
DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN
DE PERSONAS EXTRANJERAS:
UN COMENTARIO AL NUEVO
ARTÍCULO 33 CONSTITUCIONAL

MIGUEL CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Evolución histórica*. III. *El derecho internacional de los derechos humanos*. IV. *La reforma de 2011*.

Resumen: El artículo 33 de la Constitución mexicana ha sido, por mucho tiempo, un texto controvertido, ya que desde la independencia del país, y sobre todo a partir de la Constitución de 1857 y más aun de la de 1917 se ha permitido la expulsión de extranjeros del país sin juicio previo, como facultad discrecional del gobierno primero y después del Presidente de la República. En este artículo se analiza la evolución histórica de dicho artículo constitucional, y cómo, a raíz de la reforma constitucional del 2011 se le reconoció a los extranjeros la garantía de audiencia, legalidad y a la asistencia consular cuando se posicionen en los supuestos de la disposición, estando esto más acorde con el derecho internacional de los derechos humanos. Además se hace una breve reflexión sobre el papel de los extranjeros en los asuntos políticos del país, por ser parte del contenido del artículo constitucional que se analiza.

MIGUEL CARBONELL

Palabras clave: artículo 33, garantía de audiencia, legalidad, asistencia consular, participación política, derechos humanos.

Abstract: The article 33th of the Mexican constitution has been, for a long time, a controversial text, because since the independence of the country, and over all from the constitution of 1857 and even more of the one of 1917, it has been allowed the expulsion of aliens from the country without a previous trial, as a exclusive faculty of the government, first, and then of the President of the Republic. It is analyzed in this article the historical evolution of this constitutional provision, and how, after the constitutional amendment of 2011 was recognized to foreigners the right to a hearing, legality and to a consular assistance when positioned in the event of the provision, this being more in line with international law of human rights. It is done, also, a short reflection about the paper the foreigners could and may have in the political affairs of the country, because this is also contained in the constitutional article that is analyzed.

Key words: article 33th, right to a hearing, legality, consular assistance, political participation, human rights.

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 33 de la Constitución mexicana ha sido durante décadas trágicamente célebre. A lo largo del siglo XX y hasta que fue reformado mediante un decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2011 dicho artículo se refería a tres distintas cuestiones: a) definir a las personas que tienen la calidad de extranjeros; b) contener la facultad del Presidente de la República para expulsarlos del país; y c) prohibir que se inmiscuyeran en asuntos políticos.

Su texto actual es el siguiente:

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.

La primera frase del artículo no da lugar a mayores dudas: utiliza un criterio de exclusión para determinar quiénes son extranjeros y remite al artículo 30 para definirlo (por exclusión, repito). Recordemos que el artículo 30 contempla dos formas para adquirir la nacionalidad mexicana: la directa o por nacimiento y la indirecta o por naturalización (también llamada derivada). Fuera de los supuestos de ese artículo estamos ante una persona extranjera.

La parte del artículo 33 que durante años había dado lugar a intensos debates (y que había hecho de ese artículo uno de los más conocidos del texto constitucional) es la que establecía que el Presidente de la República podía hacer abandonar el territorio nacional a todo extranjero cuya permanencia juzgase inconveniente. Pero además esta facultad podía ejercerse de forma “inmediata” y “sin necesidad de juicio previo”. Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez no dudan en calificar (y tienen toda la razón)

a esa facultad –por fortuna ya acotada desde el año 2011– como “desbordante, que entra en pugna, de manera frontal y notoria, con el principio de legalidad y la garantía de audiencia”.¹

Aunque el sesgo arbitrario y discriminatorio que tenía ese precepto salta a la vista con su simple lectura, quizá convenga ofrecer algunos elementos de orden histórico para comprender (no justificar) por qué estuvo presente durante décadas en nuestro texto constitucional y de qué manera violaba varios compromisos internacionales firmados por el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Para empezar hay que decir que la razón por la que este precepto estuvo en el texto constitucional es de orden claramente histórico. Desde los primeros años posteriores a la Independencia, hubo preocupación en el territorio nacional por la posición todavía prevaleciente que tenían los nacionales españoles en cuestiones gubernativas y económicas, por lo que se intentó legitimar una vía jurídica con el objeto de expulsarlos del país.

Así por ejemplo, en los “Elementos constitucionales” de Ignacio López Rayón se disponía que solamente los extranjeros que favorecieran la libertad de independencia serían recibidos “bajo la protección de las leyes”. En otro contexto histórico, marcado también por la aguda crisis nacional que desemboca en la anexión por los Estados Unidos de una parte importante del territorio nacional, se recrudece la idea de facultar al gobierno para que pueda expulsar a los extranjeros.

Por esa razón las Bases Orgánicas de la República Mexicana ya facultaban al Presidente de la República para “Espeler de la República á los estrangeros no naturalizados, perniciosos á ella” (sic), de acuerdo con su artículo 87 fracción XXIV; esta regulación, afirma Manuel Becerra, derivaba en lo fundamental

¹García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, 2011, p. 160.

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

de la complicada relación entonces existente entre México y los Estados Unidos, sobre todo a la luz de los “ánimos expansionistas” del vecino del norte.²

A fin de cuentas, regulaciones como la de las Bases Orgánicas desembocarían en preceptos como el artículo 33 de la Constitución Federal de 1857, cuyo contenido ya se parece mucho al del texto que tuvo el artículo 33 de la Constitución de 1917, hasta antes de la reforma de junio de 2011. La diferencia principal quizá sea que el artículo 33 de la Constitución de 1857 se refiere a la facultad no del Presidente sino del “gobierno” y que tal facultad consiste en “expeler al extranjero pernicioso”.³

Con esos antecedentes llegamos hasta el proyecto de reformas a la Constitución de 1857 que presenta Venustiano Carranza ante el Congreso Constituyente de 1916-1917.⁴ En ese proyecto el Jefe del Ejército Constitucionalista recoge la esencia del artículo 33 de la Constitución de 1857, pero agrega algunas modificaciones importantes.

Para empezar, la facultad de expulsar a los extranjeros ya no reside en “el gobierno”, sino en el Presidente. Además, tal facultad permite al Presidente no solamente hacer abandonar el territorio nacional a los extranjeros, sino que tal expulsión será “inmediata” y “sin necesidad de juicio previo”.

Finalmente, el proyecto establecía que “Las determinaciones que el Ejecutivo dictare en uso de esta facultad, no tendrán

²Un completo análisis sobre el tema puede verse en Becerra Ramírez, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruz. Derecho constitucional y política* (David Cienfuegos y Miguel A. López Olvera, coordinadores), México, IJ-UNAM, 2005, pp. 60 y ss.

³Actualmente la única referencia a “extranjeros perniciosos” que subsiste en el texto constitucional es la que figura en la parte final del artículo 11. Sobra decir que este tipo de expresiones son completamente inadecuadas para un texto constitucional que se quiere moderno. No solamente por su marcada xenofobia, sino sobre todo por el potencial de arbitrariedad que encierran, toda vez que al contener términos vagos y ambiguos se posibilita cualquier tipo de aplicación a supuestos completamente indeterminados. Se trata de cuestiones que deberían desaparecer sin más del texto constitucional.

⁴Cuyo texto se puede consultar en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1989*, 15ª edición, México, Porrúa, 1989, pp. 764 y ss.

recurso alguno”. Esta última y arbitraria prevención estaba destinada a evitar la interposición de juicios de amparo en contra del ejercicio de la facultad presidencial.

En el transcurso de los debates en el Congreso Constituyente de Querétaro se intentó adicionar el proyecto de Carranza para que la facultad de expulsión del territorio nacional que tenía el Presidente no se limitara los extranjeros, sino que pudiera abarcar a clases tan disímolas de personas como “los que se dediquen a oficios inmorales (tesoreros, jugadores, negociantes en trata de blancas, enganchadores, etcétera)”, “los vagos, ebrios consuetudinarios e incapacitados físicamente para el trabajo”, “los que representen capitales clandestinos del clero”, “los ministros de cultos religiosos” y “los estafadores, timadores o caballeros de industria”.⁵ Por fortuna un texto de esta especie no fue aprobado. Quedó aprobado el texto del artículo 33 que estuvo vigente hasta la reforma de 2011.

Este brevísimo recorrido histórico nos demuestra que la facultad del poder ejecutivo para expulsar a los extranjeros quizá tuvo, en el pasado, una justificación histórica.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el derecho constitucional comparado existen atribuciones parecidas a las que contiene el artículo 33, con la salvedad de que se suelen precisar con mayor fortuna las causas por las que se puede expulsar a un extranjero. Entre dichas causas pueden mencionarse la de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado en cuestión, la de ofender al Estado, la de amenazarlo, la de cometer delitos dentro o fuera de su territorio, la de residir sin autorización, etcétera.⁶

Esta enumeración, aunque no pierde algunos rasgos de vaguedad y ambigüedad (“ofensas”, “amenazas”), constituye sin duda un marco constitucional que disminuye las posibles

⁵Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, p. 65.

⁶*Ibidem.*, p. 69.

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

aplicaciones arbitrarias de la medida de expulsión por parte del poder ejecutivo.

El objetivo en este punto debería ser, como lo señala Manuel Becerra, alcanzar la mayor claridad en la determinación de las causas de expulsión, teniendo en cuenta que no es lo mismo la expulsión que la deportación y la extradición. Cada una de esas facultades del Estado deben aplicarse en distintos supuestos. Por ejemplo, mientras que jamás se podría “expulsar” o “deportar” a un mexicano, sí se le podría extraditar.⁷

En el derecho internacional de los derechos humanos encontramos diversas disposiciones que regulan la estancia de extranjeros en los Estados parte. Éste es el caso de los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El primero de tales preceptos dispone que:

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

Este artículo ha sido objeto de análisis en una importante Observación General del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se precisan y detallan algunos de los extremos que pueden desprenderse del texto que se ha transcrito.⁸

⁷Manuel Becerra nos indica que “la expulsión debe proceder en el caso de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado, pero no en el caso de la residencia en el país sin autorización, en donde generalmente procede la deportación”. *Ídem*.

⁸Se trata de la Observación General número 27, aprobada en el 67° periodo de sesiones del Comité en 1999, consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

Vale la pena detenernos en algunos de sus aspectos más destacados.

El Comité precisa, en primer lugar, que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacional es un tema que los Estados pueden y deben regular en su derecho interno, respetando siempre las obligaciones internacionales que tienen suscritas (así por ejemplo, los Estados deben respetar, en la definición que hagan dentro de su derecho interno, el principio de no discriminación por razón de sexo o por razón de raza). Pero dicha regulación puede afectar solamente a los extranjeros, pues a los nacionales de un Estado no se les puede considerar como “ilegales” dentro de su propio territorio.

La situación de “ilegalidad” de un extranjero puede ser convalidada y, si así sucede, ya no podrá considerarse irregular su estancia por haber sido originalmente ilegal, ya que, en palabras del Comité, “se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 (del Pacto)” (párrafo 4).

Cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12 debe ser cuidadosamente circunstanciado, y los Estados, en los informes que rindan ante el Comité, deben justificar esas diferencias de trato. Podríamos decir que cualquier diferencia de trato es, en sí misma, sospechosa, y que la carga de la prueba para justificarla recae en el Estado que la aplica.

Por su parte, el artículo 13 del Pacto dispone que “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de la 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.”

Textos básicos, México, Porrúa, CNDH, 2003, tomo I, pp. 462-468.

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

Aunque México, al momento de suscribir el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos interpuso una reserva respecto del artículo 13, al parecer habría elementos para considerar que tal reserva no puede ser válida, ya que va en contra precisamente del objeto y fin del tratado internacional.⁹

Otra reserva destinada a proteger la arbitraria utilización del artículo 33 constitucional fue interpuesta por el gobierno de México al reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También esta reserva se puede juzgar como nula, puesto que el momento elegido por México para interponerla no fue el correcto. Lo adecuado hubiera sido, en su caso, formular la reserva cuando se suscribe la Convención Americana de Derechos Humanos, no cuando se reconoce la competencia de la Corte.¹⁰

En el pasado reciente, la facultad de hacer abandonar el territorio nacional se ha utilizado (con fundamento a veces en el artículo 33 constitucional y a veces en la legislación en materia migratoria y de población) para expulsar a extranjeros que estaban realizando actividades de organización, capacitación y evangelización en regiones de la selva de Chiapas o en el Estado de Oaxaca, haciendo gala con esas medidas del carácter todavía fuertemente arbitrario e intolerante del Estado mexicano.

A luz de lo señalado es que se imponía como urgente e impostergable una reflexión acerca de la necesidad de reformar el artículo 33, a fin de hacerlo acorde con el derecho internacional de los derechos humanos, en concreto con los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano.¹¹ Esa reforma llegó, finalmente, mediante el citado decreto de mo-

⁹Becerra, Manuel, *op. cit.*, p. 73. Las declaraciones interpretativas y reservas presentadas por el Gobierno mexicano al momento de suscribir este Pacto pueden consultarse en la publicación del tratado en el Diario Oficial de la Federación del 20 de mayo de 1981, disponible en la siguiente página: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>>

¹⁰Becerra, Manuel, *op. cit.*, p. 74.

¹¹Una propuesta concreta de reforma se puede ver en Carbonell, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, CNDH, 2006, capítulo II.

dificaciones constitucionales publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

IV. LA REFORMA DE 2011

El contenido de la reforma ya citada de junio de 2011 al artículo 33 es relativamente breve, ya que contiene leves modificaciones al primer párrafo de dicho precepto y la adición de un segundo párrafo; el que originalmente era párrafo segundo queda ahora como párrafo tercero, sin que su contenido se haya alterado en modo alguno.

En las páginas que siguen examinaremos, en consecuencia de lo que acabamos de señalar, tres cuestiones: el tema de la titularidad de derechos y la distinción entre extranjeros y mexicanos (párrafo primero del artículo 33), el debido proceso legal en el trámite de expulsión de extranjeros (párrafo segundo) y la participación política limitada de los extranjeros (párrafo tercero).

A. Titularidad de derechos

Respecto del primer párrafo, la reforma en cuestión precisa que son “personas” extranjeras las que no reúnan las calidades del artículo 30 constitucional (el cual, como ya fue mencionado al inicio de este comentario, regula las vías de adquisición de la nacionalidad mexicana, ya sea por nacimiento o por naturalización).

Además, el primer párrafo del artículo 33 señala a partir de la reforma de 2011 que las personas extranjeras gozarán de los derechos y garantías que “reconoce esta Constitución”.

García Ramírez y Morales Sánchez han señalado una posible incongruencia en la reforma de 2011,¹² toda vez que en el artículo 1 párrafo primero se establece que todas las personas tienen los derechos que reconocen tanto la Constitución como

¹²García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 164.

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

los tratados internacionales. Sin embargo, parecería (a la luz del contenido del artículo 33) que a los extranjeros solamente les resultarán aplicables los derechos previstos directamente por la Constitución. ¿Qué sucede con aquellos otros derechos que aparecen en los tratados internacionales? ¿Son o no aplicables a los extranjeros?

Me parece que la Constitución debe ser leída de forma integral y que la interpretación más amplia posible que está ordenada por el nuevo párrafo segundo del artículo 1 constitucional es aplicable al caso que nos ocupa. Esto significa que, de acuerdo con los artículos 1, párrafos primero, segundo y quinto, y 133 de la Constitución, los extranjeros disfrutaban en México de todos los derechos y de todas las garantías que tienen los nacionales. Cualquier diferenciación que se haga resulta en sí misma sospechosa y debe ser estudiada con mucho detenimiento por las autoridades judiciales encargadas de la defensa constitucional.

Recordemos que, según lo ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el principio de igualdad (incluyendo la igualdad entre nacionales y extranjeros, como regla general), es una norma de *ius cogens*, no disponible por parte de los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).¹³

B. Debido proceso legal y expulsión de extranjeros

Como ya hemos mencionado, hasta antes de la reforma del 11 de junio de 2011 el artículo 33 consagraba una facultad amplísima, de carácter arbitrario en la medida que no estaba sujeto a límite alguno, del Presidente de la República para expulsar a cualquier persona extranjera cuya permanencia en el territorio nacional se estimase inconveniente.

¹³Ver, por ejemplo, la Opinión Consultiva 18/03, emitida precisamente a petición del gobierno de México, relativa a la condición jurídica y derechos de las personas extranjeras que se encuentran en el territorio de un país que no es el suyo (párrafo 101).

A partir de la señalada reforma el segundo párrafo del artículo 33 de nuestra Carta Magna establece que la facultad de expulsión de extranjeros se podrá ejercer por parte del Presidente respetando la “previa audiencia” del afectado. Pero además el mismo párrafo señala que la expulsión se debe hacer “con fundamento en la ley”, la cual además tendrá que regular el procedimiento administrativo que debe seguirse, así como el lugar y el tiempo que podrá durar (en su caso) la detención del extranjero que se quiere expulsar.

Recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el debido proceso legal se refiere al “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (...) acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”.¹⁴

De acuerdo a lo señalado, podemos afirmar que a partir de la citada reforma al artículo 33 constitucional se establece a favor de los extranjeros el derecho de audiencia previa y el sometimiento al principio de legalidad en sentido amplio de la facultad del Presidente. Vamos a ver qué significan tales derechos y qué alcance les ha dado la jurisprudencia.

a. Derecho de audiencia

En la Constitución mexicana hay distintas disposiciones que pueden ser identificadas como partes del concepto de “debido proceso legal” en sentido amplio. Pero quizá la más relevante para efectos de la adecuada comprensión del mandato del artículo 33 constitucional, en el sentido de que el procedimiento de

¹⁴Se trata de un criterio contenido en varios pronunciamientos de la Corte; por ejemplo en el “Caso Ivcher Bronstein”, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 102 y en Opinión Consultiva 18/03, párrafo 123.

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

expulsión de extranjeros debe respetar el derecho de “audiencia” del afectado, se encuentra en el artículo 14 párrafo segundo.

En efecto, el artículo 14 constitucional en su párrafo segundo dispone lo siguiente: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Es claro que dicho párrafo garantiza que toda persona sea escuchada antes de que se le prive de cualquier bien jurídico tutelado, como lo podría ser su permanencia en el país. Hay que tener presente que la jurisprudencia ha definido el acto privativo al oponerlo al concepto de acto de molestia que está previsto en el artículo 16 constitucional. El criterio jurisprudencial más relevante al respecto es el siguiente (las cursivas son agregadas):

ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCION. El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los *actos privativos* respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que *son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado*, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las

leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción *debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional*. Novena Epoca, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Julio de 1996, Tesis: P./J. 40/96, página 5.

El criterio anterior nos indica que estaremos frente a un acto privativo siempre que una actuación de la autoridad produzca una disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado; si esa merma o menoscabo es solamente provisional entonces no estaremos ante un acto de este tipo y no se aplicaran los requisitos que establece el párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

Como ya quedó asentado en la transcripción que hicimos, el mismo párrafo segundo del artículo 14 constitucional exige que todo acto privativo sea dictado por tribunales previamente establecidos, en un juicio en el que se observen las formalidades esenciales del procedimiento.

El concepto de “formalidades esenciales del procedimiento” es de carácter complejo e involucra cuestiones muy diversas.

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

Es una especie de resumen de lo que en otros países se engloba bajo la fórmula de “debido proceso legal”.

Sobre su contenido concreto, la jurisprudencia mexicana ha sostenido la siguiente tesis, que es importante en la medida en que descompone los elementos que integran la “fórmula compleja” que contiene el concepto de “formalidades esenciales del procedimiento”:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”. Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado. Novena Epoca, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: II, Diciembre de 1995, Tesis: P./J. 47/95, página 133.

Como se desprende de esta tesis, las formalidades esenciales del procedimiento protegen en México el llamado “derecho de audiencia”, que resulta del todo interesante para dilucidar el contenido del artículo 33 constitucional a partir de la reforma de junio de 2011.

La primera formalidad esencial de todo procedimiento es que la parte afectada sea llamada ante el órgano de autoridad a

fin de que pueda defenderse correctamente; el ser llamado no solamente comprende la posibilidad de que el particular sea “aviso” de que se pretende ejecutar un acto privativo en su contra o de que existe un procedimiento que pudiera culminar con la emisión de un acto privativo, sino que —de forma más amplia— exige poner a su disposición todos los elementos que le permitan tener una “noticia completa”, tanto de una demanda interpuesta en su contra (incluyendo los documentos anexos) como en su caso del acto privativo que pretende realizar la autoridad.¹⁵

Además de ser llamado, el particular debe de tener la oportunidad de ofrecer pruebas y de que esas pruebas sean desahogadas.

En tercer lugar, el particular debe tener el derecho de ofrecer alegatos y de que esos alegatos sean tomados en cuenta por la autoridad; los alegatos, nos indica Héctor Fix Zamudio, son “la exposición oral o escrita de los argumentos de las partes sobre el fundamento de sus respectivas pretensiones una vez agotada la etapa probatoria y con anterioridad al dictado de la sentencia de fondo en las diversas instancias del proceso”.¹⁶

En cuarto lugar, el derecho de audiencia comprende la obligación del órgano público de dictar una resolución en la que dirima las cuestiones planteadas por las partes.

La jurisprudencia sobre el derecho de audiencia es muy abundante. Los diversos criterios jurisprudenciales han ido construyendo y dándole contenido a ese derecho, que en buena medida está indeterminado en el texto constitucional, tanto en el artículo 14 como en el 33. Entre las tesis más interesantes se encuentran las siguientes:

AUDIENCIA, GARANTIA DE. De entre las diversas garantías de seguridad jurídica que contiene el segundo párrafo del artículo 14 constitucional destaca, por su primordial importan-

¹⁵Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2ª edición, México, Oxford University Press, 2002, p. 117.

¹⁶“Alegatos”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, 2ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2004, tomo I, p. 215.

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

cia, la de audiencia previa. Este mandamiento superior, cuya esencia se traduce en una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades para que, de manera previa al dictado de un acto de privación, cumplan con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír en defensa de los afectados. Dichas formalidades y su observancia, a las que se unen, además, las relativas a la garantía de legalidad contenida en el texto del primer párrafo del artículo 16 constitucional, se constituyen como elementos fundamentales útiles para demostrar a los afectados por un acto de autoridad, que la resolución que los agravia no se dicta de un modo arbitrario y anárquico sino, por el contrario, en estricta observancia del marco jurídico que la rige. Así, con arreglo en tales imperativos, todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados, a saber, que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, así como de la cuestión que habrá de ser objeto de debate y de las consecuencias que se producirán con el resultado de dicho trámite, que se le otorgue la posibilidad de presentar sus defensas a través de la organización de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa la demuestre, y quien estime lo contrario cuente a su vez con el derecho de demostrar sus afirmaciones; que cuando se agote dicha etapa probatoria se dé oportunidad de formular las alegaciones correspondientes y, finalmente, que el procedimiento iniciado concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas, fijando con claridad el tiempo y forma de ser cumplidas. Octava Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VII, Enero de 1991, página 153.

GARANTÍA DE AUDIENCIA. SE INTEGRA NO SÓLO CON LA ADMISIÓN DE PRUEBAS SINO TAMBIÉN CON SU ESTUDIO Y VALORACIÓN. La garantía de audiencia a que se refiere el texto del artículo 14 constitucional se integra, no sólo admitiendo pruebas de las partes sino, además, expresando las

razones concretas por las cuales, en su caso, dichas probanzas resultan ineficaces a juicio de la responsable. Por ello, si la resolución que puso fin a un procedimiento fue totalmente omisa en hacer referencia alguna a las pruebas aportadas por la hoy quejosa, es claro que se ha cometido una violación al precepto constitucional invocado, lo que da motivo a conceder el amparo solicitado, independientemente de si el contenido de tales probanzas habrá o no de influir en la resolución final por pronunciarse. Tal criterio, que se armoniza con los principios jurídicos que dan a la autoridad administrativa la facultad de otorgarle a las pruebas el valor que crea prudente, es congruente, además, con la tendencia jurisprudencial que busca evitar la sustitución material del órgano de control constitucional, sobre las autoridades responsables, en una materia que exclusivamente les corresponde como lo es, sin duda, la de apreciación de las pruebas que les sean ofrecidas durante la sustanciación del procedimiento. Novena Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Noviembre de 1998, Tesis: I.3o.A. J/29, página 442.

AUDIENCIA, GARANTÍA DE. PARA QUE SE RESPETE EN LOS PROCEDIMIENTOS PRIVATIVOS DE DERECHOS, LA OPORTUNIDAD DE PRESENTAR PRUEBAS Y ALEGATOS DEBE SER NO SÓLO FORMAL SINO MATERIAL. La Suprema Corte ha establecido que dentro de los requisitos que deben satisfacer los ordenamientos que prevean procedimientos que puedan concluir con la privación de derechos de los gobernados se encuentran los de ofrecer y desahogar pruebas y de alegar, con base en los elementos en que el posible afectado finque su defensa. En las leyes procedimentales, tales instrumentos se traducen en la existencia de instancias, recursos o medios de defensa que permitan a los gobernados ofrecer pruebas y expresar argumentos que tiendan a obtener una decisión favorable a su interés. Ahora bien, para brindar las condiciones materiales necesarias que permitan ejercer los medios defensivos previstos en las leyes, en respeto de la garantía de audiencia, resulta indis-

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

pensable que el interesado pueda conocer directamente todos los elementos de convicción que aporten las demás partes que concurran al procedimiento, para que pueda imponerse de los hechos y medios de acreditamiento que hayan sido aportados al procedimiento de que se trate, con objeto de que se facilite la preparación de su defensa, mediante la rendición de pruebas y alegatos dentro de los plazos que la ley prevea para tal efecto. Novena Epoca, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, Abril de 1998, Tesis: P. XXXV/98, página 21.

Un problema que se ha generado en la práctica respecto de la observancia por parte de las autoridades del derecho de audiencia y, en general, de las formalidades esenciales del procedimiento, tiene que ver con el hecho de que algunas leyes no establecían el procedimiento necesario para notificar a los afectados, para recibir y valorar pruebas, para que se pudieran formular alegatos o para regir la emisión de las resoluciones. Ante estas lagunas, la jurisprudencia ha considerado que el derecho de audiencia debe respetarse incluso si la ley no contempla alguno de los aspectos mencionados; es decir, el órgano encargado de emitir un acto privativo debe observar las formalidades esenciales del procedimiento aplicando directamente la Constitución, incluso frente a una ley omisa.¹⁷

Este señalamiento es interesante a la luz del artículo transitorio quinto del decreto de reforma constitucional publicado el 10 de junio de 2011, por medio del cual se ordena al Congreso de la Unión que expida la ley reglamentaria del artículo 33 de la Carta Magna en materia de expulsión de extranjeros. Si dicho mandamiento no se observa o se hace de forma deficiente, conviene tener presente el criterio jurisprudencial que acabamos de citar, a efecto de hacer plenamente efectivo el texto constitucional en su artículo 33.

¹⁷Ver la tesis "AUDIENCIA, GARANTÍA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCIÓN NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO", *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1985*, Segunda Sala, parte VIII, p. 112.

El concepto de formalidades esenciales del procedimiento, que como acabamos de ver no está definido en el texto constitucional sino que ha sido dotado de contenidos concretos por la jurisprudencia, no debe tener un carácter cerrado. Es decir, se puede estar de acuerdo en que, siguiendo la línea jurisprudencial que ya se ha expuesto, las formalidades esenciales del procedimiento se manifiesten en un núcleo duro e irreductible (una especie de “contenido esencial”) compuesto por la notificación o emplazamiento, la posibilidad probatoria en sentido amplio (ofrecimiento, desahogo y valoración de pruebas), el derecho de formular alegatos y la obligación de las autoridades de dictar una resolución resolviendo la cuestión planteada; pero ese núcleo duro puede verse ampliado por la naturaleza de cierto tipo de casos. Así por ejemplo, en procedimientos judiciales en los que estén involucrados menores de edad o personas con discapacidad, deben exigirse otras formalidades esenciales, tales como la asistencia del Ministerio Público o ciertas medidas precautorias para asegurar los intereses de la parte más débil.

Aunque sería imposible en este momento hacer una lista exhaustiva de todas las formalidades esenciales que deben existir en los distintos procesos jurisdiccionales, lo que debe quedar claro es que el concepto mismo de “formalidades esenciales” es un concepto abierto, y que en ese sentido puede y debe ser ampliado por la jurisprudencia siempre que se esté ante un procedimiento jurisdiccional dirigido a realizar un acto privativo que, por sus características especiales, amerite una especial tutela de los intereses en juego. Un ejemplo de la forma en que pueden ser ampliadas las “formalidades esenciales” lo encontramos en una importante Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en referencia al derecho a la información consular que le es aplicable a los extranjeros que se encuentren en territorio nacional. A estudiar ese derecho a la asistencia consular dedicaremos uno de los próximos apartados.

Adicionalmente a lo que llevamos señalado, el párrafo segundo del artículo 14 constitucional se refiere a los “tribunales previamente establecidos” como los órganos encargados de conocer de los juicios en los que, observando las formalidades

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

esenciales del procedimiento, se pueda llevar a cabo un acto de privación de la vida, de la libertad, de la propiedad, de la posesión o de los derechos. A través de ese mandato, en realidad lo que está prescribiendo es el derecho que tenemos a ser juzgados por el juez predeterminado por la ley. El de “juez predeterminado por la ley” es un concepto técnico-jurídico que va más allá del simple aspecto competencial y que se resuelve en una serie de mecanismos de seguridad jurídica en favor de los particulares.¹⁸

La jurisprudencia mexicana ha entendido que cuando el artículo 14 se refiere a los tribunales previamente establecidos no está haciendo referencia solamente a autoridades judiciales en sentido formal, sino que el mandato constitucional también se proyecta sobre todas las autoridades que tienen competencia legal para llevar a cabo actos privativos;¹⁹ esto es particularmente aplicable a los tribunales administrativos o a los actos de las autoridades administrativas seguidos en forma de juicio.

b. Garantía de legalidad

El nuevo párrafo segundo del artículo 33 señala que el procedimiento de expulsión de extranjeros se debe llevar a cabo “con fundamento en la ley”. Eso significa, entre otras cuestiones, que a tal procedimiento le resulta completamente aplicable el principio de fundamentación de los actos de autoridad establecido en el artículo 16 constitucional. Dicho principio se ha entendido tradicionalmente como un mandato para que las autoridades se ajusten a la legalidad, entendida en sentido amplio.

No hubiera hecho falta hacer un señalamiento expreso en el artículo 33 constitucional, puesto que a todo acto de autoridad se le aplica lo que establece el artículo 16 párrafo primero

¹⁸En general sobre este tema, vid. De Diego Díez, Luis Alfredo, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Madrid, Tecnos, 1998.

¹⁹Ver la tesis “TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS. COMPETENCIA PARA PRIVAR DE PROPIEDADES Y POSESIONES A LOS PARTICULARES. APARATOS MUSICALES”, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, volumen 18, p. 85.

acerca del fundamento legal que siempre deben tener. Pero a la vista de la lamentable historia del artículo 33, ciertamente no sobra la aclaración. Precisamente uno de los propósitos de la reforma a dicho precepto fue anular la histórica discrecionalidad (mejor dicho, arbitrariedad) con la que el Presidente de la República podía expulsar a extranjeros que estuvieran en territorio nacional.

Como se acaba de mencionar, es el párrafo primero del artículo 16 el que contempla lo que se podría llamar la garantía de legalidad en sentido amplio, conforme al siguiente texto: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

El principio de legalidad establecido en el párrafo primero del artículo 16 constitucional equivale a la idea sostenido por la jurisprudencia mexicana en el sentido de que “las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite”.²⁰

De acuerdo con el principio de legalidad, toda acción de cualquier órgano investido de poder estatal debe estar justificada por una ley previa,²¹ toda vez que en el Estado de derecho “ya no se admiten poderes personales como tales, por la razón bien simple de que no hay ninguna persona sobre la comunidad y que ostente como atributo divino la facultad de emanar normas vinculantes para dicha comunidad”.²²

Si se le compara con el mandato del artículo 14 sobre los actos de privación, el artículo 16 es más amplio, ya que todo acto de privación es además un acto de molestia. No sucede lo mismo en sentido inverso, ya que no todo acto de molestia es

²⁰Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación 1817-1988*, Segunda Parte, Salas y tesis comunes, p. 512.

²¹Para determinar el sentido de la expresión “acción estatal” es interesante revisar el texto de Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997. En este texto el autor realiza un amplio análisis del concepto de “state action” en la jurisprudencia norteamericana.

²²García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 5ª edición, tomo I, Madrid, Civitas, 1991, p. 433.

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

un acto de privación. Esto significa que en el caso de los actos de privación las autoridades deben cumplir con lo que establece el artículo 14 y, con mayor razón, con lo que dispone el artículo 16.

Uno de los requisitos que exige el artículo 16 para los actos de autoridad es que estén correctamente fundados y motivados, cuestión que tiene gran relevancia para el análisis del artículo 33 constitucional.

Lo que se intenta evitar por medio del mandato del artículo 16 es la arbitrariedad de los poderes públicos, al exigir que los actos de autoridad se emitan solamente cuando: a) cuenten con respaldo legal para hacerlo (fundamentación); y b) se haya producido algún motivo para dictarlos (motivación). Tanto la fundamentación como la motivación deben constar en el escrito en el que se asienta el acto de autoridad. Un acto de cualquier poder público que no esté motivado y fundado es por ese sólo hecho arbitrario.

La jurisprudencia ha definido la fundamentación y motivación en los siguientes términos:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. De acuerdo con el artículo de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo III, tesis 40, pp. 46-47.

La fundamentación y motivación se debe dar en todo tipo de actos de autoridad, pues el artículo 16 no señala excepciones de ningún tipo. Incluso debe darse cuando se trata de actos discrecionales, es decir, de aquellos en los que la ley reconoce en favor de la autoridad que los emite un espacio importante de apreciación sobre el momento en que deben ser emitidos y los alcances que puedan tener.

La motivación de un acto discrecional debe tener por objeto: a) hacer del conocimiento de la persona afectada las razones en las que se apoya el acto; dichas razones no deben verse como un requisito puramente formal consistente en citar algunos elementos fácticos aplicables a un caso concreto, sino como una necesidad sustantiva consistente en la obligación del órgano público de aportar “razones de calidad”, que resulten “consistentes con la realidad y sean obedientes, en todo caso, a las reglas implacables de la lógica”;²³ b) aportar la justificación fáctica del acto en razón del objetivo para el cual la norma otorga la potestad que se ejerce en el caso concreto; c) permitir al afectado interponer los medios de defensa existentes, si lo considera oportuno.²⁴ Sobre la motivación y fundamentación de los actos discrecionales la jurisprudencia mexicana ha sostenido, entre otras, la siguiente tesis:

FACULTADES DISCRECIONALES, OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR LA AUTORIDAD, CUANDO ACTUA EN EJERCICIO DE. Cuando la autoridad administrativa actúa en ejercicio de facultades discrecionales y tiene una libertad más amplia de decisión, esto no le otorga una potestad ilimitada, debiendo en todo caso la autoridad, dentro de una sana administración, sujetarse en sus actos autoritarios a determinados principios o límites como son, la razonabilidad que sólo puede estar basada en una adecuada fundamentación del derecho que la sustenta, así como en una motivación, aún mayor que en el acto reglado, que tiene por objeto poner de manifiesto su juridicidad; asimismo, debe estar apoyado o tener en cuenta hechos ciertos, acreditados en el expediente relativo, o públicos y notorios y, finalmente, ser proporcional entre el medio empleado y el objeto a lograr. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 1214/91. Justo Ortego Ezquerro. 13 de junio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente:

²³Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998, p. 97.

²⁴*Ibidem*, pp. 81-85.

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

Hilario Bárcenas Chávez. Secretario: Fernando A. Ortiz Cruz.
Octava Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito,
Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VIII, Oc-
tubre de 1991, página 181.

El Tribunal Supremo de España ha afirmado que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones que no resultan justificadas;²⁵ además, dicho principio no es tanto prohibición de actuaciones administrativas ilícitas, cuanto necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación, y es también respeto al ciudadano al que hay que oír antes de adoptar decisiones que inciden en su ámbito existencial.²⁶ Como escribe Tomás Ramón Fernández,

Por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza específica de un poder determinado, por mucha que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titular, por mucho que quiera enfatizarse ese carácter discrecional repudiando, incluso, el empleo mismo del término discrecionalidad para subrayar la libertad de decisión que extraña, como suele hacerlo la doctrina iuspublicista de nuestros días cuando, al referirse al Legislador, prefiere aludir a su libertad de configuración (*Gestaltungsfreiheit*) para evitar que ésta se confunda con la mera discrecionalidad administrativa, ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario, no puede afirmarse sobre el solo asiento de la voluntad o el capricho de quien lo detenta, porque también debe contar inexcusablemente con el apoyo de la razón para poder ser aceptado como un poder legítimo.²⁷

²⁵Sentencia de la antigua Sala 4ª de 19 de mayo de 1987. Cfr. Delgado Barrio, Javier, "Reflexiones sobre el artículo 106.1 CE, el control jurisdiccional de la administración y los principios generales del derecho", en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Sebastián Martín-Retortillo (coord.), Vol. III, Madrid, Civitas, 1991. pp. 2311-2355.

²⁶Sentencia de la Sala 3ª de 17 de abril de 1990.

²⁷De la arbitrariedad del legislador, *op. cit.*, pp. 94-95.

La exigencia de fundamentación y motivación de los actos de autoridad ha sido desarrollada en México por la jurisprudencia. Así por ejemplo, los tribunales mexicanos han sostenido que una correcta fundamentación se da cuando la autoridad cita no solamente el ordenamiento jurídico aplicable a un caso concreto, sino los artículos, párrafos, incisos y sub-incisos de ese ordenamiento, tal como puede apreciarse en la siguiente tesis:

FUNDAMENTACION. CARACTERISTICAS DEL ACTO DE AUTORIDAD CORRECTAMENTE FUNDADO. FORMALIDAD ESENCIAL DEL ACTO ES EL CARACTER CON QUE LA AUTORIDAD RESPECTIVA LO SUSCRIBE Y EL DISPOSITIVO, ACUERDO O DECRETO QUE LE OTORQUE TAL LEGITIMACION. Para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que en él se citen: A) Los cuerpos legales y preceptos que se están aplicando al caso concreto, es decir los supuestos normativos en que encuadra la conducta del gobernado, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos y fracciones. B) Los cuerpos legales y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades, para emitir el acto en agravio del gobernado. Ahora bien, siguiendo una secuencia lógica, este tribunal considera que la citación de los artículos que otorgan competencia, debe realizarse también con toda exactitud, señalándose el inciso, subinciso y fracción o fracciones que establezcan las facultades que en el caso concreto, la autoridad está ejercitando al emitir el acto de poder en perjuicio del gobernado. En efecto, la garantía de fundamentación consagrada en el artículo 16 constitucional lleva implícita la idea de exactitud y precisión en la citación de los cuerpos legales, preceptos, incisos, subincisos y fracciones de los mismos que se están aplicando al particular en el caso concreto, y no es posible abrigar en la garantía individual comentada, ninguna clase de ambigüedad, o imprecisión, puesto que el objetivo de la misma primordialmente se constituye por una exacta individualización del acto autoritario, de acuerdo a la conducta realizada por el particular, la aplicación de las leyes a la misma y desde luego, la exacta citación de los preceptos

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

competenciales, que permiten a las autoridades la emisión del acto de poder. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 16/83. Jorge León Rodal Flores. 12 de julio de 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Roberto Terrazas Salgado. Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 175-180 Sexta Parte, página 98.

Además de las partes concretas del ordenamiento jurídico aplicable, la autoridad debe poner en el escrito que contiene su acto el lugar y la fecha de emisión del mismo, pues según la Segunda Sala de la Suprema Corte, "...es menester que la autoridad señale con exactitud el lugar y la fecha de la expedición del acto administrativo, a fin de que el particular esté en posibilidad de conocer el carácter de la autoridad que lo emitió, si actuó dentro de su circunscripción territorial y en condiciones de conocer los motivos que originaron el acto... pues la falta de tales elementos en un acto autoritario implica dejar al gobernado en estado de indefensión, ante el desconocimiento de los elementos destacados".²⁸

En una tesis muy interesante se describe la forma en que la autoridad debe cumplir con la exigencia de fundamentar y motivar sus actos y, además, se afirma que también en las relaciones entre autoridades se debe observar esa exigencia; se trata del siguiente criterio:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU CUMPLIMIENTO CUANDO SE TRATE DE ACTOS QUE NO TRASCENDAN, DE MANERA INMEDIATA, LA ESFERA JURÍDICA DE LOS PARTICULARES. Tratándose de actos que no trascienden de manera inmediata la esfera jurídica de los particulares, sino que se verifican sólo en los ámbitos internos del gobierno, es

²⁸Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XII, julio de 2000, p. 5.

decir, entre autoridades, el cumplimiento de la garantía de legalidad tiene por objeto que se respete el orden jurídico y que no se afecte la esfera de competencia que corresponda a una autoridad, por parte de otra u otras. En este supuesto, la garantía de legalidad y, concretamente, la parte relativa a la debida fundamentación y motivación, se cumple: a) Con la existencia de una norma legal que atribuya a favor de la autoridad, de manera nítida, la facultad para actuar en determinado sentido y, asimismo, mediante el despliegue de la actuación de esa misma autoridad en la forma precisa y exacta en que lo disponga la ley, es decir, ajustándose escrupulosa y cuidadosamente a la norma legal en la cual encuentra su fundamento la conducta desarrollada; y b) Con la existencia constatada de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir con claridad que sí procedía aplicar la norma correspondiente y, consecuentemente, que justifique con plenitud el que la autoridad haya actuado en determinado sentido y no en otro. A través de la primera premisa, se dará cumplimiento a la garantía de debida fundamentación y, mediante la observancia de la segunda, a la de debida motivación. Novena Epoca, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Abril de 2000, Tesis: P./J. 50/2000, página 813.

La falta de fundamentación y motivación se pueden dar de forma directa o de forma indirecta. Se verifica este segundo supuesto cuando un acto de autoridad se pretende fundar o motivar en otro acto que a su vez es inconstitucional o ilegal. En este caso, el segundo acto de autoridad no podrá considerarse correctamente fundado y motivado, como se sostiene en la tesis que sigue:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN INDEBIDA. LA TIENEN LOS ACTOS QUE DERIVAN DIRECTA E INMEDIATAMENTE DE UN ACTO U OMISIÓN QUE, A SU VEZ, ADOLECE DE INCONSTITUCIONALIDAD O ILEGALIDAD. En términos de lo dispuesto en el artículo 41, párrafo segundo, fracción IV; 99, párrafo cuarto, y 116, párrafo segundo, frac-

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

ción IV, incisos b) y d), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe llegarse a la conclusión de que un acto adolece de una indebida fundamentación y motivación, cuando deriva directa e inmediatamente de los actos y omisiones de otro acto u omisión que violen alguna disposición constitucional, como, por ejemplo, cuando se viola el derecho de votar de los ciudadanos, a través de sus tradiciones y prácticas democráticas, a fin de elegir a los concejales de cierto ayuntamiento municipal. Lo anterior, en virtud de que no puede considerarse como motivación jurídicamente válida de un acto o resolución de una autoridad el que se base en otro que, a su vez, adolece de inconstitucionalidad o ilegalidad. Esto es, debe arribarse a la conclusión que existe una relación causal, jurídicamente entendida como motivo determinante, cuando el posterior acto tiene su motivación o causa eficiente en los actos y omisiones inconstitucionales o ilegales de cierta autoridad, máxime cuando todos esos actos estén, en última instancia, involucrados por el alcance de su pretensión procesal derivada de su demanda. *Sala Superior, tesis S3EL 077/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99.-Herminio Quiñónez Osorio y otro.-10 de febrero de 2000.-Unanimidad de votos.-Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez.-Secretario: Juan Carlos Silva Adaya.*

Para tener un acto de autoridad como debidamente fundado y motivado no basta que se citen los preceptos aplicables a un caso concreto y que el supuesto normativo se haya verificado en la práctica, sino que también es necesario que el acto de autoridad que se emite en consecuencia esté apegado a lo que señalan las normas aplicables. Este es el criterio de la siguiente tesis:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, NO EXISTE CUANDO EL ACTO NO SE ADECUA A LA NORMA EN QUE SE APOYA. Todo acto de autoridad debe estar suficientemente fundado y motivado, de manera que si los motivos o causas que tomó en cuenta el juzgador para dictar un proveído, no se adecuan a la hipótesis de la norma en que pretende apoyarse, no se

cumple con el requisito de fundamentación y motivación que exige el artículo 16 constitucional, por tanto, el acto reclamado es violatorio de garantías. Novena Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IX, Enero de 1999, Tesis: VI.2o. J/123, página 660.

c. Derecho a la asistencia consular

Aunque el nuevo artículo 33 constitucional no lo menciona expresamente, hay que tomar en consideración que en el trámite de detener y en su caso expulsar a cualquier persona extranjera, se deberá respetar también el derecho a la asistencia consular.

Respecto de este derecho a la asistencia consular hay que recordar el hecho de que el gobierno de México solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva en la materia. La consulta fue desahogada por la Corte en la Opinión Consultiva 16/1999.²⁹

La Corte recuerda que entre las consideraciones que dieron lugar a la consulta de México se encuentra el hecho de que el gobierno había hecho gestiones en favor de nacionales mexicanos detenidos por las autoridades norteamericanas que no habían sido informados de su derecho a la asistencia consular; en algunos casos, los mexicanos detenidos habían sido condenados a la pena de muerte (párrafo 46).

Hay que considerar que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de la que forman parte tanto Estados Unidos como México, establece en su artículo 36 lo siguiente:

Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

²⁹Consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, obra citada, tomo II, pp. 1003-1097. Ver también García Ramírez, Sergio y Del Toro Huerta, Mauricio, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, UNAM, Porrúa, 2011, pp. 65 y siguientes.

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

A) Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y visitarlos;

B) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente de ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

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 a 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 en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello...³⁰

³⁰*Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, del 24 de abril de 1963; entrada en vigor el 19 de marzo de 1967. Disponible en: <<http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convvienaconsulares.htm>> Fue precisamente este documento internacional el que habilitó al Estado mexicano a interponer una demanda ante la Corte Internacional de Justicia contra los Estados Unidos de América (9 de enero de 2003), respecto de 52 de sus connacionales que enfrentaban la pena de muerte. Dicha demanda, mejor conocida como caso Avena, fue resuelta a favor de México el 31 de marzo de 2004. Una exposición sobre los hechos y las cuestiones de derecho más relevantes de este caso puede encontrarse en el artículo de Juan Manuel Gómez-Robledo Verduzco, "El caso avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 5, 2005, pp. 173-220.

En Opinión Consultiva que estamos analizando, la Corte considera que existe un derecho a la libre comunicación entre el nacional de un Estado que se encuentra privado de su libertad y la representación consular de ese mismo Estado (párrafo 78). Ese derecho de libre comunicación tiene un doble propósito: “reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia” (párrafo 80).

La asistencia consular comprende varias cuestiones; entre ellas la Corte menciona el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión (párrafo 86).

El derecho de libre comunicación crea, a su vez, una obligación para el Estado receptor. Las autoridades que detienen por cualquier motivo a un extranjero, deben hacerle saber que tiene derecho a comunicarse con su representación consular. Dicha obligación no está condicionada por ningún requisito; en su caso, la persona detenida puede decidir libremente no hacer uso de su derecho.

Estados Unidos, en el escrito presentado ante la Corte dentro del procedimiento deliberativo previo a la emisión de la OC 16, sostuvo que a veces era complicado determinar la nacionalidad verdadera de la persona detenida, sobre todo cuando su estancia en el país receptor era irregular. La Corte sostiene que esa dificultad, que en efecto se puede presentar por el miedo de alguna persona a ser deportada, no exime al Estado de informar del derecho de comunicación consular, de modo que el Estado debe informarle de ese derecho de la misma forma que lo hace con el resto de los derechos procesales que asisten a las personas detenidas (apartado 96).

Un aspecto planteado por México tiene que ver con los alcances del artículo 36 de la Convención de Viena en el sentido de que la información sobre el derecho de comunicación consular

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

se le debe dar a la persona detenida “sin dilación”. Para la Corte, al determinar el sentido de esa expresión se debe tener en cuenta la finalidad a la que sirve la notificación al inculpado del derecho que le asiste. En este sentido, la Corte afirma que “Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto... la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad” (párrafo 106).

México consultó también si el derecho a la información consular podía enmarcarse, a la luz del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dentro de las garantías posibles para asegurar un juicio justo. A partir de este planteamiento, la Corte vincula el derecho de información consular con el concepto más amplio del debido proceso legal. Conviene sin embargo reparar ahora en las consideraciones de la Corte sobre los alcances del “debido proceso legal”.

Para la Corte, la regulación de los procedimientos judiciales se ha ido enriqueciendo con la aparición de nuevos derechos en favor de los justiciables. Es decir, la Corte admite el carácter dinámico del proceso y asume la historicidad de los derechos al reconocer que el catálogo que los contiene –tanto en el ámbito nacional como en el internacional– no está cerrado y, en consecuencia, puede irse enriqueciendo progresivamente.

En opinión de la Corte,

...para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y

la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados... (párrafo 117).

La Corte vincula las garantías procesales del artículo 14 del Pacto con el derecho a la información consular y con el principio de igualdad ante la ley y ante los tribunales (lo que en el capítulo dos *supra* hemos llamado la igualdad *ante* la ley y la igualdad *en* la ley). La Corte señala que

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (párrafo 119).

Las anteriores consideraciones justifican que se provea de traductor a la persona que desconoce el idioma en que se desarrolla el proceso y que se atribuya al extranjero que está siendo procesado el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular (párrafo 120).

El derecho a la información consular forma parte, según la Corte, de las garantías mínimas que son necesarias para brindar a todo extranjero la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo (párrafo 122).

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

Otra cuestión planteada por México tenía que ver con las consecuencias de la violación por parte del Estado receptor de la obligación de informar al detenido sobre su derecho a comunicarse con su consulado. La Corte, al emitir su criterio sobre esta cuestión, recuerda que la pena de muerte es una medida de carácter irreversible y que, por tanto, el Estado debe ser muy estricto y riguroso con la observancia de las garantías procesales (párrafo 136).

Para la Corte, si se viola el derecho a la información consular del artículo 36 de la Convención de Viena se afectan las garantías del debido proceso legal y con ello la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 4 y 6, respectivamente).

La OC 16 se cierra con los votos concurrentes de los jueces Cançado Trindade y García Ramírez, y con un voto parcialmente disidente del juez Jackman. Me interesa recuperar algunos pasajes del voto de García Ramírez.³¹

Para el juez García Ramírez la OC 16 es importante en la medida en que afecta a una “zona crítica” de los derechos fundamentales, pues se trata de un ámbito en el que “se halla en más grave riesgo la dignidad humana”. Sobre las consecuencias de violar el derecho a la información consular García Ramírez afirma que:

Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones.

³¹El texto se encuentra en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, cit., tomo II, pp. 1094-1097.

Para García Ramírez el criterio adoptado en la OC 16 refleja una evolución importante del proceso penal y contribuye a racionalizar la administración de justicia: “La admisión de este criterio –apunta nuestro juez– contribuirá a que el procedimiento penal sea, como debe ser, un medio civilizado para restablecer el orden y la justicia. Se trata, evidentemente, de un punto de vista consecuente con la evolución de la justicia penal y con los ideales de una sociedad democrática, exigente y rigurosa en los métodos que utiliza para impartir justicia”.

Antes de terminar este apartado quisiera apuntar dos cuestiones conclusivas que pueden resultar obvias. Por una parte, que la interpretación de la Corte a petición del gobierno mexicano por la situación de nuestros nacionales en Estados Unidos, resulta del todo aplicable al propio gobierno mexicano. Es decir, que las autoridades mexicanas, al detener a una persona extranjera, deberán notificarle de inmediato el derecho que le asiste para poder contar con asistencia de la representación consular de su país y, con posterioridad, deberán permitir al personal de esa representación llevar a cabo todas las actividades relacionadas con esa asistencia.

Por otro lado, podemos concluir que en términos generales es obvio que las formalidades esenciales del procedimiento pueden ser ampliadas por los tratados internacionales; con frecuencia sucede que en efecto los tratados dan una cobertura protectora más amplia en casos de detención y procesamiento. Un ejemplo de esa ampliación puede encontrarse en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que como ya vimos fue mencionado de la Corte Interamericana en la OC 16.

d. Extranjeros y participación política

Respecto del ahora párrafo tercero del artículo 33 constitucional (era el párrafo segundo hasta antes de la reforma de 2011), conviene tener presente que se debe hacer una interpretación estricta y limitativa de lo que se entiende por “asuntos políticos del país”. Dichos asuntos deben ser entendidos en sentido es-

DEBIDO PROCESO LEGAL Y EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

tricto como los directamente relacionados con la materia electoral, porque de otra manera el mandato constitucional supondría una limitación indeterminada y sumamente amplia para los no nacionales.

La autoridad administrativa tendría un margen amplísimo de acción si por asuntos políticos entendemos todos aquellos que tengan que ver con actividades públicas (así por ejemplo, sería inadecuado interpretar la disposición constitucional como la imposibilidad de los extranjeros para actuar en materia de política económica, de política social, de política de desarrollo, de política municipal, de política demográfica, de política ambiental, etcétera).

Toda vez que se trata de una norma restrictiva de derechos fundamentales, debe ser interpretada en forma estricta, como toda norma de excepción (ya que la regla general es la igualdad en la titularidad y disfrute de los derechos fundamentales de acuerdo a lo que señalan tanto el artículo 1 constitucional como diversos tratados internacionales firmados y ratificados por México).

Recibido: 27-04-2012
Aprobado: 15-06-2012