

## LA XENOFOBIA CONSTITUCIONALIZADA

Miguel CARBONELL\*

SUMARIO: *Introducción. I. Discriminación en materia de propiedad contra los extranjeros. II. El artículo 32 constitucional y la discriminación por origen nacional. III. El artículo 33 constitucional y la expulsión de extranjeros. IV. A modo de conclusión.*

### INTRODUCCIÓN

SUELE suceder que en una determinada sociedad existan temas considerados como “sensibles” o delicados, sobre los que es mejor no hablar. En México dos de esos temas son el racismo y la xenofobia. Preferimos pensar que no existen entre nosotros y nos dedicamos a criticar a otros países que, según nuestro punto de vista, sí ejercen discriminación en contra de los extranjeros, de los inmigrantes y de quienes pertenecen a minorías raciales. Lo cierto, sin embargo, es que tenemos abundante evidencia empírica para sostener que la mexicana es una sociedad profundamente racista y xenófoba. Por eso es que es muy importante que, entre otras medidas, dentro de la prohibición de discriminar contemplada en el artículo 1, párrafo tercero, Constitucional, se pudiera agregar la cuestión de la xenofobia, que actualmente no está contemplada.

La inclusión en el artículo 1 Constitucional de la prohibición de discriminar por cuestiones xenofóbicas no es una idea solamente teórica, sino que es una respuesta práctica a una realidad muy grave y preocupante. Según lo acredita la “Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México”,<sup>1</sup> existen en México sentimientos, percepciones y actitudes bastante generalizadas que son claramente discriminatorias

---

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

<sup>1</sup> La Encuesta ha sido publicada por la Secretaría de Desarrollo Social y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, en junio de 2005. También puede ser consultada en la página web de la Secretaría ([www.sedesol.gob.mx](http://www.sedesol.gob.mx)).

hacia los extranjeros, al grado que no es exagerado suponer que los no nacionales se encuentran dentro de los grupos sociales más discriminados en México, junto a las personas homosexuales, a las mujeres, a los indígenas y a las personas con discapacidad.

Dentro de la encuesta mencionada se preguntó si la persona encuestada estaría dispuesta a compartir su casa con un extranjero y, el 42% contestó que no; ese porcentaje de rechazo solamente es superado en el caso de los homosexuales (48%).

Esto nos indica la pertinencia de incluir una mención constitucional sobre la xenofobia. Además de elevar a rango constitucional una tendencia que se observa en el derecho internacional de los derechos humanos, esta propuesta tendría evidentes consecuencias sobre la legislación ordinaria, que sigue manteniendo inaceptables distinciones (discriminaciones, mejor dicho), en contra de los no nacionales. La legislación mexicana en materia de migración y naturalización no superaría el más mínimo estándar antidiscriminatorio internacional;<sup>2</sup> es seguro que si dicha legislación existiera por ejemplo en los Estados Unidos, el gobierno mexicano ya habría promovido diversas quejas diplomáticas.

En las páginas que siguen quisiera, aprovechando la idea que se acaba de enunciar, poner de manifiesto la manera en que la propia Constitución discrimina por razones de xenofobia, es decir, por recelo, suspicacia, sospecha u odio hacia los extranjeros. Se trata, como dije al principio, de una cuestión delicada y sensible, pero de la que nos tenemos que hacer cargo si queremos desterrarla. Lo peor que podemos hacer es guardar silencio sobre su existencia. Una democracia debe ser capaz de confrontarse incluso contra sus fantasmas.

#### I. DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE PROPIEDAD CONTRA LOS EXTRANJEROS

El derecho de propiedad es un importante punto de confluencia de la economía, la política y el derecho. De la regulación que se haga del derecho a la propiedad dependerá la definición del sistema económico

---

<sup>2</sup> Ver al respecto los comentarios críticos, muy acertados, de GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, "La reforma de la Ley General de Población. Más derechos y menos control." en VALDÉS, Luz María (coord.), *La Ley de Población a treinta años de distancia*, México, IJ-UNAM, 2005, pp. 201-218.

(capitalista, comunista, socialista, mixto, etcétera), la definición del sistema político (democracia, dictadura) y desde luego, desde un punto de vista jurídico, la definición y el goce de varios derechos fundamentales. La forma de reconocer el derecho a la propiedad evidentemente va a incidir en el derecho a la vivienda, los derechos de los trabajadores, el derecho al medio ambiente, etcétera, tal como lo demuestra la experiencia histórica. Su regulación constitucional, debido justamente a su importancia, debe hacerse de tal manera que no genere discriminación.

Por desgracia, no es el caso de la Constitución mexicana, que en alguno de sus artículos trata de forma discriminatoria a los no nacionales por cuanto hace a la titularidad del derecho de propiedad. En efecto, el artículo 27 fracción I, constitucional señala que:

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

De este párrafo resulta discriminatoria su última parte, ya que establece una imposibilidad absoluta e injustificada para que los extranjeros adquieran propiedades en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas. Puede entenderse que existió en algún momento de la historia de México una posible justificación para este tipo de regulación. Por ejemplo, se pudo haber pensado que de esta forma se evitaría que los extranjeros que tuvieran propiedades en las fronteras o en los litorales mexicanos cooperaran con una posible invasión extranjera. Pero hoy en día, siendo realistas ¿se justifica tener una limitación en el texto constitucional basada en la nacionalidad de las personas? Recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una opinión consultiva rendida precisamente a instancias del gobierno mexicano, ha realizado diversas consideraciones acerca del estatuto jurídico de los extranjeros que residan en territorio de alguno de los

Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata de la Opinión Consultiva 18/2003.

En la OC 18, la Corte estima que la situación migratoria de una persona “no es condición necesaria para que (un Estado) respete y garantice el principio de igualdad y de no discriminación, puesto que... dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona que se encuentre en su territorio” (párrafo 118).

De la aplicación del principio de igualdad y de no discriminación no se desprende, según la Corte, que un Estado esté impedido para hacer distinciones entre los nacionales y los no nacionales, o entre los extranjeros que se encuentran legalmente en el país y los que se encuentran ilegalmente en su territorio. Para la Corte, “...sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, *siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos*” (párrafo 119, cursivas añadidas; el requisito de que las distinciones sean objetivas, proporcionales y razonables se reitera en el párrafo 168).

En consecuencia con lo anterior, la Corte afirma que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos...” (párrafo 134).

Lo dicho hasta aquí dentro del presente apartado, ofrecería una justificación normativa suficiente para proceder a la reforma de la última parte del artículo 27 Constitucional, pero a ese tipo de razones deben añadirse al menos las del sentido común y las de carácter económico. Respecto de las primeras hay que considerar que hoy en día ya no existen las razones que pudieran haber justificado una regulación como la mencionada, durante los siglos XIX y XX. A falta de dicha justificación, el Estado mexicano no puede remontar la carga de la prueba que siempre existe respecto a un trato desigual por razón de nacionalidad; dicho con otras palabras, la presunción de discriminación que se produce cuando el Estado trata de forma desigual a dos personas, es suficiente para acreditar, hoy en día, el carácter violatorio de diversos pactos y tratados internacionales de derechos humanos que contiene la última parte de la fracción I, del artículo 27 Constitucional. Es de puro sentido común pensar en una disposición de otro tipo si lo que se busca es evitar

que el territorio mexicano pueda ser invadido y que los extranjeros residentes en México colaboren en dicha invasión (situación esta última bastante alejada de la realidad).

Desde el punto de vista económico, es obvio que regulaciones discriminatorias y poco modernas como la del artículo 27, fracción I, de la Constitución, inhiben las inversiones extranjeras en materia turística y alientan diversas formas de “fraude a la ley”, por medio de las cuales grandes grupos de inversionistas extranjeros construyen y administran complejos hoteleros y turísticos tanto en las playas como en las fronteras mexicanas.

Por lo anterior, debe considerarse la posibilidad de modificar el texto constitucional en la parte señalada, a fin de que se trate en igualdad de circunstancias a los nacionales y a los extranjeros respecto al derecho de propiedad en la zona litoral y fronteriza. Esto no quiere decir que se deje de aplicar la cláusula respecto a la cual los extranjeros se sujetan, en cualquier litigio sobre dichas propiedades, a la autoridad del gobierno mexicano, renunciando a cualquier posible intervención del gobierno de su país (excepto para el caso del derecho a la asistencia consular, sobre el que se abunda más adelante).

## II. EL ARTÍCULO 32 CONSTITUCIONAL Y LA DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN NACIONAL

El artículo 32 constitucional señala lo siguiente:

La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.

El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión.

En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.

Esta misma calidad será indispensable en capitanes, pilotos, patrones, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo

el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana. Será también necesaria para desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de practica y comandante de aeródromo. Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.

Como puede verse, el contenido de este precepto establece varias cuestiones discriminatorias. No es difícil advertir, a la luz de lo que llevamos dicho, que el principio de no discriminación está recogido de manera muy limitada dentro del texto constitucional mexicano. Limitada y contradictoria, podríamos añadir, a la luz del ejemplo que nos proporciona el artículo 32 Constitucional, al menos por lo que hace a su párrafo segundo. En efecto, este párrafo contradice al primer párrafo del artículo 1 Constitucional, puesto que éste último establece la prohibición de discriminar por razón de “origen nacional”. El origen nacional no es ni puede ser otra cosa más que el lugar de nacimiento de una persona. Cuando el artículo 32 autoriza a que las leyes del Congreso de la Unión establezcan como requisito para ejercer los derechos subjetivos el de ser mexicano por nacimiento, está contradiciendo de manera clara lo señalado por el artículo 1 Constitucional, además de un buen número de tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México.

Lo menos que puede decirse sobre el contenido del artículo 32 es que refleja una postura anticuada, impropia de un texto constitucional que quiere estar al servicio de un Estado democrático. Pero además, desde una óptica estrictamente jurídica, puede afirmarse que una parte del artículo en cuestión podría incluso estar derogada, pues su contenido proviene del texto original de la Constitución mexicana<sup>3</sup> y de una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de marzo de 1997. Con posterioridad, tal como ya fue explicado, el 14 de agosto de 2001 fue reformado el artículo 1 para incluir un tercer párrafo en el que, entre otras cuestiones, se señala que no se podrá discriminar a alguna persona, por razón de “origen nacional”. Ya se ha dicho y ahora se

---

<sup>3</sup> El texto original de la Constitución puede consultarse en CARBONELL, Miguel, CRUZ BARNEY, Óscar y PÉREZ PORTILLA, Karla (compiladores), *Constituciones históricas de México*, 2ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2004, pp. 493 y ss.

repite que la no discriminación por origen nacional parece chocar claramente con el párrafo segundo del artículo 32, cuando señala que el legislador podrá determinar los cargos y las funciones en las que se podrá requerir ser mexicano por nacimiento. No se daría ese conflicto si el artículo 32 autorizara al legislador a señalar en qué cargos se requiere ser “mexicano” para poder ocuparlos, pues el artículo 1 de la Carta Magna no señala a la “nacionalidad” como una de las causas por las que no se pueda discriminar.

En otras palabras: el legislador puede establecer distinciones para el acceso a cargos públicos entre quienes sean mexicanos y quienes no lo sean, pero no lo puede hacer entre quienes sean “mexicanos por nacimiento” y quienes simplemente sean “mexicanos”. La razón, como ya se ha dicho, es bien sencilla; en el primer caso se está utilizando el criterio de la “nacionalidad”, que es un criterio permitido; pero en el segundo se está utilizando el criterio del “origen nacional”, que es uno de los prohibidos por el artículo 1 Constitucional, en su párrafo tercero. Por otro lado, con este tipo de prevenciones se permite la existencia de “mexicanos de primera” (los que lo son por nacimiento) y “mexicanos de segunda” (los que lo son por naturalización), causando de esa manera una evidente e injustificable discriminación.

Actualmente, al existir una contradicción entre el párrafo segundo del artículo 32 y el párrafo tercero del artículo 1 Constitucional, el intérprete debe utilizar un criterio de solución de antinomias para saber cuál es la norma aplicable a un caso concreto. Como se sabe, los criterios para resolver antinomias son el de la ley superior (*lex superior derogat inferiori*), el de la ley posterior (*lex posteriori derogat priori*) y el de especialidad (*lex specialis derogat generalis*).<sup>4</sup> Para el caso que nos ocupa, el criterio que debemos aplicar es el de la ley posterior ya que no podemos aplicar el de la ley superior (al tener ambos preceptos el máximo rango dentro del sistema jurídico nacional), ni el de especialidad (puesto que los dos preceptos tratan con idéntico detalle el mismo tema). De acuerdo con el criterio de la ley posterior, la norma más reciente en el tiempo deroga a la anterior; en esa medida se puede sostener que el párrafo tercero del artículo 1 Constitucional derogó al párrafo segundo del artículo 32 Constitucional. En esa virtud, todas las normas

---

<sup>4</sup> Para un análisis de estos criterios y en general de las antinomias, GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 6ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2004, capítulo IV.

de rango sub-constitucional que exijan como requisito para ocupar un cargo público el ser “mexicano por nacimiento” se oponen al artículo 1 Constitucional y deben ser declaradas inconstitucionales por los órganos competentes.<sup>5</sup>

Ahora bien, para evitar dudas sobre la aplicación del criterio hermenéutico que se acaba de enunciar, lo mejor sería derogar el párrafo segundo del artículo 32 Constitucional, guardando de esa forma plena coherencia textual entre lo que dispone el artículo 1, párrafo tercero, y lo que establece dicho precepto. Es probable que, por razones muy parecidas, deban ser derogados también los dos últimos párrafos del mismo artículo 32 Constitucional, que contienen criterios pre-modernos, inapropiados para un texto constitucional del siglo XXI. Además, su mala redacción ni siquiera permite precisar el universo de sujetos a los que se dirigen. Algún intérprete podría preguntarse ¿quiénes son los mecánicos a los que se refiere el penúltimo párrafo? ¿deben ser mecánicos dedicados de tiempo completo a mantener y reparar embarcaciones o aeronaves o también deben quedar comprendidos en el supuesto de la norma quienes solamente reparen aeronaves de medio tiempo o cuando tienen ratos libres? Y por otro lado, ¿a qué embarcaciones se refiere el mismo párrafo? ¿a todas con independencia de su peso o medidas? ¿también a un pequeño bote de pesca con el que un turista sale a navegar los domingos en el litoral mexicano?

### III. EL ARTÍCULO 33 CONSTITUCIONAL Y LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

El artículo 33 Constitucional tiene el siguiente texto:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territo-

---

<sup>5</sup> Sin embargo, si esas normas fueron expedidas antes del 15 de agosto de 2001 (que es cuando entró en vigor el párrafo tercero del artículo 1, entonces no hace falta una declaración de inconstitucionalidad para considerarlas insubsistentes, ya que la reforma constitucional las habría derogado. Como se sabe, una norma derogada es inexistente para el ordenamiento jurídico y ningún órgano público o persona particular puede aplicarla, con independencia de que su incompatibilidad con el texto constitucional haya sido o no declarada por un juez constitucional.

rio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

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

Aunque el sesgo discriminatorio de este precepto salta a la vista con su simple lectura, quizá, convenga ofrecer algunos elementos de orden histórico para comprender (aunque no justificar), por qué sigue presente en nuestro texto constitucional y de qué manera viola varios compromisos internacionales firmados por el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

Para empezar hay que decir que la razón por la que este precepto está en el texto constitucional es de orden histórico.<sup>6</sup> 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 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.

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 del artículo 33 de la Constitución vigente. La diferencia principal quizá, sea que

---

<sup>6</sup> Sigo en esta parte el análisis expuesto en BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz. Derecho constitucional y política* (Cienfuegos, David y Miguel A. López Olvera, coordinadores), México, IJ-UNAM, 2005, pp. 60 y ss.

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”.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup> 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 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 a 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”.<sup>9</sup> Por fortuna, un texto de esta especie no fue aprobado, porque de otra manera México y su Constitución de Querétaro, en tantos

---

<sup>7</sup> Actualmente 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.

<sup>8</sup> Cuyo texto se puede consultar en TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1989*, 15ª edición, México, Porrúa, 1989, pp. 764 y ss.

<sup>9</sup> BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, *op., cit.*, p. 65.

otros temas ejemplares, hubieran entrado directamente en la historia de las infamias constitucionales. Quedó aprobado el texto del actual artículo 33, al que no se han hecho reformas desde entonces.

Este brevísimo recorrido histórico nos demuestra que la facultad del poder ejecutivo para expulsar a los extranjeros quizá haya tenido una justificación histórica, pero nos debe llevar también a preguntarnos si esas condiciones históricas subsisten o no en la actualidad.

En todo caso, la reflexión del párrafo anterior no puede dejar de tomar en cuenta las obligaciones que tiene el Estado mexicano en materia de 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.<sup>10</sup> Esta enumeración, aunque no pierde algunos rasgos de vaguedad y ambigüedad (“ofensas”, “amenazas”), constituye sin duda un marco constitucional que disminuye las posibles 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 presente 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.<sup>11</sup>

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

---

<sup>10</sup> BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, *op. cit.*, p. 69.

<sup>11</sup> Manuel 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”, p. 69.

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.<sup>12</sup> 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 in-

---

<sup>12</sup> Se trata de la Observación General número 27, aprobada en el 67° periodo de sesiones del Comité en 1999, consultable en CARBONELL, Miguel, Sandra MOGUEL y Karla PÉREZ PORTILLA (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, 2ª edición, México, Porrúa, CNDH, 2003, tomo I, pp. 462-468.

formes 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”.

Aunque México, al momento de suscribir el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, interpuso una reserva respecto al 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.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup>

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.

---

<sup>13</sup> BECERRA, Manuel, *op. cit.*, p. 73.

<sup>14</sup> BECERRA, Manuel, *op. cit.*, p. 74.

A la luz de todo lo anterior, lo correcto sería reformar de forma integral el artículo 33 de la Constitución, de forma que se precisara lo siguiente:

- A) Los extranjeros podrán ser expulsados solamente por orden del Presidente de la República;
- B) La expulsión de extranjeros solamente se podrá realizar cuando se acredite que su presencia en territorio nacional pone en peligro la seguridad nacional, debido a que el extranjero en cuestión haya realizado actividades de espionaje o vinculadas con el terrorismo;
- C) La expulsión podrá ser impugnada, como cualquier otro acto de autoridad, por medio del recurso legal ordinario que dispongan la Constitución y las leyes (puede ser el juicio de amparo si el quejoso estima que se le están violando derechos fundamentales);
- D) Dentro del mencionado recurso se le respetarán al extranjero todas las formalidades esenciales del procedimiento, es decir, se deberán observar todos los elementos que componen el “debido proceso legal” (*due process of law*).
- E) No podrán hacerse expulsiones masivas o sin que se haya determinado la identidad precisa de las personas a expulsar.
- F) En la medida de lo posible se deberá dar siempre el derecho a la asistencia consular a favor del extranjero.<sup>15</sup>

Respecto del 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.<sup>16</sup> En dicha Opinión 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

---

<sup>15</sup> Un panorama sobre este derecho puede verse en CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2ª edición, México, Porrúa, CNDH, UNAM, 2006, pp. 664 y ss.

<sup>16</sup> Consultable en CARBONELL, Miguel, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, obra citada, tomo II, pp. 1003-1097.

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 requisito algún; 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).

Por todo lo que se ha dicho, se puede concluir señalando que el objetivo de la reforma que se propone al artículo 33 constitucional, consiste en reducir la discrecionalidad del Presidente de la República al momento de expulsar a extranjeros que se encuentren en territorio nacional y en someter dicha facultad a un permanente escrutinio de los tribunales mexicanos e internacionales. En otras palabras, se trata de pasar de una facultad arbitraria e incontrolada como la que existe hoy en día, a una facultad sometida al imperio de los principios del Estado de derecho, en cuyo ejercicio se respeten los derechos fundamentales de las personas no nacionales que se encuentran en territorio mexicano.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos visto, la Constitución mexicana contiene normas que permiten discriminar por razones de pura xenofobia. Desde luego, tenemos que hacernos cargo de la complicada historia de México en

que hacernos cargo de la complicada historia de México en relación con los extranjeros; pero el peso de la historia no puede ser suficiente para obnubilar el proceso de construcción de una democracia incluyente, en la que desaparezcan fenómenos tan humillantes e indignantes como la discriminación.

Para hacerlo tenemos que comenzar poniendo el ejemplo desde el propio texto constitucional. Si es la Constitución la que permite que exista discriminación por razón de nacionalidad o de lugar de nacimiento, entonces el legislador ordinario se sentirá libre de introducir en sus leyes normas igualmente discriminatorias. Y esa actitud terminará siendo asumida como normal y legítima por una parte de la población.

Por el contrario, si nuestro texto constitucional asume con todas sus consecuencias el principio de no discriminación y es capaz de construir un entramado normativo que no contenga ningún resquicio por el que se puedan colar las normas discriminatorias, será mucho lo que hayamos avanzado. ¿No es justamente la Constitución la norma que con mayor amplitud debería reconocer la igual dignidad de todas las personas, con independencia de sus características particulares, como el lugar de nacimiento o la nacionalidad? ¿No es eso lo que tantas veces le ha pedido el gobierno mexicano a las autoridades de los Estados Unidos, para efecto de que se le de un trato digno a nuestros migrantes? ¿qué legitimidad tenemos para formular tales exigencias si nosotros violamos el principio de igualdad desde el propio texto constitucional? Proceder a las reformas que hemos señalado es, por tanto, una cuestión urgente, un tema de patriotismo constitucional.