El *Diccionario jurídico mexicano* define a la deportación como aquel tipo de sanción que tiene por objeto, a diferencia del destierro, exiliar únicamente a residentes extranjeros de manera temporal o permanente fue-

²⁶ El artículo 125 de la Ley de Población establecía: “Al extranjero que incurra en las hipótesis previstas en los artículos 115, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127 y 138 de esta Ley, se le cancelará la calidad migratoria y será expulsado del país sin perjuicio de que se apliquen las penas establecidas en dichos preceptos”. Dicho artículo fue derogado el 25 de mayo de 2011.

ra del país por motivos especialmente de oportunidad política, siendo ésta también susceptible de aplicación en relación con aquellos sujetos presuntamente responsables de haber infringido sustancialmente normas de orden jurídico nacional, y constituyendo así un eficaz medio de liberarse la sociedad de personas calificadas como peligrosas para la cohesión de la misma.²⁷

Según lo establecido por la definición citada, dentro de la deportación se incluirían los supuestos que contemplaba la Ley General de Población, cuya sanción era la expulsión. Respecto de la deportación, la jurisprudencia se ha pronunciado en el siguiente sentido:

Deportación: Aunque es cierto que a la Secretaría de Gobernación corresponde la vigilancia de la entrada y salida de los nacionales y extranjeros y la documentación de los mismos, así como también la vigilancia de las disposiciones que dice respecto a la permanencia en el país y actividades de los inmigrantes y no inmigrantes, la deportación decretada por las autoridades de la Secretaría de Gobernación, debe basarse en hechos ciertos que justifiquen la necesidad de la medida.

En la Ley General de Población se presentan los casos en que un extranjero debe de ser expulsado del país, por haber incurrido en hechos ilícitos específicamente señalados en ese ordenamiento y se señalan las penas de carácter pecuniario y aun corporal, cuando el extranjero incurre en la comisión de un hecho delictuoso de los específicamente señalados en dicha ley (artículo 125).²⁸

De acuerdo con esta tesis, la deportación equivale a la expulsión que se establecía en el artículo 125 de la Ley General de Población, por lo que el juez de amparo debería otorgar la suspensión de oficio del acto reclamado, o sea la expulsión. Sin embargo, la tendencia jurisprudencial sobre el tema ha sido el no otorgar la suspensión en caso de expulsión por lo dispuesto en la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo:

Artículo 124. Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los requisitos siguientes:

...

II. Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.

Así, la interpretación de los tribunales ha sido en el sentido de que la expulsión de extranjeros es una cuestión de orden público, y por lo tanto no procede la suspensión:

²⁷ *Diccionario jurídico mexicano*, t. 2, p. 912.

²⁸ Ejecutoria pronunciada por la Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Visible en la p. 2567 del t. CV, quinta época, del *Semanario Judicial de la Federación*.

DEPORTACIÓN, SUSPENSIÓN CON MOTIVO DE. Si se reclama en amparo la orden de la Secretaría de Gobernación para que el quejoso extranjero, sea deportado, la suspensión debe negarse, porque existe interés social en que se cumplan con toda exactitud las disposiciones que regulan la migración de los extranjeros; contra la aplicación de esas disposiciones, no procede la suspensión, porque no se llena el requisito que exige la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, que precisamente establece su procedencia, cuando no se ocasionen perjuicios al interés general; y tampoco podría admitirse para justificar la suspensión, que de ejecutarse el acto reclamado, se podrían irrogar al quejoso perjuicios de difícil reparación, porque aún cuando así fuera, debe tenerse en cuenta, el criterio que en tales casos debe prevalecer, sobre el interés individual cede ante el interés general en todas aquellas ocasiones en que ambos entran en pugna. Es inexacto que de negarse la medida, se deje sin materia el amparo, ya que las disposiciones legales referentes a actos consumados de un modo irreparable, aluden a aquellos en que es físicamente imposible volver las cosas al estado que tenían antes de la violación; lo cual no sucede, pues si llegara a resolverse favorablemente el amparo el quejoso estaría en la posibilidad de retornar al territorio nacional; con lo cual se le restituiría en el goce de la garantía individual que resultara violada.²⁹

Parece entonces congruente la reserva hecha por México con la interpretación que han hecho los tribunales respecto de la expulsión de extranjeros por aplicación de la Ley de Población. Sin embargo, parece que los tribunales han actuado en contra de lo establecido de manera expresa en el artículo 123 de la Ley de Amparo, la cual obliga al juez a otorgar de oficio la suspensión en caso de deportación, ya que de no concederse la suspensión el quejoso sería expulsado, y con su expulsión quedaría sin materia el amparo.

La eliminación de toda posibilidad de restricción a los extranjeros no parece una opción políticamente viable, ya que la mayoría de los Estados no renuncian por completo a su facultad de regular la migración, entendiendo dentro de esas facultades opciones tales como la restricción migratoria, la prohibición migratoria, la permanencia y la expulsión. Sin embargo, la protección internacional de los derechos humanos exige por parte de los Estados una serie de garantías mínimas a todas las personas que se encuentran dentro sus territorios, entre ellas el debido proceso.

Dada la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la derogación de diversas disposiciones de la Ley General de Población y la nueva Ley de Migración, el Estado mexicano debería proceder a retirar las reser-

²⁹ Tomo LXXXI. 21 de septiembre de 1944. 4 votos, Quinta Época Instancia: Primera Sala, fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo LXII, p. 1371.

vas que formuló a los instrumentos internacionales señalados, ya que con la reforma a los artículos 33 y 1o. ya no existe incompatibilidad de la norma fundamental con nuestros compromisos internacionales.

IV. EL ARTÍCULO 33 CONSTITUCIONAL REFORMADO Y EL DEBIDO PROCESO

El nuevo artículo 33 constitucional habla de las personas extranjeras, en lugar de los extranjeros, y señala que son aquellas que no posean las calidades determinadas por el artículo 30, y les reconoce los derechos humanos y garantías que reconoce la Constitución.

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

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

El reconocimiento del derecho de audiencia de los extranjeros a quienes se les aplique el artículo 33 les otorga la oportunidad de defenderse en juicio, de probar y alegar ante los tribunales o autoridades administrativas, las cuales en todo momento deben respetar el debido proceso legal. El debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se debe brindar a todo inmigrante, independientemente de su estatus migratorio.³⁰

Así, la ley reglamentaria del artículo en cuestión deberá otorgar el derecho al debido proceso en el proceso administrativo que se establezca.

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

Con la expedición de la Ley de Migración se establece que la política migratoria se sustenta, en primer lugar, en el respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, independientemente de su nacionalidad y situación migratoria. En el artículo 11 se reconoce su derecho al debido proceso:

³⁰ Corte IDH, OC 18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, septiembre de 2003, párr. 122.

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

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