

LA DETENCIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS EN ESTACIONES MIGRATORIAS



S I N
FRONTERAS
I A P

**LA DETENCIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS
EN ESTACIONES MIGRATORIAS**

D.R. © Sin Fronteras I.A.P
Puebla número 153, Col. Roma
México, DF Noviembre del 2012

Diseño: A.Belem Arévalo Calderón
e-mail: ab_arevalo05@hotmail.com

www.sinfronteras.org.mx

Derechos reservados conforme a la ley
ISBN 978-607-95760-3-5

Impreso en México / **Printed in Mexico**

Primera Edición elaborada por Elba Coria Márquez, septiembre 2008
Actualización elaborada por Mónica Oehler Toca, marzo 2012

Área Legal, Sin Fronteras IAP

LA DETENCIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS EN ESTACIONES MIGRATORIAS



S I N
FRONTERAS
I A P

ÍNDICE

I. Resumen Ejecutivo	8
II. Executive Summary	9
III. Introducción	10
IV. Marco Jurídico Nacional e Internacional	12
V. Análisis de conceptos legales asociados a la privación de la libertad de la que son objeto las personas extranjeras	16
VI. La experiencia de Sin Fronteras IAP en el litigio de casos sobre privación de la libertad de personas extranjeras	38
VII. Conclusiones	4

MISIÓN, VISIÓN Y OBJETIVOS

MISIÓN

Sin Fronteras I.A.P. es una organización civil mexicana, laica, apartidista y sin fines de lucro, que trabaja para contribuir al cambio de las condiciones en las que ocurren las migraciones internacionales y el asilo, a fin de que estos se den en un marco de pleno respeto de los derechos humanos de los migrantes internacionales, solicitantes de asilo, refugiados y sus familiares.

VISIÓN

Sin Fronteras I.A.P es una organización consolidada y congruente con sus valores, que trabaja desde un enfoque de derechos humanos y cuya capacidad de incidencia se traduce en el acceso efectivo de la población migrante internacional, solicitante de asilo y refugiada a sus derechos.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Contribuir al proceso de empoderamiento de migrantes internacionales, solicitantes de asilo, refugiados y sus familiares, para que estos puedan satisfacer sus necesidades y garantizar el respeto de sus derechos.
- Contribuir a la construcción de una cultura incluyente y sustentada en derechos humanos, que permita que las migraciones internacionales y el asilo se lleven a cabo en un ambiente libre de violencia.
- Promover el desarrollo y la aplicación de un marco normativo, de programas y políticas públicas integrales acordes a los estándares de derecho internacional.
- Fortalecer la capacidad institucional de Sin Fronteras.

DIRECTORIO SIN FRONTERAS, IAP

Patronato

Fabienne Venet Rebiffé

Presidenta

Directora del Instituto de Estudios y Divulgación sobre Migración, A.C. México D.F.

Blanca Lilia Villaseñor Roca

Tesorera

Directora del Albergue del Desierto Mexicali, Baja California

Vladimiro Valdés Montoya

Secretario

Director del Servicio Jesuita a Migrantes México, México D.F.

Adriana María Cortés Jiménez

Vocal

Directora de la Fundación Comunitaria del Bajío, Irapuato, Guanajuato.

Rodolfo García Zamora

Vocal

Profesor/Investigador del Doctorado en Estudios del Desarrollo en la Universidad Autónoma de Zacatecas, Zacatecas.

Leticia Calderón Chelius

Miembro

Profesora del Instituto Mora, México D.F.

Manuel Ángel Castillo García

Miembro

Profesor/Investigador de El Colegio de México, México D.F.

Genoveva Roldán Dávila

Miembro

Investigadora del Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM, México D.F.

Gustavo López Castro

Miembro

Profesor/Investigador de El Colegio de Michoacán, La Piedad, Michoacán

Luis Enrique Graham

Miembro

Socio, Chadbourne & Parke, S.C.

Dirección General

Nancy Pérez García

Directora General

Rosalba Soto Palma

Asistente de Dirección

Karla Silvia Meza Soto

Subcoordinadora de Vinculación

Aurélie Bellon

Encargada de Desarrollo de Proyectos

Geovanna Prado Prone

Encargada de Desarrollo de Proyectos

Paulo Sergio Martínez Sumuano

Encargado de Comunicación

Belem Arévalo Calderón

Asistente de Comunicación

DIRECTORIO SIN FRONTERAS, IAP

Coordinación de Atención y Servicios

Diana Martínez Medrano
Coordinadora de Atención y Servicios

Sandra Lorena Cano Padilla
Subcoordinadora del Área Legal

Mónica Oehler Toca
Abogada de Defensoría

Alejandra Macías Delgadillo
Abogada del Área de Solicitantes de Asilo

Pamela Castro Lobato
Abogada de la Clínica Jurídica de Documentación Migratoria e Identidad

Carolina Carreño Nigenda
Sub Coordinadora de Acompañamiento Psicosocial

Adriana Hernández Méndez
Psicóloga de Acompañamiento Psicosocial

Noemí García Piña
Trabajadora Social

Gilda Maribel Álvarez Mariano
Trabajadora Social

Administración

Perla Xóchitl Morales Salazar
Coordinadora de Administración

Ricardo Hernández Damián
Asistente de Administración

Mary José Flores Correa
Recepción

Ana Belén Hernández Hernández
Servicios Generales

I. Resumen Ejecutivo

La Detención de personas extranjeras en estaciones migratorias y la privación de la libertad

Un tema de enorme preocupación institucional ha sido el relativo a la privación de la libertad de las personas extranjeras indocumentadas en las estaciones migratorias, actualmente subsisten grandes dificultades y violaciones a derechos humanos que a la luz de la permisibilidad y justificación legal y fáctica del acto privativo, se siguen perpetrando en perjuicio de las personas extranjeras, como es la relación de poder-subordinación que impone el Instituto Nacional de Migración respecto de quienes se encuentran detenidos, asegurados o alojados.

En cuanto a la denominación del acto, del propio marco jurídico surgen las diversas connotaciones que se le da a la privación de la libertad de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, ejecutada por la autoridad administrativa migratoria. Así, en términos constitucionales estamos frente a una detención, mientras que en términos legales el aplicable es “alojamiento”. Dicha privación está prohibida en los artículos 21 y 16 de la Constitución, pero no como aseguramiento o alojamiento, sino como detención o privación de la libertad.

Por lo anterior, el Instituto Nacional de Migración sostiene que el aseguramiento no es una privación de la libertad sino una “restricción al libre tránsito” consagrado en el artículo 11 constitucional. Lo anterior es incorrecto, toda vez que la restricción al libre tránsito no implica permanecer en un lugar geográfico determinado sin posibilidad de salir del mismo, como lo es el aseguramiento de personas migrantes en las estaciones migratorias, constituyendo por tanto una privación a la libertad personal.

Ahora bien, de acuerdo con la Ley de Migración, se resolverá la situación migratoria de las personas extranjeras que se encuentren en la estación migratoria en un plazo no mayor de 15 días hábiles, que pueden ser prorrogables a 60 días hábiles y cuando se interponga un recurso administrativo o judicial el tiempo es indefinido – lo que constituye una violación al acceso de justicia para las personas migrantes y solicitantes de asilo –. Por lo tanto, los plazos que se establecen en la Ley de Migración, definitivamente exceden el plazo de 36 horas que el artículo 21 permite que duren las detenciones de libertad efectuadas por autoridades administrativas, y por lo tanto, es inconstitucional.

La única alternativa a la detención existente en México es la custodia, sin embargo, con la Ley de Migración y su Reglamento se viola el principio de progresividad de los derechos humanos puesto que elimina la posibilidad de otorgarla a personas físicas, además de poner tantos requisitos que se hace nugatorio su derecho de poder llevar sus procedimientos en libertad.

Por su parte, el Poder Judicial, tratándose de la suspensión del acto privativo, actúa en dos líneas: se conduce negando la suspensión por motivo del interés y orden públicos, o bien, concediendo la suspensión sin ningún efecto real en la libertad de la persona migrante, es decir, otorgando lo que se conoce legalmente como la suspensión “para efectos”. Lo anterior no ofrece ninguna posibilidad real para que las personas puedan llevar sus procedimientos en libertad, por lo que el derecho a la defensa de sus derechos está condicionada a permanecer en detención en las estaciones migratorias.

Debido a lo anterior es fundamental recalcar que la detención de personas extranjeras es un acto privativo de su libertad, que la detención debe ser la excepción y no la regla y que, en caso de que ésta proceda, debe con pleno respeto a sus derechos humanos y a los estándares tanto de origen internacional como nacional para las personas privadas de su libertad.

II. Executive Summary

A topic of great institutional concern is the one relative to the deprivation of liberty of undocumented foreigners in migrant detention centers. Currently there are still major difficulties and human rights violations carried out in prejudice of foreigners¹ in light of the actual legal permissiveness and justification of the privation act, such as the relationship of power-subordination imposed by the National Migration Institute on those detained, arrested or housed.

The deprivation of liberty of migrants, asylum seekers or refugees performed by the administrative immigration authority is described in the juridical framework with different inferred meanings. Thus, from the constitutional stance it is a detention, while the legal terminology refers to “housed” migrants. Articles 21 and 16 of the Constitution prohibit this type of deprivation, but not if it is deemed as arresting or housing, only if it is considered a detention or deprivation of liberty.

Based upon the above, the National Migration Institute claims that impoundment is not a deprivation of liberty; it is just a “restriction from free transit”, as set forth in the 11th article of the Constitution. This is incorrect, because the restriction from free transit does not imply to be kept in a given geographical place without possibility of going out, and that is the impoundment performed on migrants in migrant detention centers, therefore, it is a personal deprivation of liberty.

Nevertheless, according to the Migration Law, the immigration status of foreigners staying in migrant detention centers shall be determined within a maximum period of 15 business days², which could be extended to 60 days or, if there is an administrative or judicial recourse filed, indefinitely – representing a violation of the right to access justice for migrants and asylum seekers. Thus, the periods established by the Migration Law clearly exceed the period of 36 hours set forth in Article 21 for liberty detentions performed by administrative authorities, therefore they are unconstitutional.

The only alternative for detention in Mexico is what is known as custody, however, the Migration Law and its Regulations also violate the principle of progression of human rights as they eliminate the possibility of offering it to individuals, besides the many requirements that need to be met and end up turning ineffectual their right to carry out their proceedings in conditions of freedom.

As regards the Judicial Branch, when talking about the suspension of an act of privation, moves in two different orders of ideas: it denies the suspension of the privation by reason of interest, law and order, or it grants the suspension of the privation, with no effect on the person’s freedom, that is to say providing what is known as the suspension “for effects”. The above does not give the detained individuals any real possibility to continue with their legal proceeding in freedom, and therefore, their right to defend their rights is conditioned to their stay in the migrant detention center.

As we can see, it is fundamental to stress that the detention of foreigners is a privative act of their freedom; that detention shall be the exception to the rule and not the rule, and, that in the event that it should take place, it shall fully observe and take into consideration human rights and international and national standards for individuals deprived of their liberty.

¹ Migrant and asylum requesters
² Article 111 of the Immigration Law

III. Introducción

Este documento tiene como objetivo servir como instrumento informativo para el litigio de los casos que representa el Área de Defensoría de Sin Fronteras con relación al tema de la privación de la libertad. Sin embargo, puede resultar un referente útil para establecer posturas institucionales en el tema.

Desde hace dieciséis años que se crea Sin Fronteras IAP, un tema de enorme preocupación institucional ha sido el relativo a la privación de la libertad de las personas extranjeras³ indocumentadas en las estaciones migratorias, e incluso en el pasado, dentro de centros de detención para personas sujetas a proceso penal o sentenciadas.

Desde entonces a la fecha, el contexto de privación de la libertad de personas extranjeras ha cambiado, y en algunos sentidos de manera positiva, aunque sigue latente la discriminación y xenofobia hacia este sector de la población en México. En los últimos años ha habido importantes reformas en el tema migratorio y del asilo, entre ellas se encuentran:

1. La novedosa Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero del 2011, así como su reglamento publicado el 21 de febrero del 2012;
2. La Ley de Migración publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011, así como su Reglamento cuya publicación fue el 28 de septiembre de 2012;
3. La Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 y que contiene dos aportaciones importantes en el tema de personas extranjeras:

a) Agrega al artículo 11 un párrafo en el que se incorpora a nivel constitucional el “derecho humano a solicitar asilo”.

Sin embargo, la redacción de dicho artículo es desafortunada al hacer referencia a dos figuras jurídicas, el “asilo” por motivos de orden político y el “refugio” por causas de carácter humanitario. Lo anterior debido a que únicamente es en América Latina donde se hace esta diferenciación entre conceptos.

El término “refugio” se utiliza en derecho internacional de manera transitoria para referir que se le da protección a la persona hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país⁴, mientras que el “asilo” es el acto de admisión y protección de refugiados por parte de un Estado.⁵

La confusión de términos resulta relevante porque concluye en una categoría privilegiada para los solicitantes de asilo ya que es considerado como una potestad del Estado, y por lo tanto, un procedimiento discrecional con ciertas ventajas como poder solicitarlo en la embajada mexicana dentro de sus países.

b) La reforma al artículo 33 constitucional recibió muy buena acogida puesto que se armoniza con el derecho internacional de derechos humanos al establecer el derecho a un debido proceso anterior a la expulsión.

Sin embargo, también se establece la posibilidad de detener a personas extranjeras con fundamento en la ley, la que regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención. Lo anterior es considerado desde Sin Fronteras como un retroceso en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas migrantes, ya que anteriormente no existía ningún fundamento constitucional para la detención de éstas en las estaciones migratorias.

Una posible interpretación podría salvar el panorama es que el artículo 33 constitucional únicamente

3 Migrantes y solicitantes de asilo

4 San Juan, César Walter, El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/3187>, página 37. Fecha de consulta: 9 de Julio de 2012.

5 Ibidem, página 36

aplica para las personas sujetas a un procedimiento de expulsión, y no así a uno de deportación o de retorno asistido. De la misma manera, al no establecerse el plazo que podrá durar la detención desde la misma Constitución, éste no podría ser mayor a 36 horas, de acuerdo con el artículo 21 constitucional, por ser una detención administrativa.

No obstante las mejoras que han habido, subsisten grandes dificultades y violaciones a derechos humanos que a la luz de la permisibilidad y justificación legal y fáctica del acto privativo, se siguen perpetrando en perjuicio de las personas extranjeras, como es la relación de poder-subordinación que impone el Instituto Nacional de Migración respecto de quienes se encuentran detenidos, asegurados o alojados.

Dada la trascendencia que el tema ha tenido para Sin Fronteras IAP, desde la creación del área de Defensoría, uno de los principales ejes que han regido la defensa legal de las personas extranjeras, ha sido la privación de la libertad.

En los primeros años de litigio del Área de Defensoría, misma que inició en 2001, los graves problemas asociados a la privación de la libertad eran el “aseguramiento” prolongado y el hacinamiento de personas extranjeras en las estaciones migratorias, las cuales a su vez mantenían condiciones insalubres, higiénicas y alimenticias deplorables. En esos años, no era difícil encontrar en la estación migratoria del Distrito Federal, en Iztapalapa, a personas extranjeras que llevaban meses aseguradas y algunas incluso, alcanzaban periodos de año y medio privadas de su libertad.

A la par de la evolución que ha existido en este tema, la perspectiva institucional de Sin Fronteras ha tenido que cambiar; es decir, anteriormente la principal preocupación había sido evitar el hacinamiento y el aseguramiento prolongado como regla. Una vez

remediadas parcialmente estas violaciones, se ha tenido que descifrar en qué consiste el aseguramiento, cuál es nuestra postura frente al tema de la libertad y, finalmente, a través del litigio, se han reflejado con mayor claridad las relaciones existentes entre la privación de la libertad y acceso a la justicia, y la necesidad de encontrar y aplicar alternativas a la detención de personas migrantes.

Las decisiones judiciales respecto de la privación de la libertad de personas extranjeras no han sido alentadoras por regla. A raíz del litigio, hemos podido percibir opiniones judiciales muy conservadoras en el tema donde se concibe a la privación de la libertad como una cuestión de orden público o como una restricción al libre tránsito de personas, y otras que han mostrado ser más progresistas concediendo incluso la suspensión real y efectiva de la misma⁶. No obstante las malas experiencias en la resolución de casos por privación de la libertad, en atención a los avances pensamos que existen grandes posibilidades de lograr un “grado aceptable de éxito” a corto o mediano plazo en el tema.

Ello siguiendo una línea de acción en la que a través del litigio nacional e internacional, la incidencia y la difusión, lleguemos a colocar opiniones favorables a los derechos humanos de esta población en la opinión pública y en el poder judicial.

En el presente documento intentamos recoger toda la experiencia y estudio en el tema de la privación de la libertad, que ha realizado el Área de Defensoría para plasmar por un lado, los conceptos elementales respecto de la privación de la libertad, su distinción del artículo 11 Constitucional (libertad de tránsito) y sus homónimos semánticos (aseguramiento y alojamiento) mientras que por el otro lado, se establece su marco legal nacional e internacional, así como los avances en el litigio de estos casos por parte de Sin Fronteras IAP.

⁶ Registro No. 169268 Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Julio de 2008 Página: 1745 Tesis: I.1o.P.99 P Tesis Aislada Materia(s): Penal PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

IV. Marco Jurídico Nacional e Internacional

En este apartado se buscará hacer una breve revisión sobre la legislación nacional e internacional. Especialmente algunas disposiciones que resultan de interés para crear líneas argumentativas en relación al tema de la libertad personal, así como de algunos criterios que han quedado asentados y cuya consulta resulta recomendable en la defensa de este derecho.

4.1. Marco Jurídico Nacional.

En el ámbito constitucional, los artículos de referencia de indiscutible aplicación a la materia los constituyen los numerales 1, 14, 16, 21 y 33.

Los artículos 14 y 16 refieren, el primero, actos privativos, en tanto que el segundo se refiere a actos de molestia.

La distinción es importante porque la jurisprudencia ha definido el acto privativo oponiéndolo al concepto de acto de molestia que está previsto en el artículo 16 constitucional. El criterio jurisprudencial más relevante al respecto es el siguiente

ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN.

El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, si no 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, si no 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.

Aunque conforme a la cita, el acto de molestia resulta ser la restricción de manera provisional o preventiva de un derecho, que tiene el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, 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. No es menos cierto que tratándose de la privación de la libertad de migrantes, la mayoría de las veces ésta no constituye únicamente un acto de molestia, sino un privativo de la libertad.

Por lo que hace al artículo 21 de la Constitución, éste da sustento a la inconstitucionalidad de las detenciones administrativas si las mismas no corresponden al arresto por el plazo máximo de 36 horas.

Ahora bien, con la reforma de derechos humanos publicada el 10 de Junio de 2011 se eleva a nivel constitucional la detención de las personas migrantes.

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

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

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

Lo anterior representa un retroceso en el tema puesto que ahora la detención de migrantes es una posibilidad

establecida desde la Constitución, sin embargo, lo que debe primar es una interpretación sistemática en la que, si bien se eleva a rango constitucional la detención de personas migrantes, el límite para llevarla a cabo es el de 36 horas establecido en el artículo 21 constitucional.

Dentro del marco jurídico nacional, el estudio de la Ley de Migración resulta fundamental por ser ésta la ley especial en el tema, sin embargo, se revisará con profundidad en los apartados posteriores.

4.2. Marco Jurídico Internacional.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos abre una gran posibilidad puesto que en la redacción de su artículo 1 sitúa en el mismo nivel jerárquico a los tratados internacionales, que reconocen derechos humanos, y a la misma Constitución.

Debido a lo anterior, resulta fundamental el conocimiento y estudio de las normas de carácter internacional que regulan el tema de la libertad personal, éstas se encuentran contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles⁹, Inhumanos o Degradantes¹⁰ y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹¹ todos ellos adoptados en Naciones Unidas, suscritos y ratificados por el Estado Mexicano.

La Convención Americana prevé lo relativo a la privación de la libertad en su artículo 7 al establecer:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

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

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

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

En el contexto del Derecho Interamericano, la violación al derecho de libertad personal ha sido objeto de jurisprudencia y pronunciamientos específicos tanto en la Corte como en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La interpretación que ha dado la Corte a los términos arbitrariedad e ilegalidad es sumamente relevante para efectos de este documento,

7 San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

8 Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

9 Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 77/199, de 18 de diciembre de 2002.

10 Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

11 Corte IDH. Caso N° 10.274. Sentencia de 21 de enero de 1994 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 47.

por lo que es recomendable consultar casos como el de Gangaram Panday contra Surinam¹², ante la Corte, y, el de Castillo Pezo contra la República del Perú¹³, por el que se pronunció la Comisión Interamericana.

Por su parte, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

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

[...]

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

El artículo 9 del Protocolo ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 8, señalando que con excepción de los párrafos 2 y 3, el resto del artículo es aplicable a todas las formas de privación de la libertad “ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la inmigración, etc”¹⁴. Ello, con especial énfasis en el párrafo No. 4 que consagra el derecho a recurrir ante un tribunal competente a fin de que se decida sobre la legalidad de la privación de la libertad.

En cuanto al Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, lo establecido en el artículo 4 del mismo es relevante en cuanto al carácter de

detención y privación de la libertad que tiene el aseguramiento por parte de autoridades migratorias.

Pese a que el alcance de la privación de la libertad que tiene el Protocolo se supone limitado a la aplicación del mismo, lo cierto es que constituye un referente valioso para hacer convicción de que ésta es la interpretación correcta que adquiere el aseguramiento migratorio.

Artículo 4

1. Cada Estado Parte permitirá las visitas, de conformidad con el presente Protocolo, de los mecanismos mencionados en los artículos 2 y 3 a cualquier lugar bajo su jurisdicción y control donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, bien por orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito (en adelante denominado lugar de detención). Estas visitas se llevarán a cabo con el fin de fortalecer, si fuera necesario, la protección de estas personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

2. A los efectos del presente Protocolo, por privación de libertad se entiende cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente.

Finalmente, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, norman el derecho a la libertad de los migrantes, documentados o no documentados, bajo un esquema de garantías que les asegure la notificación consular, el debido proceso legal fuera de un ámbito penal, así como el derecho a una indemnización por la privación ilegal de su libertad.

12 Corte IDH. Caso Nº 10.274. Sentencia de 21 de enero de 1994 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 47.

13 CIDH. Caso 10.471. Informe 51/99. 13 de abril de 1999, párr. 102.

14 Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 8 (1982)16º periodo de sesiones. (versión inglés) página web <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/index.htm>

Artículo 16

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad y la seguridad personales.

[...]

3. La verificación por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de la identidad de los trabajadores migratorios o de sus familiares se realizará con arreglo a los procedimientos establecidos por ley.

4. Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos, individual ni colectivamente, a detención o prisión arbitrarias; no serán privados de su libertad, salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca.

5. Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean detenidos serán informados en el momento de la detención, de ser posible en un idioma que comprendan, de los motivos de esta detención, y se les notificarán prontamente, en un idioma que comprendan, las acusaciones que se les haya formulado.

[...]

7. Cuando un trabajador migratorio o un familiar suyo sea arrestado, recluso en prisión o detenido en espera de juicio o sometido a cualquier otra forma de detención:

a) Las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o de un Estado que represente los intereses del Estado de origen, serán informadas sin demora, si lo solicita el detenido, de la detención o prisión y de los motivos de esa medida;

b) La persona interesada tendrá derecho a comunicarse con esas autoridades. Toda comunicación dirigida por el interesado a esas autoridades será remitida sin demora, y el interesado tendrá también derecho a recibir sin demora las comunicaciones de dichas autoridades;

c) Se informará sin demora al interesado de este derecho y de los derechos derivados de los tratados pertinentes, si son aplicables entre los Estados de que se trate, a intercambiar correspondencia y reunirse con representantes de esas autoridades y a hacer gestiones con ellos para su representación legal.

8. Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de su libertad por detención o prisión tendrán derecho a iniciar procedimientos ante un tribunal, a fin de que éste pueda decidir sin demora acerca de la legalidad de su detención y ordenar su libertad si la detención no fuere legal. En el ejercicio de este recurso, recibirán la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete cuando no pudieren entender o hablar el idioma utilizado.

9. Los trabajadores migratorios y sus familiares que hayan sido víctimas de detención o prisión ilegal tendrán derecho a exigir una indemnización.

En el renglón de trabajadores migratorios, es conveniente también la consulta de los Informes emitidos por los Relatores de Derechos de los Trabajadores Migratorios, como es el Informe de la visita a México presentado por la Relatora Especial, Gabriela Rodríguez Pizarro¹⁵, en la que se realizan algunas manifestaciones en torno al tema de la privación de la libertad no sólo de migrantes sino también de solicitantes de asilo.

15 Consejo Económico y Social. Informe Especial E/CN.4/2003/85/Add.2, 30 de octubre de 2002, Comisión de Derechos Humanos, 59º período de sesiones. Grupos e Individuos Específicos: Trabajadores Migrantes. Visita a México.

V. Análisis de conceptos legales asociados a la privación de la libertad de la que son objeto las personas extranjeras

El artículo 33 constitucional a partir de la reforma en materia de Derechos Humanos establece lo siguiente:

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.

Por su parte, el artículo 3, fracción X de la Ley de Migración establece que una Estación Migratoria es: “la instalación que establece el Instituto para alojar temporalmente a los extranjeros que no acrediten su situación migratoria regular, en tanto se resuelve su situación migratoria”.

En el Reglamento de la Ley de Migración no se define a las estaciones migratorias, sin embargo sí se hace mención a las estancias provisionales en la fracción XI del artículo 3 como “la instalación física que el Instituto establece o habilita para alojar de manera provisional a las personas extranjeras que no acrediten su situación migratoria regular, hasta en tanto sean trasladados a una estación migratoria o sea resuelta su situación migratoria en términos de lo dispuesto en la Ley y su Reglamento”.

Actualmente no se ha publicado el Reglamento de la Ley de Migración, sin embargo, en el Reglamento de la Ley General de Población, se definía a las estaciones migratorias en su artículo 208 como: “las instalaciones físicas a cargo del Instituto, para el aseguramiento de extranjeros en los términos que señala la Ley”.¹⁶

Es así como del propio marco jurídico surgen las diversas connotaciones que se le da a la privación de la libertad de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, ejecutada por la autoridad administrativa migratoria. Dicha privación está prohibida en los artículos 21 y 16 de la Constitución, pero no como aseguramiento o alojamiento, sino como detención o privación de la libertad. Así, en términos constitucionales estamos frente a una detención, mientras que en términos legales el aplicable es “alojamiento”.

El problema que esto ocasiona es que, los términos de aseguramiento y alojamiento son utilizados reiteradamente tanto por el Instituto Nacional de Migración como por el Poder Judicial para minimizar el acto real privativo del que se trata y, adicionalmente, el Instituto Nacional de Migración ha logrado “convencer” a los Jueces de que el aseguramiento no es una privación de la libertad sino una “restricción al libre tránsito” consagrado en el artículo 11 Constitucional, siendo este su argumento más recurrente en los últimos años.

Por lo anterior, es importante mantener como elementos relevantes de la definición del aseguramiento, que se trata de un acto privativo de la libertad perfectamente equiparable al concepto de detención en materia penal y que la afectación que se causa a la persona se traduce en una violación al derecho de libertad personal.

Esta medida privativa de la libertad definida como aseguramiento o alojamiento, es contraria a las garantías y prerrogativas constitucionales. Si bien la reforma constitucional prevé la detención de personas extranjeras y establece que la ley regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y el tiempo que dure ésta, el término que debe durar una detención realizada por autoridades administrativas no puede exceder de 36 horas de acuerdo con el artículo 21 constitucional.

¹⁶ Cfr. Artículo 71 de la Ley General de Población y artículo 94 de su Reglamento.

Ahora bien, de acuerdo con la Ley de Migración, se resolverá su situación migratoria en un plazo no mayor de 15 días hábiles¹⁷, que pueden ser prorrogables a 60 días hábiles y cuando se interponga un recurso administrativo (recurso de revisión) o judicial (un juicio de garantías) el tiempo es indefinido.

Resulta evidente entonces, que el plazo otorgado por la Ley de Migración es excesivo y violatorio al artículo 21 constitucional al exceder el plazo de 36 horas que puede durar una detención administrativa, sin embargo, la autoridad ha intentado hacer un juego de conceptos, argumentando que al no tratarse de una detención si no de un alojamiento, no se encuentra limitado por las 36 horas que establece la Constitución.

No obstante, el contexto bajo el cual se producen las migraciones y se desarrolla universalmente el tratamiento estatal y gubernamental de dicho fenómeno, cada vez se hace más relevante impulsar la viabilidad de terminar con la privación generalizada de la libertad de las personas migrantes y solicitantes de asilo, o ajustarla siquiera al precepto que refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por ello, si bien debiera ser deseable a largo plazo e intentarse constantemente abrir la discusión sobre la constitucionalidad del aseguramiento, lo cierto es que hoy por hoy es recomendable trabajar en su construcción escalonada.

Un primer paso es mantener presente que el aseguramiento o la privación de la libertad de las personas extranjeras, debe de ser la excepción y no la regla.¹⁸

La Ley de Migración contempla como mecanismo la custodia para evitar, bajo ciertos parámetros, la detención. Así pues, desde Sin Fronteras IAP establecemos como estrategia, el fomento del uso de la figura de la custodia provisional¹⁹, por ejemplo, como la alternativa que existe en México en contra de la detención, tanto durante la sustanciación del procedimiento administrativo migratorio, como una vez decretada la expulsión del país.

Aunque existen pocos elementos de esta figura, esta medida protectora de la libertad, no debe de constituir una excepción pues debiera de primar su otorgamiento bajo un análisis razonable de las circunstancias y del respeto a las libertades fundamentales.

Asimismo, se debería asegurar que, el no tener vínculos familiares o que los recursos económicos de las personas detenidas sean limitados, no sea un impedimento para poder llevar su procedimiento fuera de las estaciones migratorias; la propuesta que ha habido respecto a lo anterior en la práctica, es establecer acuerdos flexibles con albergues o grupos de la sociedad civil.

En sentido inverso, el acto de autoridad que, en razón de las circunstancias debe justificar la privación de la libertad, es a lo que se le ha denominado a partir de la Ley de Migración, “acuerdo de presentación”. Dicho documento debe de tener una justificación fundada y motivada del por qué se determina alojar a la persona.

17 Artículo 111 de la Ley de Migración.

18 Sólo se hace mención a las personas migrantes y sus familias debido a que en el caso de los solicitantes de asilo y refugiados es inadmisibles el aseguramiento bajo cualquier forma. Sin Fronteras siempre ha sido de la opinión de que la obligación del Estado es establecer lugares específicos para solicitantes de asilo, en condiciones no restrictivas de la libertad personal. Aunque en algunos aspectos del presente documento también quedan comprendidos los solicitantes de asilo, hay otras en las que no es posible establecer, por el momento, los mismos parámetros que para las personas migrantes.

19 Contemplada en los artículos 101 y 102 de la Ley de Migración.

En términos ideales, esa motivación no debiera de ser la presunción de violación a la Ley de Migración, sino la amenaza real de que la persona se sustraiga del control y potestad migratoria durante la sustanciación del procedimiento administrativo migratorio o de la ejecución de una orden de deportación.²⁰

En un segundo momento conviene definir o establecer parámetros respecto de cuándo una persona migrante sufre un aseguramiento que se convierte en prolongado o cuándo una privación de la libertad es inadmisibles bajo cualquier esquema legal.

En este sentido, el aseguramiento prolongado se produce desde el momento en que, por razones imputables directamente a la autoridad migratoria o a otras circunstancias ajenas a la voluntad de la persona migrante o solicitante de asilo, ésta permanece privada de su libertad personal en una Estación Migratoria mayormente al que es legalmente permitido.

A partir de un rango posterior al de 15 días, ya se estaría ante la posibilidad de que se produzca un aseguramiento prolongado, si no existe una resolución de deportación puesto que los primeros quince días se otorgan como el plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo migratorio, según lo señalado por el artículo 111 de la Ley de Migración.

La Ley de Migración prevé que el plazo de 15 días únicamente podrá exceder, no más de 60 días hábiles en los siguientes casos:

- I)** Que no exista información fehaciente sobre su identidad o nacionalidad, o exista dificultad para la obtención de documentos de identidad y viaje,
- II)** Que los consulados requieran mayor tiempo para la expedición de documentos,
- III)** Que exista impedimento para su tránsito por terceros países u obstáculo para establecer el itinerario de viaje al destino final,

IV) Que exista enfermedad o discapacidad física o mental médicamente acreditada que imposibilite viajar a la persona. Asimismo, si una persona interpone un recurso administrativo o judicial permanecerá en la estación migratoria por tiempo indefinido.

Es decir, hablar del aseguramiento prolongado debe contarse, en principio, a partir de que fenece el plazo para la sustanciación del procedimiento administrativo-migratorio, lo que no significa que durante dicho procedimiento tenga que estar la persona forzosamente privada de su libertad.

El hecho de que no se ejecute inmediatamente la resolución que se emita en el procedimiento administrativo migratorio, puede derivarse de distintos motivos, siendo que puede existir un aseguramiento prolongado al día 18, por ejemplo, de haber sido privada de la libertad, si no existe una causa motivada o justificada para que la resolución dictada en el procedimiento migratorio no sea ejecutada, o no exista resolución al procedimiento.

Contrariamente, puede no existir un aseguramiento prolongado cuando la persona lleva más de un mes privada de su libertad, pero fue notificada de la resolución y existe una causa justificable para que la misma no se haya ejecutado, como pueden ser razones de salud por la que no sea posible que viaje en determinado lapso de tiempo, la imposibilidad de obtener un documento de viaje o salvoconducto y otras condiciones objetivas similares.

En cada caso, si la autoridad migratoria no puede resolver el problema que tiene para llevar a cabo la deportación de la persona en los plazos anteriormente señalados, de conformidad con el artículo 111 de la Ley de Migración, tendría que ponerla en libertad, otorgándole la condición de estancia de visitante con permiso para poder desarrollar actividades laborales en el país, mientras subsista el supuesto por el que se le otorgó dicha condición de estancia.

²⁰ Cuando menos, éste es el sentido que debemos darle y que legalmente es posible atribuirle desde una visión amplia de respeto a derechos humanos.

El hecho de que la ley deje a las personas que interponen un recurso judicial o administrativo en la estación migratoria por el tiempo que dure éste, resulta ser sin duda, el mayor obstáculo para el acceso a la justicia de esta población.

Lo anterior debido a que muy pocas personas preferirán quedarse en la estación migratoria alrededor de cuatro meses (en el mejor de los casos) esperando obtener una resolución favorable en su procedimiento, independientemente que se trate de un caso con altas probabilidades de éxito, de tal forma que se les deja en estado de indefensión.

Lo ideal aquí, sería que la suspensión se otorgara “para efectos de que la persona quede en libertad pagando, ya sea alguna clase de fianza o utilizando alternativas a la detención para poder llevar su procedimiento fuera de la estación migratoria”.

De tal suerte que establecer un rango temporal definido de aseguramiento prolongado para todos los casos no es posible. Ello dependerá de las condiciones que presente cada persona y del actuar de la autoridad respecto al mismo. Pero también deberán considerarse circunstancias tales como la real posibilidad de que la persona detenida se sustraiga del control de la autoridad y las posibilidades que tiene de obtener una custodia provisional, así como el actuar de la autoridad en cuanto a resolver en tiempo el procedimiento migratorio y ejecutar diligentemente la orden de deportación.

En otro orden de ideas, debe considerarse también que el aseguramiento es, a su vez, una privación de la libertad que si no cumple con una justificación fundada y motivada que explique razonablemente la aplicación de la medida como un mecanismo precautorio, se convierte en arbitraria.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas define que una detención o prisión es arbitraria cuando se efectúe:

- a) por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, o
- b) conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y seguridad ²¹.

Así también una privación de la libertad es ilegal²², aún existiendo una justificación fundada y motivada para realizar el aseguramiento, cuando menos en los siguientes casos:

- a) La autoridad migratoria no resuelve el procedimiento administrativo migratorio en el término de 15 o 60 días hábiles que fija la Ley de Migración para sustanciarlo.
- b) La autoridad migratoria no lleva a cabo la expulsión inmediatamente después de resolverla y no justifica razonablemente su retraso en ejecutarla.
- c) Cuando se hace uso de la fracción V del artículo 111 de la Ley de Migración obligando a las personas que permanezcan por tiempo indefenido en detención por interponer algún recurso judicial o administrativo.

Se considera que sobre todos estos puntos referenciales y base en el tema de la privación de la libertad, son sobre los cuales debe de enfocarse la defensa y nuestro actuar en el tema. Asimismo, también han constituido los problemas más recurrentes ante el poder judicial y, en cierta medida, poco definidos al interior de Sin Fronteras IAP.

De ahí que a lo largo del siguiente apartado, se intente ahondar un poco en los aspectos semánticos, se sienten posturas sobre la dirección argumentativa que se propone seguir en el litigio y las nociones generales que podemos adoptar tanto en la defensa legal como en las acciones de incidencia, cabildeo y difusión.

21 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, “Estudio del derecho de todo individuo a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”, párrafo 17, 1964.
22 Ilegal en tanto que no se practica por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las leyes.

5.1. Alojamiento, aseguramiento, y detención.

En ocasiones ocurre que nos perdemos entre las figuras del aseguramiento, alojamiento y la detención. En nuestra opinión hay que utilizar el término detención para referir a las personas que se encuentran privadas de su libertad en la Estación Migratoria.

No en todas las ocasiones es posible hacerlo, especialmente en el litigio dado que la legislación de la materia, nos marca el término alojamiento. No obstante, detención es la palabra que debe de ser prioritariamente utilizada pues refiere justamente el tipo de acto del que se trata y que es una privación de la libertad ejecutada por autoridad administrativa por la infracción de una ley que es considerada de orden público.

De ahí que se le llame aseguramiento o alojamiento justamente para no dimensionar y efectivamente combatir la efectiva y material existencia del acto, dentro del marco del derecho y del sistema jurídico mexicano.

Por lo que hace al empleo de la palabra alojamiento en las leyes que regulan el tema migratorio, ésta palabra no debe de ser punto de discusión o análisis, pues aunque la Ley de Migración define a las estaciones migratorias como un lugar de alojamiento, este término no tiene ninguna relación con el aseguramiento, tampoco con la naturaleza de las estaciones migratorias y ni siquiera es una palabra que exista en la jerga jurídica.

Alojar, en el Diccionario de la Real Academia Española²³ es un verbo transitivo que se traduce en hospedar, aposentar, pero que no responde a la naturaleza de las estaciones migratorias ni a la figura del aseguramiento. En conclusión, no es otra cosa que un eufemismo, de ahí que no conviene al momento de litigar, detenerse o perderse en su contenido, salvo que ello sea realmente necesario.

En cuanto al término aseguramiento, éste sí tiene una connotación legal. Aunque no encontramos su definición en los diccionarios jurídicos que consultamos, el Diccionario de la Real Academia Española define como aseguramiento, a la acción y efecto de asegurar y tratándose de bienes litigiosos, al *“conjunto de medidas adoptadas por el juez para impedir el deterioro o fraude, especialmente tratándose de árboles, minas o industrias”*²⁴.

En efecto, el aseguramiento en derecho es comúnmente utilizado en materia civil, mercantil e incluso penal²⁵ como una figura legal que tiene por objeto la preservación de los bienes objeto de ilícito o controversia a efecto de que estos no sean sustraídos, destruidos o puesto en un peligro irreparable antes de que se resuelva la controversia entre los particulares o la responsabilidad penal. Es, por decirlo de alguna manera, una medida precautoria o preventiva por lo que independientemente de la materia en la que se aplique, guarda siempre estas características comunes.

Artículo 40, Código Penal Federal. Los instrumentos del delito, así como las cosas que sean objeto o producto de él, se decomisarán si son de uso prohibido. Si son de uso lícito, se decomisarán cuando el delito sea intencional. Si pertenecen a un tercero, sólo se decomisarán cuando el tercero que los tenga en su poder o los haya adquirido bajo cualquier título, esté en alguno de los supuestos a los que se refiere el artículo 400 de este Código, independientemente de la naturaleza jurídica de dicho tercero propietario o poseedor y de la relación que aquel tenga con el delincuente, en su caso. Las autoridades competentes procederán al **inmediato aseguramiento de los bienes que podrían ser materia del decomiso**, durante la averiguación o en el proceso. Se actuará en los términos previstos por este párrafo cualquiera que sea la naturaleza de los instrumentos, objetos o productos del delito.

23 Información consultada en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=Alojar el 3 de abril del 2012.

24 Información consultada en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=aseguramiento el 3 de abril del 2012.

25 Consultar los artículos 51 párrafo V, 124 bis, 130 y 136 párrafos Vi, V, VI de la Ley de Amparo, referentes a la naturaleza preventiva del aseguramiento.

Artículo 165, Código Civil Federal. Los cónyuges y los hijos, en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos.

Por su parte, el Diccionario²⁵ también señala dos acepciones de la palabra asegurar que resultan interesantes para el caso que nos ocupa. En primer término nos dice que asegurar es “poner a una persona en condiciones que le imposibiliten la huída o la defensa” y posteriormente menciona que es “preservar o resguardar de daño a las personas y las cosas”.

Así, utilizando un poco las tres definiciones del aseguramiento, éste en materia administrativa no es otra cosa que imposibilitar la huída de una persona que puede sustraerse de la potestad del Estado, ante la violación a sus normas internas, concretamente las migratorias. La forma en que se imposibilita esa huida es precisamente privándosele de la libertad en lugar determinado bajo el control de la autoridad migratoria, tanto durante el procedimiento administrativo migratorio, como una vez emitida la resolución a efecto de que esta se ejecute y para beneficio de la sociedad puesto que, tal como lo mencionó el Juez Décimo Tercero de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal, “la sociedad está interesada en que se cumplan con toda exactitud las disposiciones de la Ley General de Población, y que tiendan a evitar que penetren al país personas que puedan entrañar algún perjuicio para la colectividad”.²⁷ Si bien la Ley General de Población ya no está vigente, el criterio es el mismo para la Ley de Migración.

De esa forma la autoridad migratoria se convierte en una especie de autoridad inquisitiva, pues aunque ahora más que nunca la migración indocumentada y otras conductas sancionables previstas anteriormente por la Ley General de Población y ahora por la Ley de Migración, ya no sean un delito en términos penales²⁸, no dejan de serlo, de alguna manera, en términos migratorios.

Si realizamos una analogía entre el actuar de la autoridad judicial en procesos penales y el actuar de la autoridad migratoria en procedimientos administrativos sancionatorios conforme a la Ley de Migración, resultan impresionantes las semejanzas que existen entre ambos, con la salvedad que en materia penal, el procesado cuenta con las garantías tuteladas a su favor, para el caso que se encuentre en prisión preventiva, mientras que, en materia administrativa migratoria, las personas extranjeras en condiciones de detención, ni siquiera cuentan con la seguridad que su procedimiento concluya en el lapso de tiempo fijado por ley.

En esa tesitura, las figuras jurídicas de la detención y el aseguramiento no constituyen la excepción a la analogía. Si partimos del concepto de detención establecido en el Diccionario Jurídico Mexicano que le define como aquella “*medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva de la libertad al acusado en un proceso penal, cuando se le imputa la comisión de un delito grave, y por ello, existe la presunción de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer los fines del proceso punitivo*”²⁹, entonces nos encontramos con que la medida de asegurar a la persona extranjera en

26 Información consultada en http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=asegurar el 3 de abril del 2012.

27 Acuerdo suspensión provisional de fecha 15 de noviembre de 2007. Juez Décimo Tercero de Distrito en materia Penal en el D.F., Incidente de Suspensión 985/07-III (expediente Defensoría)

28 Reforma a la Ley General de Población publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 21 de julio de 2008.

29 Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa, Tomo D-H, México, 2007, p.p. 1335.

una Estación Migratoria para evitar que se sustraiga del control migratorio durante el procedimiento, se compara con la prisión preventiva³⁰, que se produce durante la sustanciación del proceso penal. Por tanto, el aseguramiento no es más que una detención en términos administrativos.

Apoya a lo anterior el siguiente criterio establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se menciona que la privación de libertad se constituye en el momento en que se lesiona el bien jurídico tutelado, esto es, la libertad del individuo, al evitar el libre actuar del sujeto pasivo de la infracción.

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE.

El delito de privación de la libertad no exige para su configuración alguna circunstancia concreta y necesaria de temporalidad, toda vez que se integra en todos sus elementos, constituidos desde el momento mismo en que se lesiona el bien jurídico tutelado, que es la libertad del individuo, al evitar el libre actuar del sujeto pasivo de la infracción, siendo el elemento distintivo del delito instantáneo, que esta conducta puede prolongarse por más o menos tiempo, según lo establecen los diversos preceptos de los Códigos Penales. Contradicción de tesis 61/97. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 3 de diciembre de 1997. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

Tesis de jurisprudencia 4/98. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintiuno de enero de mil novecientos noventa y ocho, por unanimidad de cinco votos de los Ministros presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Novena Época. Registro: 196899. Instancia: Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VII, Febrero de 1998. Materia(s): Penal. Tesis: 1a./J. 4/98. Página: 92.

Como se aprecia, salvo la materia en la que el término es empleado, el contenido es exactamente el que se le puede atribuir a la figura del aseguramiento. De ahí que podemos afirmar que la detención y el aseguramiento tienen la misma naturaleza jurídica y evidentemente por ello, recaen sobre el mismo derecho, la libertad personal.

Actualmente, existe un criterio judicial en el que si bien no se resuelve sobre la naturaleza jurídica de las dos figuras, sí se infieren como sinónimos al aseguramiento y a la detención, así como a la competencia del juez penal por tratarse de una afectación a la libertad personal de los gobernados.

EXTRANJEROS. SU ASEGURAMIENTO O DETENCIÓN ADMINISTRATIVA. CORRESPONDE CONOCER DE LA DEMANDA DE AMPARO A UN JUEZ DE DISTRITO DE AMPARO EN MATERIA PENAL.

Cuando en vía de amparo indirecto se reclama un acto de autoridad que afecta la libertad del quejoso, a fin de establecer qué Juez constitucional es competente para conocer de la demanda, debe atenderse lo que dispone el artículo 51, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, cuya segunda hipótesis es en el sentido de que con independencia de la naturaleza de la autoridad que emite dicho acto, debe conocer el Juez de Distrito de Amparo en Materia Penal, a menos que se trate de correcciones disciplinarias o de medios de apremio impuestos fuera de procedimiento penal, por lo que si la autoridad migratoria es la que ordena la detención del extranjero con motivo de un procedimiento administrativo y no se actualizan las causales de excepción anotadas, resulta incuestionable que el Juez Federal mencionado es el competente

³⁰ También se podría hacer la analogía con la figura del arraigo que en esencia no es otra cosa que una detención pero cuya diferencia radica en que se produce durante la etapa de investigación y no la procesal. Esto en materia administrativa migratoria no existe porque desde el momento de la verificación migratoria, cuando no se exhiben los documentos de legal estancia, se supone que se tienen elementos para iniciar el procedimiento administrativo migratorio.

para resolver el litigio planteado. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Agosto de 2006, Página: 2199, Tesis: I.2o.P.132 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal

Más aún, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes³¹ señala en su artículo 4.2 que “por privación de libertad se entiende cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente”.

Por tanto, si en los procesos penales, que tradicionalmente constituyen la materia en la que el Estado hace valer su potestad y su poder coercitivo con mayor fuerza que en ningún otro sobre la libertad personal de los individuos, se ofrecen garantías para asegurar que nadie sea privado de la libertad sin causa justa que lo amerite, arbitraria o ilegalmente, con mucho mayor fuerza se debe primar la libertad de los migrantes.

No obstante lo anterior y a la recurrente mención de la analogía existente, la experiencia de Defensoría en el tema de privación de libertad no fue en nada alentadora en esos términos, lo que no debe hacernos dejar de intentar plasmar su existencia de la similitudes pues en algún momento encontrará un cauce legal y lógico desde un punto de vista judicial. Especialmente ahora que la migración ya no es sancionada penalmente.

5.2. Aseguramiento: ¿limitación al libre tránsito o a la libertad personal?

Es recurrente que tanto autoridades judiciales, como del Instituto Nacional de Migración, consideren

a la privación de la libertad de la que son objeto las personas extranjeras en las estaciones migratorias, como una limitación al libre tránsito permitida por el artículo 11 Constitucional.

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

En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.

En este tenor, el Instituto Nacional de Migración ha insistido en señalar que el aseguramiento no constituye una violación a la libertad personal, regulada propiamente en los artículos 14, 16 y 21 Constitucional, y tal interpretación ha resultado conveniente incluso para los propios jueces, pues de lo contrario, se encontrarían en el dilema de visualizar que la privación de la libertad que realiza la persona extranjera es contraria al contenido del artículo 21 Constitucional.

Pese a que constantemente el Área de Defensoría, esgrime argumentos legales en torno a los motivos por los que el aseguramiento es una violación a la libertad personal en términos de los artículos 14, 16 y 21 Constitucionales, no han sido suficientes para crear convicción por sí mismos en jueces, por lo que es necesario tener presente los motivos por los que el artículo 11 Constitucional no legitima al aseguramiento migratorio.

31 Suscrito por el Estado mexicano el 23 de septiembre de 2003 y ratificado el 30 de marzo de 2005.

Es preciso destacar que el contenido del artículo 11 Constitucional se circunscribe a las libertades específicas de: entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia.

Por ello, no puede ser interpretado como una prohibición para salir de un lugar determinado, que cae en la esfera de lo que constituye un acto privativo de la libertad personal, y sólo en un atentado a la libertad de tránsito. Con el contenido que le adjudica el Instituto Nacional de Migración al artículo 11 Constitucional, no se interpreta ni tratándose de las dos materias con carácter jurisdiccional que refiere.

Así lo hace ver la jurisprudencia que se cita a continuación.

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Del citado precepto constitucional se advierte que la garantía de libertad de tránsito se traduce en el derecho que tiene todo individuo para entrar o salir del país, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, permiso o autorización, libertad que puede estar subordinada a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal y civil. Ahora bien, tratándose del arraigo civil, las limitaciones o restricciones a la libertad de tránsito consisten únicamente en que el arraigado no puede abandonar el país o la ciudad de residencia, a menos que nombre un representante y otorgue garantía que responda de lo demandado, pero tal restricción no llega al extremo, como sucede en el arraigo penal, de impedir que salga de un inmueble, y menos aún que esté bajo la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora de delitos.

En ese sentido, tratándose del arraigo previsto en el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, si al arraigado se le impide salir de un inmueble es obvio que también le está prohibido salir del lugar donde se encuentre, lo que atenta contra su libertad de tránsito³².

El artículo 11 Constitucional tiene como finalidad en materia penal o civil, restringir a una persona la salida del país o de una determinada demarcación o zona geográfica cuando está siendo, por ejemplo, investigada o se encuentra sujeta a proceso penal o civil pero en goce de su libertad personal.

En materia administrativa, la limitación tiene varias finalidades pues como se observa no sólo existe respecto de la inmigración y de personas extranjeras “perniciosas” sino también de la emigración y salubridad general. Lo que da idea, en principio, que dependencias, como la Secretaría de Salud, intervienen por cuestiones de salud pública, como lo podría ser, por ejemplo, la existencia de una epidemia contagiosa en un área geográfica que obligara a fijar una prohibición de salida de las personas infectadas y una de ingreso para personas no infectadas.

En ese mismo sentido, se incluyen los movimientos migratorios internos. Si bien la Ley de Migración no los contempla, en la Ley General de Población se establece la participación de la Secretaría de Gobernación en la distribución poblacional y la política demográfica nacional.

“Artículo 3, Ley General de Población. Para los fines de esta ley, la Secretaría de Gobernación dictará y ejecutará o en su caso promoverá ante las dependencias competentes o entidades correspondientes, las medidas necesarias para:

I. Adecuar los programas de desarrollo económico y

32 Registro No. 176029, localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Febrero de 2006, Página: 1171, Tesis: P. XXIII/2006, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Penal. Acción de Inconstitucionalidad 20/2003.

social a las necesidades que planteen el volumen, estructura, dinámica y distribución de la población; [...]

X. Estimular el establecimiento de fuertes núcleos de población nacional en los lugares fronterizos que se encuentren escasamente poblados;

XI. Procurar la movilización de la población entre distintas regiones de la República con objeto de adecuar su distribución geográfica a las posibilidades de desarrollo regional, con base en programas especiales de asentamiento de dicha población;

XII. Promover la creación de poblados, con la finalidad de agrupar a los núcleos que viven geográficamente aislados”.

Más aún la Constitución interpreta el término emigración de manera amplia, no limita a un esquema de migración mexicana al exterior, sino incluye migración nacional interna e internacional, relacionada, la primera, con el hecho de la distribución poblacional y desarrollo equitativo del país en el que varias dependencias públicas están involucradas como la Secretaría de Desarrollo Social³³, Reforma Agraria³⁴ y Salud.

Asimismo, en aplicación del artículo 11 Constitucional, la limitación puede ser impuesta a la población “inmigrante” en términos de distribución poblacional o de procedimiento, como pueden ser los campamentos para personas refugiadas e incluso la prohibición a las solicitantes de asilo para salir de determinada zona geográfica cuando están en proceso de reconocimiento de su condición como personas refugiadas.

Otra situación de restricción de tránsito referente al ingreso al país, se encuentra en la necesidad de algunas personas extranjeras de contar con una visa de turista previamente a su internación, y hasta se podría condicionar el otorgamiento de documentos migratorios a personas migrantes a la realización de actividades específicas por zonas geográficas que se quisieran desarrollar económica y socialmente. Ello, por supuesto, implicaría una política, estudio y plan demográfico y de desarrollo económico vasto.

Como se aprecia, esas son circunstancias definidas en las que se podría identificar los fines de bien común que se persiguen con la limitación al artículo 11 Constitucional y que hablan de la naturaleza del mismo. Situación diversa es intentar justificar el aseguramiento bajo esta figura que no atiende a las libertades específicas que entraña el artículo, ni a las finalidades que en dado caso persigue el mismo.

Si bien es cierto que la prohibición de salir de la Estación Migratoria, por ende, afecta a la libertad de tránsito, éste derecho no constituye la violación principal del individuo, puesto que, encontrándose privado de su libertad su principal afectación se produce con relación a su libertad personal y no así con la libertad negativa que constituye el libre tránsito.

Bajo esa premisa existe una tesis jurisprudencial superada por el poder judicial pero que resulta rescatar para ejemplificar la correlación entre los derechos que aquí se discuten.

33 “Artículo 32 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. A la Secretaría de Desarrollo Social corresponde el despacho de los siguientes asuntos: I.- Formular, conducir y evaluar la política general de desarrollo social para el combate efectivo a la pobreza; en particular, la de asentamientos humanos, desarrollo urbano y vivienda; II.- Proyectar y coordinar, con la participación que corresponda a los gobiernos estatales y municipales, la planeación regional; [...]IX.- Proyectar la distribución de la población y la ordenación territorial de los centros de población, conjuntamente con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal que corresponda...

34 Artículo 41 LOAPF. A la Secretaría de la Reforma Agraria corresponde el despacho de los siguientes asuntos: [...] III.- Crear nuevos centros de población agrícola y dotarlos de tierras y aguas y de la zona urbana ejidal;

ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRÁNSITO. La orden de arraigo no sólo afecta la libertad de tránsito sino también la personal, por lo que en términos de los artículos 133 y 136 de la Ley de Amparo, procede la concesión de la suspensión provisional respecto de actos de esa naturaleza, pues al concederse esa medida, se obliga a la parte quejosa a permanecer durante el tiempo que se le fije, en un determinado inmueble, sin que pueda salir de éste³⁵.

Como se aprecia, el elemento del arraigo que es considerado para fijar el criterio, no es su carácter de acto privativo en la realización de una investigación por el Ministerio Público, sino el que se obligue a la persona a permanecer durante el tiempo que se le fije, en un determinado inmueble, sin que pueda salir de él. Elementos todos que se comparten tratándose del aseguramiento migratorio.

A modo de conclusión de lo que hasta aquí se ha señalado sobre el artículo 11 Constitucional, conviene rescatar el argumento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Acción de Inconstitucionalidad que le fue planteada respecto al arraigo.

Ello por dos razones, la primera que el Procurador General de la República utiliza argumentos para legitimar el arraigo, que son muy similares a los que emplea el Instituto Nacional de Migración, para decir que el aseguramiento es una restricción permitida a la luz del artículo 11 Constitucional; y la segunda porque la Suprema Corte establece tajantemente que privar a una persona de su libertad en un lugar determinado (llámese arraigo, detención o aseguramiento) constituye una violación a la libertad personal en términos del artículo 16 Constitucional.

*“[...] la figura del arraigo penal establecido en el Código Federal de Procedimientos Penales a que se refiere la tesis, es muy similar a la que establece el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, cuya invalidez se solicita, ya que **ambos tienen como efecto la privación de la libertad personal del sujeto arraigado, dado que obligar a una persona a permanecer dentro de un determinado inmueble bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, impidiéndole realizar cualesquiera de las actividades que normalmente acostumbra, como pueden ser las laborales, sociales o de recreación, indiscutiblemente tiene como consecuencia que el arraigado no pueda obrar con pleno albedrío, esto es, se le impide salir de dicho inmueble, lo que se traduce en la afectación de su libertad.***”

Es cierto que en materia procesal civil la figura del arraigo es una medida cautelar decretada por el Juez civil a petición de una persona que pretende demandar a otra, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside, a menos que designe apoderado en forma para contestar la demanda y otorgue garantía para responder de la eventual sentencia civil condenatoria, pero también es cierto que dicha medida no inmoviliza al arraigado en un inmueble, además de que el arraigo puede legalmente superarse en la forma antes dicha.

35 Tesis Jurisprudencial.. Registro No. 194738, localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta IX, Enero de 1999, Página: 828 Tesis: I.4o.P.18 P Tesis Aislada Materia(s): Penal. Cuarto Tribunal colegiado en materia Penal del Primer Circuito.

En cambio, **en la materia penal**, un arraigo como medida precautoria mientras el Ministerio Público investiga la presente responsabilidad delictiva del indiciado, en la forma y términos en que la establece la disposición impugnada, **es jurídicamente incompatible con las garantías de libertad personal que establece la Constitución Federal en favor de todo gobernado, ya que tratándose de su afectación, restricción o privación, dicho Magno Ordenamiento sólo lo permite mediante la actualización de condiciones específicas y plazos o términos estrictos:**

[...]

f) **Tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, las autoridades administrativas tienen facultades para imponer multas hasta cierto límite y, asimismo, arrestos, pero sólo hasta treinta y seis horas.**

[...]

Como puede advertirse, **tratándose de la libertad personal, todo tipo de afectación, restricción o privación se encuentra previsto directamente en la Constitución Federal, estableciendo plazos breves, señalados inclusive en horas, para que la persona detenida sea puesta a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica con el fin de evitar arbitrariedades de parte de las autoridades o de los particulares, so pena de incurrir en responsabilidad o en la comisión de delitos, de tal suerte que el Constituyente consideró pertinente establecer la forma, términos y plazos en que podrá llevarse a cabo la afectación de la libertad personal, quedando al legislador ordinario, únicamente reglamentarlas, pero no establecerlas.**

[...]

De lo anterior se desprende [artículo 11 Constitucional] que **las limitaciones o restricciones a la libertad de tránsito se constriñen únicamente a que la persona a quien se le impone no pueda abandonar el país o la ciudad de residencia, por encontrarse sujeta a un proceso de índole penal o civil, pero tal restricción no llega al extremo, bajo ninguna circunstancia, de impedir que salga un determinado domicilio (inmueble), y menos aún, que se encuentre bajo la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora de delitos, ya que el precepto constitucional en comento no hace referencia a dichos supuestos, sino a través de los estrictos términos que para la afectación a la libertad personal establecen los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 constitucionales ya mencionados.**

Ahora bien, tratándose del arraigo previsto en el artículo 122 Bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al arraigado se le impide salir de un inmueble y, por tanto, también se le impide salir de la población en que reside y del territorio nacional, con lo cual también se atenta contra la libertad de tránsito.

Atento a lo anterior, **la figura jurídica del arraigo no encuentra sustento alguno en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**³⁶

Con base en lo anterior, es importante insistir por parte de Sin Fronteras IAP, frente a las autoridades, que el artículo 11 Constitucional no se encuentra relacionado con la privación de la libertad que se materializa con el aseguramiento. En especial, ser enfáticos en que el Poder Judicial de la Federación debe hacer una interpretación cuidadosa, pues ha ocurrido que en sentencias definitivas señale que la privación de la libertad de la que son objeto las personas migrantes es una limitación a su libre tránsito, permisible a la luz de dicho artículo.

Argumento que no puede seguir siendo aceptable a la luz del contenido auténtico de los artículos 11, 16 y 21 Constitucionales, así como de los Tratados Internacionales.

De tal suerte que si no es asequible por el momento erradicar por completo con una dinámica de aseguramientos en estaciones migratorias, si es necesario exigir y trabajar en la construcción de un reconocimiento público del aseguramiento como una privación de la libertad personal.

5.3. Orden público y suspensión del acto privativo de la libertad.

El artículo 1º de la Ley de Migración establece que sus disposiciones son de orden público y de observancia general en la República³⁷. De la misma forma en el artículo 99 se establece que “es de orden público la presentación de los extranjeros en estaciones migratorias o en los lugares habilitados para ello, en tanto se determina su situación migratoria en territorio nacional”, asimismo, en el artículo 143 se establece que “son de orden público para todos los efectos legales, la deportación de los extranjeros y las medidas que dicte la Secretaría conforme a la presente Ley.

Con una referencia tan explícita, se crea un obstáculo casi infranqueable para combatir el aseguramiento y la deportación de las personas extranjeras, pero también se genera una gran incoherencia legal en torno al sistema jurídico mexicano vigente.

Por un lado, se dice que es de orden público la deportación de estas personas pero, por el otro, es uno de los actos que ameritan suspensión de oficio³⁸ por ser un acto que importa peligro de deportación de acuerdo con el artículo 22 constitucional, sin embargo, si fuera uno de los actos contemplados en la suspensión provisional³⁹, haría inoperante su otorgamiento por la prohibición expresa de conceder la suspensión cuando existe interés u orden público.

Inconsistencia similar, surge cuando se analiza el tema de la privación de la libertad. Se dice que el aseguramiento es de orden público en tanto tenga por objeto la deportación del país pero, por el otro lado, puede ser entregado en custodia provisional en términos de artículos 101 y 102 de la Ley de Migración.

Artículo 101. Una vez emitido el acuerdo de presentación, y hasta que no se dicte resolución respecto de la situación migratoria del extranjero, en los casos y de conformidad con los requisitos que se señalen en el Reglamento, el extranjero podrá ser entregado en custodia a la representación

³⁷ Debe observarse, que aunque el artículo primero de la refiere que tendrá observancia general, para efectos de jerarquía, con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen la misma jerarquía que la constitucional.

³⁸ En términos del artículo 123 de la Ley de Amparo.

³⁹ En términos del artículo 124 de la Ley de Amparo.

diplomática del país del que sea nacional, o bien a persona moral o institución de reconocida solvencia cuyo objeto esté vinculado con la protección a los derechos humanos, con la obligación del extranjero de permanecer en un domicilio ubicado en la circunscripción territorial en donde se encuentre la estación migratoria, con el objeto de dar debido seguimiento al procedimiento administrativo migratorio.

Artículo 102. El extranjero sometido a un procedimiento administrativo, a fin de lograr su estancia regular en el país, en lo que se dicta resolución definitiva, podrá:

- a) Otorgar garantía suficiente y a satisfacción de la autoridad;
- b) Establecer domicilio o lugar en el que permanecerá;
- c) No ausentarse del mismo sin previa autorización de la autoridad, y
- d) Presentar una solicitud con responsiva firmada por un ciudadano u organización social mexicana.

La garantía podrá constituirse en póliza de fianza, billete de depósito o por cualquier otro medio permitido por la ley.

En otras palabras, en la misma ley, se establece que el aseguramiento y por ende, la privación de la libertad, es de orden público pero procede la “libertad provisional” bajo la figura de la custodia provisional. En la Ley General de Población se contemplaba la posibilidad de obtener la custodia en tanto no se ejecute una orden de deportación, en su artículo 211 fracción segunda se establecía:

“Cuando un representante consular acreditado, un extranjero o extranjera con residencia legal, o un mexicano o mexicana lo solicite, el extranjero o extranjera podrá ser puesto bajo su custodia, siempre y cuando acredite los supuestos previstos en el artículo 153 de la Ley; la custodia tendrá vigencia en tanto no se ejecute la orden de expulsión correspondiente”. Sin embargo, la Ley de Migración olvida esta posibilidad al establecer la figura de la custodia en sus artículos 101 y 102 y restringirla en cuanto a que en ambos artículos se establece que la custodia será hasta que no se dicte resolución respecto a la situación migratoria del extranjero.

De esta forma, la Ley de Migración representa un retroceso en el entendimiento de la única alternativa a la detención existente en nuestro país, a saber, la custodia provisional, debido a que elimina uno de los supuestos que anteriormente se contemplaba. Otro retroceso importante se encuentra en que La Ley General de Población permitía el otorgamiento de la custodia tanto para personas físicas como para personas morales, con el Reglamento de la Ley de Migración únicamente se regula la posibilidad de solicitar la custodia para las organizaciones de la sociedad civil y para las representaciones consulares, dejando fuera a las personas físicas.

Lo anterior hace que el derecho a llevar sus procedimientos en libertad se vuelva nugatorio, en primer lugar porque, al menos el año pasado, todas las custodias que se otorgaron fueron para personas físicas⁴⁰ y en segundo lugar porque los requisitos que impone para otorgar la custodia son mucho más restrictivos que como estaba regulada anteriormente. De acuerdo con el artículo 215 del Reglamento de la Ley de Migración se establece la obligación de presentar un instrumento público que faculte a las personas morales a presentar un Instrumento Público que contenga poderes para promover actos legales ante autoridades administrativas federales y entregar una garantía que haya sido fijada previamente por la autoridad (no se establecen parámetros), por su parte, de

40 Unidad de Enlace y acceso a la información pública gubernamental, Instituto Nacional de Migración, Folio Infomex No, 411100036912, del 27 de agosto de 2012.

acuerdo con el artículo siguiente si la persona se sustrae de su procedimiento se hace efectiva la garantía, se impone una alerta migratoria y la persona moral se vuelve inelegible en futuras ocasiones, además de obtener una multa de acuerdo con el artículo 149 de la Ley de Migración de quinientos a dos mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

El Poder Judicial, tratándose de la suspensión del acto privativo, actúa en dos líneas: se conduce negando la suspensión por motivo del interés y orden públicos, o bien, concediendo la suspensión sin ningún efecto real en la libertad de la persona migrante, es decir, otorgando lo que se conoce legalmente como la suspensión “para efectos”.

A diferencia de lo que ocurre con la deportación, el acto privativo de la libertad personal no es un acto por el que se otorgue la suspensión de oficio (por iniciativa del juzgador y no por querrela del particular). Fuera de los casos que importen peligro de privación de la vida, deportación, destierro, tortura y otras penas inusitadas y trascendentales, la suspensión de los actos de autoridad se otorga conforme a los artículos 124 y 124 bis de la Ley de Amparo .

Esa suspensión es condicionada a que se cumplan con algunos requisitos, en principio, que la solicite la persona agraviada; en segundo lugar, que la ejecución del acto sea de difícil reparación y; finalmente, que no se contravengan disposiciones de orden público o se siga perjuicio al interés social.

Este último requisito es el que comúnmente ha constituido en Sin Fronteras IAP, un obstáculo para ejercer la representación y defensa del derecho a la libertad personal de las personas migrantes aseguradas; así como también ha constituido un obstáculo el artículo 136 párrafos V y VI de la misma ley, que establece que:

“Cuando la orden de aprehensión, detención o retención, se refiera a delito que conforme a la ley no permita la libertad provisional bajo caución, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de distrito en el lugar en que éste señale, únicamente en lo que se refiera a su libertad personal, quedando a disposición de la autoridad a la que corresponda conocer del procedimiento penal para los efectos de su continuación.

Cuando el acto reclamado, consista en la detención del quejoso por orden de autoridades administrativas distintas del Ministerio Público, podrá ser puesto en libertad provisional mediante las medidas de aseguramiento y para los efectos que expresa el párrafo anterior”.

Estos párrafos, han sido interpretados en el sentido que, la libertad provisional es procedente únicamente para el efecto de que el quejoso y por lo que a su libertad personal se refiere, quede a disposición del Juez de Distrito en el lugar en que éste señale, y a disposición de la autoridad a la que corresponda conocer del procedimiento para su continuación. Es decir, no existe una suspensión real del acto privativo para que la persona sea puesta en inmediata libertad.

Tal interpretación de la Ley de Amparo obedece a una perspectiva e inercia procesal penal, que no corresponde al sentido real del párrafo VI en relación al V que es, en todo caso, el que regula la privación de la libertad administrativa.

Los argumentos que pueden llegar a romper con esta inercia que siguen los Jueces cuando se trata de suspensión en materia de detención administrativa, serían fundamentalmente tres:

1) La ley de Amparo no puede establecer que la privación de la libertad por parte de autoridades administrativas distintas al Ministerio Público, sólo se concede con efectos parciales y no amplios porque esa interpretación es contraria a lo establecido por el artículo 21 Constitucional que prohíbe las privaciones de la libertad por más de 36 horas cuando las realiza una autoridad administrativa.

2) Cuando el párrafo VI citado reza “para los efectos que expresa el párrafo anterior”, no está refiriéndose a que la suspensión provisional que se otorgue en materia administrativa sólo produzca “el efecto de que el quejoso quede a disposición del Juez de Distrito en el lugar que éste señale”, sino que la suspensión provisional debe de otorgarse plenamente por el Juez sobre quien recae su libertad personal y dejar a la persona a disposición de la autoridad que conoce del procedimiento para los “efectos de su continuación”.

3) Si la suspensión del acto privativo de la libertad no se da plenamente en el párrafo V, es debido a que se trata de órdenes de aprehensión, detención o retención que se giran con motivo de un delito por el que la ley no permite la libertad provisional bajo caución, es decir, un delito grave. Siendo el caso que una persona migrante que viola una disposición meramente administrativa contemplada por la Ley de Migración, y además ni siquiera cuando se consideraba delictiva la conducta de “encontrarse irregularmente en el país”, cometía un delito grave, de ahí que salían bajo libertad provisional después de otorgar garantía.

Bajo estas consideraciones, que conviene mostrar judicialmente, es claro que la fracción VI del artículo 136 de la Ley de Amparo señala que toda persona privada de su libertad por una autoridad administrativa tiene derecho a ser puesta en libertad provisional mediante las medidas de aseguramiento y para los efectos de continuar el procedimiento que se le sigue por parte de la autoridad administrativa de la que se trate.

Ahora bien, cuando se argumenta que la privación de la libertad es de orden público, es recomendable apoyarse en que el orden público se evalúa en razón de sus fines, contenido y consecución de valores y principios que le inspiran, especialmente cuando se trata de derechos como el de la libertad. En ese sentido, una tesis útil la constituye el siguiente criterio del Poder Judicial.

SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. PARA DETERMINAR SI SE AFECTAN EL ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL, DEBE SOPESARSE EL PERJUICIO REAL Y EFECTIVO QUE PODRÍA SUFRIR LA COLECTIVIDAD, CON EL QUE PODRÍA AFECTAR A LA PARTE QUEJOSA CON LA EJECUCIÓN DEL ACTO RECLAMADO Y EL MONTO DE LA AFECTACIÓN DE SUS DERECHOS EN DISPUTA. El artículo 124 de la Ley de Amparo condiciona la concesión de la suspensión, además de la solicitud del quejoso, en primer lugar, a que no se afecte el orden público y el interés social, y en segundo, a que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se le causen al agraviado con la ejecución del acto reclamado. Ahora bien, para determinar si existe esa afectación no basta que la ley en que se fundamente el acto sea de orden público e interés social, sino que debe evaluarse si su contenido, fines y consecución son contrarios a los valores y principios que inspiran el orden público, capaz de restringir derechos fundamentales de los gobernados, o si son realmente significativos para afectar el interés social. Efectivamente, las leyes, en mayor o menor medida, responden a ese interés público, sin embargo, esto no puede ser una habilitación absoluta, capaz de afectar derechos fundamentales de modo irreversible, ya que también es deseable por la sociedad que las autoridades no afecten irremediablemente derechos sustanciales de los particulares, especialmente cuando tienen el carácter de indisponibles o irreductibles como

la libertad, igualdad, dignidad y los demás consagrados en el artículo 16 constitucional, por ser sus consecuencias de difícil o de imposible reparación. Así las cosas, para aplicar el criterio de orden público e interés social debe sopesarse el perjuicio que podrían sufrir las metas de interés colectivo perseguidas con los actos concretos de aplicación, con el perjuicio que podría afectar a la parte quejosa con la ejecución del acto reclamado y el monto de la afectación de sus derechos en disputa. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Registro No. 172133, localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Junio de 2007, Página: 986, Tesis: I.4o.A. J/56, Jurisprudencia, Materia(s): Común

5.4. Privación arbitraria e ilegal de la libertad.

En el Área de Defensoría, hemos señalado que la arbitrariedad de la Ley consiste en la existencia formal de una norma jurídica que posibilita la afectación a derechos humanos, en el caso específico, a la libertad personal, pero aunque dicha vulneración se encuentra establecida por Ley, es arbitraria en tanto que se lleva a cabo por procedimientos o mecanismos distintos a los que fija la propia ley o bien, conforme a una ley cuya finalidad fundamental es incompatible con el respeto a los derechos del individuo de la libertad y seguridad.

En tales casos, aunque la norma revestida de sus elementos constitutivos es legal, ello no le hace menos arbitraria puesto que es incompatible con el respeto a los derechos de las personas, o bien se realiza por procedimientos o mecanismos distintos a los fijados por la misma ley. Así por ejemplo, al momento en que se asegura a una persona extranjera, si dicho aseguramiento carece de fundamentos, además de afectar la legalidad del acto, se traduce en un aseguramiento arbitrario.

El concepto arbitrario es mucho más amplio que el ilegal, puede existir arbitrariedad sin que exista ilegalidad pero en sentido contrario un acto que es ilegal por ende, es arbitrario.

Por lo que hace a la finalidad de la Ley podría decirse que en un análisis global de la privación de la libertad dentro de la Ley de Migración, es probable que su finalidad no sea per se incompatible con el respeto de los derechos humanos de libertad y seguridad de toda persona.

Si se hace una revisión de las normas en la Ley de Migración, el aseguramiento es procedente fundamentalmente para la deportación de personas extranjeras a efecto de que no se sustraigan (evadan) de una resolución de expulsión, pues ésta debe de ser ejecutada inmediatamente. Aunque también se contempla la posibilidad de obtener la regularización de su estancia.

Por ello, la opinión de Sin Fronteras IAP es que se obtendrían pocos logros de seguir una línea en la que se considerara a la Ley como arbitraria por ser incompatible con el respeto del derecho a la libertad. Consideramos entonces, que los esfuerzos deben estar destinados a normar los mecanismos y procedimientos que se emplean, así como a establecer a la custodia provisional como una regla más que una excepción.

Visto el tema desde otra perspectiva, si partimos de la base que las normas relativas al aseguramiento de personas extranjeras resultan tener un fin legítimo y por ello no son arbitrarias, es decir, que resulte que la finalidad de la

ley y su reglamento no fueran incompatibles con el respeto de los derechos de la persona, no es menos cierto que en el actual contexto de la Ley de Migración y en el actuar del Instituto Nacional de Migración, es común que el aseguramiento se convierte en ilegal, es decir, salen de todo marco permitido por la ley.

Si partimos del entendido que la Ley permite el aseguramiento durante el procedimiento administrativo migratorio y que es justo con base en ello que se emite un acuerdo de presentación, nos encontramos con que la ilegalidad existe en tanto que el Instituto Nacional de Migración se encuentra obligado a resolver la situación migratoria de las personas extranjeras aseguradas en un plazo no mayor a 15 días hábiles y posteriormente a ejecutar dicha orden de manera inmediata.⁴¹

Es decir, no podría una persona extranjera estar asegurada por más tiempo que el de 16 días hábiles –y excepcionalmente 61–, este término es en el que podría llevarse a cabo “legalmente” el aseguramiento.

La Ley de Migración también contempla la posibilidad de que una persona permanezca en la estación migratoria todo el tiempo que dure su proceso administrativo o judicial cita,⁴² esto es, limita la posibilidad de la defensa legal a la privación de la libertad por tiempo indefinido. En todos estos casos la detención es arbitraria puesto que la ley es la que debe establecer el período máximo que una persona puede permanecer en detención y en ningún momento puede ser por tiempo indefinido, además de incumplir con los principios de proporcionalidad, necesidad o idoneidad.

Entender la detención por tiempo indefinido para las personas migrantes implica alejarse de la finalidad que ésta tiene (evitar que las personas se sustraigan de sus procedimientos administrativos migratorios) para convertirse directamente en una sanción por la defensa de sus derechos.

No obstante los términos de 15 y 16 días hábiles, la regla es que las personas se encuentren privadas de la libertad por tiempos que exceden a éste, sin necesidad de que exista una suspensión de la orden de deportación o incluso sin que dicha orden exista, ya que el Instituto Nacional de Migración no resuelve la situación jurídica en el término procesal que le exige la Ley.

Por tanto, al no cumplir con el término procesal que establece la Ley de Migración para sustanciar el procedimiento administrativo migratorio y resolver su situación, una persona migrante privada de su libertad por más de 15 días hábiles, se erige en una persona privada de su libertad ilegalmente.

El acuerdo de presentación contemplado en el artículo 100 de la Ley de Migración, sólo tiene como intención justificar el aseguramiento durante el procedimiento administrativo migratorio, no así cuando ha fenecido el plazo para emitir una resolución al procedimiento. Esta resolución tiene que ser emitida dentro de los 15 días siguientes, puesto que es un procedimiento de orden público, que bajo ninguna circunstancia puede ser suspendido por la autoridad migratoria.

41 La inmediatez conforme el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en relación a la privación de la libertad es un tiempo que no puede exceder de 24 horas.

42 Fracción V del artículo 111 de la Ley de Migración.

La Ley de Migración no tiene una sola norma que justifique el aseguramiento por más del tiempo necesario (contemplando la posibilidad de prórroga de los 15 días) para sustanciar el procedimiento.

Cosa similar ocurre con las personas a las cuales se les ha girado orden de deportación y no han sido expulsadas inmediatamente. Si bien la Ley de Migración fue omisa en señalar que la deportación se debe ejecutar inmediatamente, al ser de orden público y estar en juego la privación de su libertad, esto debe seguirse bajo tal principio.

La única excepción para suspender temporalmente el traslado, está prevista en los casos de retorno asistido en su artículo 125 que señala que: “sólo por caso fortuito o fuerza mayor podrá suspenderse temporalmente el traslado de extranjeros que soliciten el retorno asistido, reanudándose una vez que sea superada la causa que originó la suspensión”.

Como se ha mencionado anteriormente, la Ley no prevé la figura de la custodia para el caso en el que ya se haya resuelto la situación migratoria de las personas migrantes, lo que hace suponer que, en principio, una persona tendría que terminar su procedimiento administrativo migratorio en los 15 días establecidos en la ley, ahora bien, dicho plazo podría ser ampliado de acuerdo con el artículo 111 por diversos factores, entre ellos el que “exista impedimento para su tránsito por terceros países u obstáculo para establecer el itinerario de viaje al destino final”. En cuyo caso, el alojamiento de las personas extranjeras no podría exceder de 60 días.

Esta visión es contraria a los derechos humanos de las personas migrantes, específicamente respecto al de su libertad, ya que si se encuentra en dicho supuesto, no tendría ningún sentido obligarla a permanecer en la estación migratoria 60 días en lo que se resuelven sus problemas de traslado, sino que debería poder gozar de libertad, siempre que asegurara que se cumplirá con dicha orden. Esto se hacía con la Ley General de Población satisfactoriamente aplicando la figura de la custodia a estos casos.

De conformidad con el Transitorio Cuarto de la Ley de Migración, las resoluciones dictadas durante la vigencia de las disposiciones de la Ley General de Población, surten sus plenos efectos jurídicos. Debido a lo anterior, las Normas de Funcionamiento de las Estaciones Migratorias publicadas en el DOF el 7 de octubre de 2009, siguen vigentes, en éstas se regulan determinadas situaciones por las que el aseguramiento de la persona migrante puede prolongarse.

De tal forma que aunque las normas ordenan el establecimiento de duraciones máximas de aseguramiento, tal regulación no puede contravenir las disposiciones de la Ley de Migración en términos de duración del procedimiento administrativo migratorio ni de plazos razonables acordes con la inmediatez con que debe de llevarse a cabo la deportación cuando exista tal orden.

Hasta el momento, las Normas del Funcionamiento de las Estaciones Migratorias, que regulan la duración del aseguramiento, han tenido como efecto que la privación de la libertad se prolongue indefinidamente o cuando menos por plazos superiores a los establecidos por la Ley de Migración para ejecutar una orden de deportación y para sustanciar el procedimiento.

En ese sentido, las Normas resultan ser inconstitucionales y claramente incompatibles con el respeto del derecho a la libertad de las personas. Es decir, son ilegales y arbitrarias. Especialmente si se considera que no son aplicadas como una excepción y sí como una regla.

No escapa a este estudio, que efectivamente la autoridad migratoria podría emitir un acuerdo por el que amplié la temporalidad del aseguramiento excediendo los plazos legales que establece la Ley de Migración respecto a la inmediatez de la ejecución de una orden de deportación, pero aún en ese supuesto la palabra “podrá”, no significa un deber sino una posibilidad atendiendo a las circunstancias de cada caso.

Es ahí donde existe la posibilidad de determinar la salida de la persona asegurada de la estación migratoria, no sólo por la vía de la custodia provisional sino también por salida definitiva.

En ese sentido, es importante destacar varios aspectos:

1. Las hipótesis que se señalen en las Normas que emita la Secretaría de Gobernación para prolongar la privación de la libertad, deben de entenderse como una posibilidad y no como una regla o un deber.

2. Sólo pueden regular el aseguramiento en razón de la existencia de una orden de deportación que no pueda ejecutarse inmediatamente y mediante documento diverso al Acuerdo de Presentación que se dicta para la privación de la libertad durante el procedimiento migratorio.

3. En todo momento, en cada caso, debe estar justificada la aplicación de alguna de esas hipótesis normativas por escrito, con base no únicamente en la existencia de la norma que refiere la posible ampliación del aseguramiento, sino primordialmente en las circunstancias del caso particular que hacen necesario que la privación de la libertad se prolongue bajo esa hipótesis.

Como podría ser que no existe persona que solicite su custodia provisional o bien que existen elementos que prueban que de dejarse en libertad a la persona bajo medidas de aseguramiento o restringiendo su libre tránsito a una zona, ésta persona se sustraería de la ejecución de la orden de deportación.

4. Las hipótesis normativas no pueden bajo ninguna circunstancia responder a razones imputables completamente al actuar de la autoridad migratoria porque evidentemente el perjuicio que se causa es en la esfera jurídica del extranjero y concretamente en su derecho a gozar de la libertad.

Es muy importante que exista mucha claridad en que, si bien los términos establecidos para resolver el procedimiento administrativo migratorio y ejecutar una orden de expulsión son un referente importante para distinguir cuando existe sin lugar a duda una privación ilegal y arbitraria de la libertad en el aseguramiento, por ningún motivo podemos confundir o fusionar el aseguramiento con el procedimiento administrativo migratorio, como tradicionalmente lo hace el Instituto Nacional de Migración y las Normas de Funcionamiento de las Estaciones Migratorias.

Ello implicaría tanto como reconocer que la privación de la libertad es necesaria o indispensable durante el procedimiento administrativo instaurado con motivo de la violación a la Ley de Migración y nos haría perdernos en la discusión, análisis y defensa del derecho a la libertad personal.

En nuestra experiencia, el Instituto Nacional de Migración, siempre señala que es necesario el aseguramiento para sustanciar el procedimiento administrativo migratorio y que el mismo es acorde con la legislación bajo un esquema de orden público, así como que intenta hacer ver que aseguramiento y procedimiento administrativo migratorio son lo mismo.

5.5. Privación de la libertad contra el acceso efectivo a la justicia.

La relación existente entre el goce del derecho a la libertad con el de acceso a la justicia puede ser analizada en tres sentidos:

a) Como avances positivos con la nueva Ley de Migración, que establece el derecho a la procuración e impartición de justicia, respetando en todo momento el derecho al debido proceso, así como a presentar quejas en materia de derechos humanos, todo lo anterior independientemente de la situación migratoria de las personas. Lo anterior es un avance en aras de garantizar el efectivo acceso a la justicia, debido a que, en la Ley General de Población se establecía la obligación a las autoridades Estatales, Municipales o Federales, a poner de inmediato a disposición de la autoridad migratoria, a las personas que no demostraran su legal estancia.

b) Como la inconstitucionalidad de las Normas de Funcionamiento de las Estaciones Migratorias, que de acuerdo a su artículo 7, el aseguramiento puede extenderse por más de 90 días en diferentes circunstancias. Siendo que la Ley de Migración es una ley más reciente y que es jerárquicamente superior a las Normas, éstas deberían reformarse y adecuarse a la nueva Ley, por lo pronto este artículo es inconstitucional y se debería evitar a toda costa su aplicación.

c) Conforme a una norma no escrita pero lógica de afectación al derecho de acceso a la justicia para ejercitar derechos laborales, civiles y otros con motivo de la privación de la libertad por parte de la autoridad migratoria. En el presente apartado nos limitaremos a tratar el segundo aspecto, es decir, el relativo a las causales previstas como motivo para prolongar la privación de la libertad.

Retomando la facultad que tiene el Secretario de Gobernación para fijar la duración del aseguramiento, ello se realiza mediante el Acuerdo denominado Normas de Funcionamiento de las Estaciones Migratorias.

El Acuerdo actualmente vigente en su artículo 7º, y que en las propuestas de reforma no cambia sustancialmente, tiene por objeto mantener la privación de la libertad por un tiempo definido promedio de 90 días, incluidos, desde luego, los 15 días máximos para sustanciar el procedimiento migratorio.

El artículo establece que el aseguramiento podrá extenderse indefinidamente en consideración a determinadas circunstancias, aumentándose así el daño potencial que se causa a la libertad de las personas migrantes, especialmente cuando las excepciones para mantener el aseguramiento de manera indefinida pueden atribuirse a la autoridad migratoria o peor aún, al ejercicio legítimo del derecho a la justicia de los migrantes y solicitantes de asilo.

Artículo 7o.- El aseguramiento de los extranjeros no podrá exceder de noventa días, con excepción de las siguientes contingencias:

- [...]
- VIII. El extranjero se encuentre sujeto a proceso penal;
- [...]
- IX. La interposición de un recurso administrativo que impida la ejecución de la resolución;
- X. La interposición de juicio de amparo que impida la ejecución de la resolución;

Esta normativa, en términos de ejercicio de derechos es sumamente lesiva. Pretende confundir procedimiento migratorio con privación de la libertad y además se traduce en una especie de conmutación que hace la persona extranjera de su derecho a la libertad, por su derecho de acceso a la justicia.

El que exista una norma que considere la existencia de un proceso penal y la interposición de un juicio de amparo o recurso de revisión en contra de una orden de deportación como un motivo para prolongar el aseguramiento indefinidamente, es hacerle optar a la persona migrante por el ejercicio de un derecho o el otro y justificar legalmente que se le prive del derecho a la libertad por ejercitar su derecho a la impartición de justicia, o viceversa. Lo delicado de esto es que en la Ley de Migración ya se contempla esta prórroga indefinida.

Es así como las personas migrantes aseguradas parten de la idea de que recurrir a una orden de deportación implica mantenerse privadas de su libertad por varios meses, hasta que se dicte judicialmente un fallo. En nuestra experiencia las personas optan por no ejercer su derecho a acceder a la justicia a efecto de no continuar privadas de su libertad.

Tal situación es inadmisibles a la luz del derecho nacional e internacional de los derechos humanos. De ahí que de resultar ser el fundamento de una privación de la libertad, es necesario sostener que se trata de una norma incompatible con el respeto de derechos fundamentales.

Aunque es preferible que se combata la constitucionalidad de este artículo a efecto de que no exista una norma que posibilite malas prácticas migratorias, también es válido, y en ocasiones recomendable en la defensa legal, el argumento que el artículo 7 de las Normas de Funcionamiento de las Estaciones Migratorias no entraña una norma absoluta.

El término podrá ser interpretado como una facultad discrecional de la autoridad y ciertamente lo es, pero esta facultad discrecional se asume en atención a las circunstancias específicas del caso y lo que es más importante, establece una norma relativa. Es decir, no por el sólo hecho que las Normas establezcan una disposición que señala las causales de prolongación del aseguramiento por más del término de 90 días, tal medida justifica su aplicación de manera generalizada.

Dados los argumentos en pro y contra que se perciben en relación al derecho de libertad personal, es necesario que el tema de la libertad en materia migratoria y en el actual marco normativo siempre deba de ser evaluado caso por caso.

No existe una fórmula general de defensa legal de este derecho. Existen nociones y líneas generales que podemos utilizar a nuestro favor, criterios que podemos interpretar extensivamente, pero siempre la estrategia legal debe de cambiar conforme al caso particular.

En cualquier caso, en Sin Fronteras insistimos que, en todas las esferas de nuestra actuación, en que el aseguramiento que refiere la Ley se ha traducido en una mala práctica que se aplica generalmente, un abuso de la autoridad en su aplicación, pero que dicha práctica no traduce el sentido real de la Ley en la que se pueden encontrar garantías al ejercicio del derecho a la libertad.

VI. La experiencia de Sin Fronteras IAP en el litigio de casos sobre privación de la libertad de personas extranjeras.

Desde el año 2002 que se creó el Área de Defensoría en Sin Fronteras IAP, se han tenido tres casos significativos de extranjeros en los que se han ejercido acciones con motivo de la privación ilegal de la libertad de la que son objeto en las Estaciones Migratorias y que son expuestos con relación al año en que se asumió la defensa de los mismos.

En los primeros dos casos, no se consiguió obtener la suspensión del acto privativo de la libertad con efectos amplios, ya que siempre se concedía el Amparo para el efecto de que la persona permaneciera privada de su libertad personal en las Estaciones Migratorias, ya fuera por considerar que tendría efectos restitutorios la concesión plena de la libertad o bien que se trataba de una situación de orden público.

Los Jueces al otorgar con tal efecto la medida suspensiva, imposibilitan que el extranjero obtenga su libertad a efecto de obtener justicia, pues por orden judicial, se ordena a la autoridad migratoria mantener recluida a la persona en la Estación Migratoria, perdiéndose todo el sentido de la suspensión.

No obstante, en el último caso sí fue posible lograr la suspensión definitiva del acto a través de la figura de la custodia provisional que adoptó el Juez para ordenar la libertad de la migrante.

Para ello se modificó la estrategia legal implementada hasta entonces, misma que puede ser de utilidad en acciones legales y estrategias futuras. De esta suspensión definitiva resulta relevante observar que pese al monto elevado de la garantía fijada, el Juez

requiere de menos requisitos que los solicitados por el Instituto Nacional de Migración, para conceder la libertad bajo la figura de custodia provisional.

Por lo que hace a la concesión de la protección Judicial, esta siempre ha sido otorgada con efectos poco prácticos en términos de la restitución real de los derechos vulnerados. El último caso presentado no fue la excepción al respecto, señalándose que el aseguramiento era una restricción al libre tránsito. Sin embargo, para entonces la persona ya gozaba de su libertad personal.

6.1. Luis Castillo Sepúlveda (DOM) (2003)

Migrante en tránsito privado de su libertad en la Estación Migratoria de Iztapalapa, que iba a ser deportado a su país de origen.

Se presentó demanda de Amparo ante el Juez Quinto de Distrito de Amparo en materia Penal por el acto consistente en ***“la privación de la libertad por una autoridad administrativa por un periodo que excede ya de los tres meses”***⁴³ y en ese sentido se solicita la suspensión del acto abriéndose el incidente respectivo.

⁴³ Demanda Inicial de Amparo presentada el 15 de marzo de 2002.

Incidente de Suspensión

a) Suspensión Provisional. Se concede la suspensión provisional del acto reclamado consistente en la privación ilegal de la libertad “sin perjuicio de que el quejoso deba permanecer en el lugar donde se encuentra para la debida continuación del procedimiento administrativo migratorio que en su caso se hubiera iniciado en su contra, en términos de las disposiciones contenidas al efecto en el artículo 94 del Reglamento de la Ley General de Población⁴⁴, por ser de orden público su observancia, según se desprende de su artículo primero.”⁴⁵

b) Suspensión definitiva. Se concede la suspensión definitiva de la privación de la libertad para el efecto de que “quede a disposición de este juzgado únicamente por lo que hace a su libertad personal en el lugar en que se encuentra y bajo la más estricta responsabilidad de las autoridades en cuanto a su integridad personal.”⁴⁶

Contra las determinaciones adoptadas en el incidente de suspensión se ejercieron dos acciones legales:

a) Recurso de queja en contra de la suspensión provisional. El Tribunal colegiado de Circuito, determino dejar sin materia el recurso de queja⁴⁷ debido a que el juez resolvió sobre la suspensión definitiva antes de que el Tribunal Colegiado de Circuito se pronunciara sobre los términos en que se concedió la suspensión provisional.

b) Se solicitó la libertad caucional. El Juez señaló sobre la solicitud que “no ha lugar a conceder al directo quejoso la libertad caucional que solicita”. Ello en atención a lo establecido por los párrafos quinto y sexto del artículo 136 de la Ley de Amparo puesto que de su lectura se desprendía que:

“si bien el párrafo quinto dispone que cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso por orden de autoridades administrativas distintas al Ministerio Público, podrá ser puesto en libertad provisional mediante las medidas de aseguramiento y para los efectos que expresa el párrafo anterior, esto último debe entenderse que se refiere a aquellos casos en que ciertamente el quejoso se encuentre a disposición de la autoridad pero debido a una orden de detención o retención decretada en su contra [...] hipótesis que en el caso no se satisface en cuanto el quejoso se encuentra [...] alojado en la Estación Migratoria [...] esto es, se trata evidentemente de un procedimiento administrativo que en términos del artículo 1º de la Ley especial es de orden público [...] circunstancia ésta que como ya se dijo, impide concederle la libertad caucional que solicita”

Juicio Principal.

La sentencia emitida en el juicio principal señala que, en relación a la privación ilegal de la libertad, “se advierte una clara violación a la garantía prevista en el dispositivo 16, constitucional vigente [...] dicha restricción de su libertad, excede de manera notoria, el término que establece el artículo 210, del Reglamento de la Ley General de Población, como máximo para resolver la situación migratoria en el país”.

El argumento del juzgador se sustentó en consideración a los artículos 123 y 125 de la Ley General de Población, referentes a la infracción y sanción que se obtiene por ingreso irregular al país, y en el 210 y 211 del reglamento. Conforme a estos el juez desprendió que si bien los dos primeros contemplaban la hipótesis de una sanción privativa de la libertad y la expulsión, el artículo 210 precisaba como temporalidad máxima de privación 15 días y el artículo 211 señalaba que esa temporalidad podía extenderse ante la imposibilidad

44 El artículo en mención se refiere al establecimiento y alojamiento de extranjeros en las Estaciones Migratorias o lugares habilitados para ello.

45 Acuerdo de Admisión de la Demanda y apertura de incidente. Juzgado Quinto de Distrito en materia Penal. Juicio Amparo Indirecto 0500/2002.

46 Resolución incidental de fecha 26 de marzo de 2002. Juzgado Quinto de Distrito en materia Penal. Cuaderno Incidental del juicio principal 0500/2002

47 Resolución de fecha 1 de abril de 2002. Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Recurso de Queja 26/2002.

de ejecutar la orden de expulsión, siempre que existiera resolución fundada y motivada.

De esa forma la apreciación del juez fue que,

“de las constancias que obran en autos, no se advierte, que estas, hayan emitido, primeramente, la resolución conducente a la determinación definitiva de la situación migratoria del aquí impetrante, decretando, su expulsión [...] así como tampoco, por ende, existe constancia alguna que acredite que las autoridades responsables hayan emitido determinación alguna, en la cual de manera fundada y motivada, expusieran su imposibilidad por circunstancias ajenas, de ejecutar dicho mandato de expulsión [...] por lo que se actualiza la acreditación de su privación ilegal de libertad...”⁴⁸

A pesar de que el Juez declaró inconstitucional la privación de la libertad de la que era objeto el migrante, concedió el Amparo y Protección de la Justicia para el efecto de que las autoridades “procedan de inmediato a resolver la situación migratoria del aquí impetrante y de acreditarse su ilegal estancia en el país [...] se proceda a su expulsión o bien, de acreditarse su legal estancia, se proceda a ponerlo de inmediato en libertad”.⁴⁹ Lo anterior, sin perjuicio de que las autoridades “mantengan privado de la libertad al ahora quejoso, con motivo de alguna determinación judicial, proveniente de un juicio diverso”.⁵⁰

En otras palabras, concedió, sin mencionarlo específicamente, el Amparo por una violación al derecho de acceso a la justicia, en tanto que ordenó resolver la situación migratoria de manera inmediata; y otorgó el Amparo por la violación a la privación de la libertad ordenando su inmediata libertad siempre y

cuando acreditare su legal estancia en el país, en caso contrario, prácticamente ordenó que se le expulsara.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de revisión en el que no se modificó la resolución emitida por el juez respecto a la libertad personal al considerar que se había dado la protección solicitada por el quejoso y que en nada afectaba a sus derechos el que se le pudiera mantener privado de su libertad con motivo de otro juicio en su contra, puesto que si no lo tenía, podía la autoridad dejarlo en libertad.⁵¹

6.2. José Ignacio Mejía Barberena (NIC) (2004).

Migrante asegurado en la Estación Migratoria de Iztapalapa por más de un mes sin contar con resolución a su procedimiento administrativo migratorio.

Se presentó demanda de Amparo ante el Juez Quinto de Distrito “B” en materia penal señalando como acto reclamado “la privación de la libertad por una autoridad administrativa por un periodo que excede ya de un mes sin tener siquiera noticia de cuánto tiempo más estará privado de la libertad”⁵². En ese mismo sentido, se solicitó la suspensión del acto en términos del artículo 124, 124 bis y 136 de la Ley de Amparo.

Incidente de Suspensión.

El juez inició el incidente de suspensión relativo a la privación de la libertad del usuario. Los argumentos presentados para el otorgamiento de la suspensión se elaboraron en consideración a que el quejoso estaba privado de su libertad por un tiempo que excedía las 36 horas señaladas por la Constitución.

48 Sentencia de 7 de junio de 2002. Juez Quinto de Distrito “B” de Amparo en materia Penal en el Distrito Federal. Juicio de Amparo Principal 500/2002-X (Expediente Defensoría)

49 Ibidem.

50 Ibidem

51 Resolución sesionada el 13 de agosto de 2002. Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Revisión Penal 1000/2002. (Expediente Defensoría)

52 Demanda Inicial de Amparo, presentada el 22 de marzo de 2004 (Expediente Defensoría)

En ese sentido, el juez resolvió el incidente de suspensión en los siguientes términos:

a) Suspensión provisional. El juez concedió la suspensión, pero como se apreciará en la cita de los siguientes párrafos, el efecto que tuvo la concesión de la medida suspensiva convierte en ilusoria, la efectiva protección al derecho de la libertad.

“Se concede la suspensión provisional que solicita [...] para el efecto de que si la detención fue ejecutada por las autoridades administrativas señaladas como responsables con motivo de la comisión de algún delito, el quejoso deberá ser inmediatamente remitido al Agente del Ministerio Público; en caso contrario deberá dejarse en inmediata libertad.

Desde luego lo anterior, sin perjuicio de que el quejoso deba permanecer en el lugar donde se encuentra para la debida continuación del procedimiento administrativo migratorio que en su caso se hubiera iniciado en su contra, en términos de las disposiciones contenidas al efecto en el artículo 94 del Reglamento de la Ley General de Población, por ser de orden público su observancia, según se desprende de su artículo primero.”⁵³

b) Suspensión definitiva. El Juez nuevamente concedió la suspensión pero para el efecto de que,

*“ las cosas permanezcan en el estado que actualmente guardan **y el quejoso de mérito quede a disposición de este juzgado por lo que se refiere a su libertad personal en el lugar en el que se encuentra y a disposición de las autoridades responsables para la continuación del procedimiento administrativo iniciado en su contra** [...] lo anterior, sin perjuicio, desde luego, que el quejoso de mérito pueda recuperar su libertad de tránsito si a criterio de las autoridades responsables así procediere conforme a la ley y bajo su más estricta responsabilidad”⁵⁴*

Aquí un elemento más a valorar es precisamente como se confunden libertad de tránsito con libertad personal.

Ante la negativa a conceder la suspensión definitiva del acto, se llevaron a cabo dos acciones legales concretas:

a) Se interpuso recurso de revisión. El principal agravio que se hizo valer fue la incorrecta interpretación del artículo 136 párrafo VI de la Ley de Amparo por la que el Juez no otorga al migrante el efectivo goce de libertad.

b) Se solicitó la libertad caucional del migrante en términos del artículo 130 y 136 de la Ley de Amparo, por considerarla que no existía impedimento alguno ya que no existía un procedimiento penal en su contra.

En esos términos los resultados que se obtuvieron fueron los siguientes:

a) Recurso de Revisión en contra a la interlocutoria que niega la suspensión definitiva. El Tribunal Colegiado de Circuito confirmó la resolución del juez de Distrito, señalando que este último resolvió conforme procedía puesto que de haber otorgado la libertad para que recuperara el migrante su libertad personal efectiva, se hubiese dado efectos restitutorios que en todo caso serían materia del juicio principal.⁵⁵

b) Acuerdo por el que se niega otorgar la medida consistente en la solicitud de libertad caucional; de ahí que se interpusiera un recurso de queja que fue resuelto por el Tribunal Colegiado de Circuito en los siguientes términos:

“Son infundados los anteriores agravios. Opuesto a lo alegado por la recurrente, el Juez Constitucional estuvo en lo correcto al negar [...] el beneficio de la libertad caucional [...] Si bien es cierto en los casos en que se haya concedido la suspensión al quejoso éste podrá ser puesto en libertad caucional si

53 Acuerdo de Admisión de la Demanda y apertura de incidente. Juzgado Quinto de Distrito “A” en materia Penal. Juicio Amparo Indirecto 621/2004-I

54 Resolución incidental del expediente 621/2004-I

55 Cfr. Resolución sesionada el 31 de mayo de 2004. Tercer Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito. Incidente en Revisión Penal

procediere [...] no menos cierto es que, es una facultad potestativa del Juez [su otorgamiento]

De otorgarse la libertad bajo caución [...] tendría como consecuencia que el nicaragüense [...] pudiera transitar libremente por territorio mexicano, no obstante carecer de documentación que conforme a la ley se requiere, haciéndose nugatoria la aplicación de normas de interés público [...] máxime que la sociedad está interesada en que se cumplan las normas legales que regulan la estancia de los extranjeros en nuestro país”⁵⁶

Juicio Principal.

En el juicio principal por lo que hace a la privación de la libertad, el juez de Amparo determinó conceder el Amparo de la Justicia Federal por la violación al derecho consagrado en el artículo 16 Constitucional detectada en el Acuerdo de Aseguramiento emitido por el Instituto Nacional de Migración y en el que se aprecia, se funda la privación de la libertad. El Juez consideró que aún cuando el Acuerdo de Aseguramiento establece que el extranjero incurrió en la violación a las normas contenidas en los artículos 123 y 121 de la Ley General de Población, existía omisión en señalar,

“las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que haya tenido en consideración para la emisión del referido aseguramiento, pues no expresó cual fue la conducta que desplegó el aquí inconforme, para estar en condiciones de determinar si tal conducta se adecuó al supuesto normativo en tal precepto legal contenido [...] por lo que su actuar de esa manera deja en estado de indefensión al aquí quejoso [...]”⁵⁷

Ante la falta de motivación adecuada, el Juez ordena que se deje insubsistente el acuerdo de aseguramiento y que en uso de sus facultades, la autoridad migratoria emita uno nuevo, el cual puede ser en el mismo sentido que el anterior pero purgando los vicios formales que le afectaban. Asimismo, el Juez se pronuncia señalando que “encuentra impedido para analizar las posibles violaciones de fondo que reclama el quejoso con relación a la privación de la libertad], toda vez que al carecer el acto reclamado de los requisitos de fundamentación y motivación adecuados, no es posible el estudio de las cuestiones materiales [...]”⁵⁸

En recurso de revisión interpuesto en contra de la sentencia, el Tribunal Colegiado de Circuito determinó confirmar la decisión del Juez respecto a la concesión de la protección federal contra la privación de la libertad, en los términos que este último había fijado.⁵⁹

6.3. Dubraska Alvarado González (VEN) (2007)

Se interpuso demanda de Amparo ante Juez Décimo Tercero de Distrito en materia penal en el D.F., en contra del acto hecho consistir en “la privación ilegal de la libertad, sin que esta se encuentre justificada en el marco constitucional aplicable y la inconstitucionalidad hecha consistir en la privación de la libertad fundada en los artículos 152 de la Ley General de Población y 199 del Reglamento”.⁶⁰

Incidente de Suspensión.

a) Suspensión provisional. El juez determina negar la suspensión toda vez que “la sociedad está interesada en que se cumplan con toda exactitud las disposiciones

56 Resolución sesionada el 31 de mayo de 2004, Tercer Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito. Queja Penal 113/2004 (expediente Defensoría)

57 Sentencia de fecha 28 de abril de 2004. Juzgado Quinto de Distrito “A” en materia Penal. Juicio de Amparo 621/2004 (expediente Defensoría)

56 Ibidem

59 Resolución de fecha 30 de junio de 2004. Tercer Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito. Amparo penal en revisión 1033/2004 (expediente Defensoría)

60 Demanda Inicial de Amparo presentada el 9 de noviembre de 2007.

de la Ley General de Población, y, que tiendan a evitar que penetren al país personas que puedan entrañar algún perjuicio para la colectividad por lo que contra la aplicación de tales disposiciones no procede la suspensión”.⁶¹

b) Suspensión definitiva. El juez resuelve en el sentido de conceder la suspensión definitiva solicitada “para el único efecto de que quede a disposición de este Juzgado [...] por cuanto hace a la libertad personal en el lugar donde actualmente se encuentra alojada [...] para la prosecución del procedimiento respectivo, mismo que es de orden público [...]”⁶²

Ante la negativa a conceder la suspensión del acto privativo de la libertad con efectos plenos, se interpusieron dos acciones legales por parte del Área de Defensoría:

a) Recurso de queja en contra de la suspensión provisional. El tribunal Colegiado de Circuito resolvió que quedaba sin materia sobre la cual pronunciarse toda vez que el juez resolvió sobre la suspensión definitiva con anterioridad a que el Tribunal se pronunciara sobre la suspensión provisional.⁶³

b) Recurso de revisión en contra de la suspensión definitiva concedida sin efectos plenos. El Primer Tribunal Colegiado en materia Penal en el Primer Circuito, resolvió por una mayoría de dos votos y uno en contra, modificar los términos en que se concedió la suspensión definitiva, otorgando la libertad provisional de la migrante bajo la modalidad de la figura de custodia provisional que establece la Ley General de Población.

Por considerar que este criterio es muy relevante en términos de lo señalado en el presente documento respecto a la privación de la libertad, cabe destacar algunos aspectos de la sentencia:

-Se percibe como efectivamente el objeto del aseguramiento durante la tramitación del procedimiento administrativo migratorio es que la persona no se sustraiga del control migratorio. En estos términos lo hace ver el Tribunal Colegiado cuando señala: “se advierte que la pretensión de la responsable es obtener su libertad para continuar con el procedimiento que le instauró la autoridad migratoria (lo que es indicativo de que no pretende sustraerse de la acción de la autoridad migratoria)”

-Es posible obtener la suspensión definitiva y provisional en términos del artículo 136, párrafo sexto, que bajo una mala interpretación se había negado con anterioridad en otros casos. “En base a lo pedido por la quejosa y de acuerdo con lo que procede en este caso particular, es factible que la quejosa obtenga, bajo los efectos de la suplencia, su libertad provisional acorde a lo previsto por el artículo 136, párrafo sexto, de la ley de la materia [...]”

-La modalidad en que se puede conceder la libertad personal en forma plena es bajo la figura de la custodia provisional que prevé la Ley General de Población. Al respecto, el Tribunal argumenta:

“Por lo que atañe a las medidas de aseguramiento que habrán de garantizarla, al no preverlas la propia Ley de Amparo, procede acudir a la ley que rige la actuación de la autoridad administrativa de que se trate y, más

61 Acuerdo suspensión provisional de fecha 15 de noviembre de 2007. Juez Décimo Tercero de Distrito en materia Penal en el D.F., Incidente de Suspensión 985/07-III (expediente Defensoría)

62 Resolución Incidental de fecha 22 de noviembre de 2007. Juez Décimo Tercero de Distrito en materia Penal en el D.F., Incidente de Suspensión 985/07-III (expediente Defensoría)

63 Resolución de la sesión de 22 de noviembre de 2007. Primer Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito. Q.P. 37/2007-XI (Expediente Defensoría)

específicamente, al procedimiento respectivo. En este contexto, de las constancias del incidente se advierte que la detención de la recurrente y el procedimiento al que se encuentra sujeta están previstos y regulados en la Ley General de Población y su Reglamento.

[...] Y es en ese mismo ordenamiento, de hecho en el artículo siguiente [153] al que sirvió de fundamento para el aseguramiento, se prevé una modalidad de libertad provisional y las correspondientes medidas de aseguramiento.

[...]

Se colige entonces que **la custodia provisional es una forma de libertad**, pues permite que una persona asegurada deje de estar recluida en una estación migratoria o centro de detención, y en su lugar sea entregada a una persona o institución”.⁶⁴

- Respecto a los requisitos con los que se debía de cumplir el Colegiado establece que cualquier persona puede asumir la custodia de la migrante si tiene reconocida solvencia y que esta característica la poseen, salvo prueba en contrario, las representaciones consulares, “los extranjeros con legal estancia en el país y los mexicanos”. Por lo que hace a la garantía que debe cubrir el extranjero para garantizar que no se evadirá de la custodia provisional y que debe de ser asequible, el Tribunal consideró que ese monto era el de 10 mil pesos.

En esta forma fue que, el Tribunal Colegiado determinó que la libertad personal de la migrante quedara a disposición del Juez Décimo Tercero de Distrito de Amparo en libertad provisional bajo la forma de custodia provisional y para gozar de la misma, de conformidad con el artículo 136 de la Ley de Amparo.

Ante la resolución del Colegiado, el Juez, una vez satisfechos los requisitos que prevé el artículo 153 de la Ley General de Población conforme a los señalado

por el Colegiado, concedió la custodia de la extranjera y ordenó a la autoridad migratoria “gírese oficio al encargado de ese centro para que ponga en inmediata libertad a la aludida” quejosa.

Por su parte el Instituto Nacional de Migración también interpuso dos acciones legales en contra de la concesión de la libertad personal:

a) Recurso de Revisión. El Instituto Nacional de Migración hizo valer como agravios los siguientes:

“1. Se ordenó poner en inmediata libertad bajo custodia con el apercibimiento de multa en caso de incumplimiento.

2. La potestad de determinar el otorgamiento de la libertad provisional no puede ejercitarse sin observar lo dispuesto por el artículo 124 de la Ley de Amparo.

3. El juez se atribuyó facultades que no le confiere el artículo 136 de la Ley de Amparo porque la facultad de entregar a un extranjero en custodia provisional, le corresponde a la Secretaría de Gobernación (Instituto Nacional de Migración) y no al Juez de Distrito quien designó a la persona. La resolución que se combate es contraria a lo establecido en el artículo 124 de la Ley de Amparo respecto de atribuciones reservadas en forma exclusiva al Instituto Nacional de Migración.

4. Aún y cuando el Tribunal Colegiado haya considerado que la quejosa para gozar de la libertad provisional bajo custodia debería otorgar una garantía ante el Juez de Distrito, ello no implicaba que dicho juez ordenara la libertad sin dejar en aptitud a la autoridad administrativa migratoria de requerir la garantía que establece el artículo 153 de la Ley General de Población”⁶⁵

El Tribunal Colegiado de Circuito resolvió desechar el recurso de revisión interpuesto por migración por considerar que era improcedente. Ello toda vez que el acto reclamado por migración no era una resolución

64 Resolución de la sesión de 28 de diciembre de 2007. Primer Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito. Recurso de Revisión 204/2007 (Expediente Defensoría)

65 Resolución de fecha 6 de marzo de 2008. Primer Tribunal Colegiado en materia Penal. Incidente en Revisión 36/2008. (expediente Defensoría)

del juez de distrito por la que se concedía la suspensión y que por ello hiciera posible interponer el recurso de revisión, sino que ese acto que se le atribuía al juez era en realidad el cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal de Circuito. Por lo que en ese caso no procedía el recurso de revisión.⁶⁶

Asimismo, el Tribunal Colegiado expresó que si el Instituto Nacional consideraba que había actuado como una autoridad jurisdiccional, en ese sentido se le concedía la razón, puesto que con motivo del procedimiento migratorio actuó con las atribuciones que corresponden a una autoridad jurisdiccional; pero en tal caso, al actuar como autoridad jurisdiccional, carecía de legitimación para interponer el recurso de revisión. Es decir, no podía ser juez y parte.

b) Recurso de Reclamación. El Instituto Nacional de Migración interpuso recurso de reclamación ante el Primer Tribunal Colegiado de Circuito que fue declarado infundado. Los magistrados argumentaron que los agravios hechos valer por el Instituto Nacional de Migración en la reclamación no contenían un “verdadero debate de lo contenido en el acuerdo de presidencia, sino debaten situaciones jurídicas acontecidas con motivo de la emisión de resoluciones diversas”, como la emitida por el Juez de Distrito, y que por ello, no podían ser objeto de estudio en la reclamación.⁶⁷

Finalmente, a raíz de este incidente de suspensión en el que se restituyó a la quejosa en el goce de su libertad personal bajo la figura de la Custodia Provisional que otorgara el juez a su favor, el Tribunal Colegiado de Circuito que conoció del asunto tuvo a bien emitir un criterio interpretativo judicial sobre la libertad personal de los migrantes asegurados en las Estaciones Migratorias y sujetos a procedimiento administrativo migratorio:

LIBERTAD PROVISIONAL. LOS ASEGURADOS CON MOTIVO DE UN PROCEDIMIENTO MIGRATORIO TIENEN DERECHO A OBTENERLA BAJO LA FIGURA DE “CUSTODIA PROVISIONAL”.

De la interpretación de los artículos 136, párrafo sexto, de la Ley de Amparo, 153 de la Ley General de Población y 211, fracción II, de su reglamento, se obtiene que las personas detenidas por orden de la autoridad migratoria podrán ser puestas en libertad provisional para el efecto de quedar a disposición de ésta para la continuación del procedimiento y a la del Juez de Distrito por cuanto hace a su libertad personal. Es así porque el artículo 136, párrafo sexto, prevé que cuando se reclame en amparo una detención por orden de autoridad administrativa distinta del Ministerio Público -que es el caso de la autoridad migratoria-, el quejoso podrá ser puesto en libertad provisional para los efectos mencionados y mediante las respectivas medidas de aseguramiento. Y si bien la Ley de Amparo no establece esas medidas, el artículo 153 de la ley que rige la actuación de la autoridad administrativa y específicamente el procedimiento migratorio -Ley General de Población- prevé la “custodia provisional”, que es una especie de libertad provisional porque permite que una persona asegurada deje de estar recluida en una estación migratoria o centro de detención y, en su lugar, sea entregada a una persona o institución, para lo cual se exigen las siguientes medidas: 1. El extranjero se entregue en custodia a una persona o institución de reconocida solvencia. 2. Otorgue una garantía. 3. Comparezca ante la autoridad migratoria las veces que así se le requiera; y 4. Firme en el libro de control de extranjeros. Las dos últimas medidas no requieren de explicación alguna, pues se trata de obligaciones procesales directas que se adquieren respecto del procedimiento migratorio. En

⁶⁶ Cfr. Ibidem.

⁶⁷ Cfr. Resolución de fecha 7 de abril de 2008. Primer Tribunal Colegiado en materia Penal. Reclamación 3/2008. (Expediente Defensoría)

cambio las primeras dos medidas de aseguramiento requieren determinar qué personas o instituciones se consideran de “reconocida solvencia” y qué clase de garantía es la que se debe otorgar. Así, respecto a la reconocida solvencia, del artículo 211, fracción II, del Reglamento de la Ley General de Población, se obtiene que, salvo prueba en contrario, es dable asumir como esa clase de instituciones a las representaciones consulares -consulados o embajadas- a través de sus representantes acreditados y como ese tipo de personas a los extranjeros con residencia legal en el país o a los mexicanos. En lo que concierne a la clase y monto de la garantía, como ni en la Ley de Amparo ni en la Ley General de Población aparece parámetro alguno, el juzgador de amparo debe determinarla, y dentro de ese margen de arbitrio es posible guiarse, en lo conducente, por la reglamentación del Código Federal de Procedimientos Penales, en el que sí se prevén elementos para determinarlos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Incidente de suspensión (revisión) 204/2007. 28 de diciembre de 2007. Mayoría de votos. Disidente: Luis Pérez de la Fuente. Ponente: José Luis Villa Jiménez. Secretario: Gerardo Flores Zavala. Registro No. 169268 Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Julio de 2008 Página: 1745 Tesis: I.1o.P.99 P Tesis Aislada Materia(s): Penal

Juicio Principal

En el juicio principal el juez resolvió con relación al acuerdo de aseguramiento que priva de la libertad a la quejosa que no se trasgredió garantía alguna en su perjuicio puesto que “la citada autoridad actuó en términos del numeral 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y los preceptos 123 y 152 de la Ley General de Población”⁶⁸

Al parecer del juzgador, conforme al artículo 11 de la Constitución la autoridad migratoria se encuentra facultada para restringir la libertad deambulatoria de los extranjeros que no tienen una legal estancia en el país y “decretar su aseguramiento en un establecimiento determinado para tal efecto”.⁶⁹ Acto que realizó la autoridad con motivo del procedimiento administrativo migratorio que instauró en su contra.

Ante dicha resolución no se interpuso medio de defensa alguno, debido a que se finalizó la representación de la quejosa, no obstante, lo recomendable ante una resolución de esta magnitud es continuar la defensa.

6.4. Stephen John Compton (AUS) (2009).

Stephen entró de manera regular a México, sin embargo, venció su documento migratorio y continuó de manera irregular en territorio nacional, por lo que se le aseguró en la Estación Migratoria de Iztapalapa el 20 de noviembre de 2009, se determinó su expulsión el 26 de noviembre de 2009 con la prohibición de un año para ingresar a territorio nacional y dos multas por el monto de \$5,000 cada una.

Se presentó demanda de amparo que le tocó conocer al Juzgado Cuarto de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal, señalando como actos reclamados (a) que no tuvo un procedimiento administrativo migratorio en el que se cumplieran las formalidades esenciales del procedimiento; (b) que la orden de expulsión, la multa y la prohibición de reingresar al país eran ilegales debido a que Stephen se ajustaba tanto a la hipótesis del último párrafo del artículo 118 de la Ley General de Población como al programa de regularización 2008; (c) que la privación de la libertad de Stephen para efectos de ejecutar su deportación fue ilegal.⁷⁰ En ese mismo sentido, se solicitó la suspensión del acto en términos del artículo 124, 124 bis y 136 de la Ley de Amparo.

68 Resolución de 14 de febrero de 2008. Juzgado Décimo Tercero de Distrito de Amparo en materia Penal en el Distrito Federal. Juicio de Amparo 839/2007 (expediente Defensoría).

69 Ibidem

70 Demanda Inicial de Amparo, presentada el 7 de diciembre de 2009 (Expediente Defensoría).

Incidente de Suspensión.

El juez ordenó la suspensión de plano para que no se efectuara la deportación de Stephen, asimismo, inició el incidente de suspensión relativo a la privación de la libertad del usuario.

El juez resolvió el incidente de suspensión en los siguientes términos:

a) Se concede la suspensión provisional respecto del acto de la privación ilegal de su libertad en la Estación Migratoria en el Distrito Federal, para el efecto de quede a disposición de este Juzgado de Amparo en cuanto a su libertad personal, en el lugar en el que se encuentra internado y a disposición de este Juzgado de Amparo en cuanto a su libertad personal, en el lugar en que actualmente se encuentra internado y a disposición de la autoridad que corresponda conocer del procedimiento administrativo migratorio para su continuación, por ser éste de orden público.

b) Se concede la suspensión definitiva solicitada por el quejoso Stephen Compton, para el efecto de que quede a disposición de este Juzgado de Distrito en cuanto a su libertad personal se refiere, en el lugar en que se encuentra recluido a saber la Estación Migratoria en el Distrito Federal del Instituto Nacional de Migración de la Secretaría de Gobernación, y a disposición de las autoridades responsables para la continuación de su procedimiento en cuanto a su respectiva calidad migratoria, el cual no puede suspenderse en virtud de de que es de orden público.⁷¹

c) Se niega la suspensión definitiva contra los actos consistentes en la imposibilidad de acceder a su expediente, designar abogado que lo represente, el no haberle informado sobre sus derechos al momento de la privación de la libertad y la prohibición de mantener comunicación telefónica debido a que el objeto de la medida cautelar es paralizar y detener la acción de la autoridad responsable mientras que tramita el amparo.

Juicio Principal.

En el juicio principal se resolvió que se vulneró la garantía prevista en el en el artículo 16 constitucional,

debido a que no se le hizo de su conocimiento el derecho que tiene para regularizar su situación migratoria, así como tampoco determinar si se da el caso de excepción que establece la ley con el objeto de otorgarle la calidad de asimilado, por lo que la resolución carece de la debida fundamentación y motivación que debe de contener todo acto de autoridad.

Resulta interesante el análisis que hace el Juez respecto a la multa que se le había impuesto a Stephen por realizar actividades para las que no estaba autorizado, ya que consideró que tenía un trabajo lícito al pintar cuadros, murales y muebles es decir una profesión de artista, la cual se encuentra prevista en los artículos 1° y 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concluyendo que “el hecho de que un extranjero no acredite su legal estancia en el país es insuficiente para privarlo de sus derechos laborales al encontrarse éstos protegidos por el máximo ordenamiento legal de la nación”.

Con estos razonamientos, el 13 de enero de 2010 el Juez de Amparo dictó sentencia y otorgó el amparo y protección a Stephen “para el efecto de que la responsable deje insubsistente la resolución del veintiséis de noviembre que ordenó su expulsión del País y dando cumplimiento al artículo 118, último párrafo de la Ley General de Población, haga de su conocimiento si es su deseo regularizar su situación migratoria y en su caso determinar si el hoy quejoso se encuentra en caso de excepción para otorgarle la calidad de asimilado”.⁷²

El Agente del Ministerio Público de la Federación interpuso revisión en contra de dicha sentencia, por lo que desde Sin Fronteras interpusimos revisión adhesiva en contra de las cuestiones de las resoluciones del fallo que nos perjudicaban. No obstante lo anterior, el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito confirmó la sentencia respecto a la concesión del amparo en los términos y para los efectos que lo había fijado.

⁷¹ Sentencia Interlocutoria, Incidente de Suspensión 119/2009-6, página 4.

⁷² Ver página 42 de la Sentencia del 13 de enero de 2010 emitida por el Juez Cuarto de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal.

VII. Conclusiones

Si bien la creación de una normativa especial en el tema migratorio que incluye leyes novedosas como la Ley de Migración y la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, así como la reforma constitucional en materia de derechos humanos, representan avances significativos en torno a la protección de personas migrantes y solicitantes de asilo, aún queda mucho que hacer para que ésta sea efectiva.

Sería repetitivo enunciar en las presentes conclusiones las prácticas migratorias que incumplen con los derechos humanos de las personas migrantes, por lo que estarán orientadas a puntualizar sobre mejoras sencillas que podrían hacerse a corto plazo para obtener una mayor protección a los derechos de las personas migrantes.

En primer lugar está la necesidad de dejar de concentrar las fuerzas en la búsqueda de un discurso político amable en el que se enfatice que por tratarse de personas que no han cometido delitos lo que se hace con ellas es “asegurarlas”, sino verdaderamente aceptar que, debido a que se encuentran en detención, deben garantizárseles todos los derechos provistos para las personas que se encuentran privadas de su libertad.

No obstante que, tal como se analizó en el documento, la detención de personas migrantes por un periodo superior a 36 horas es inconstitucional, estamos conscientes que es más probable que cambie la Constitución a que se deje de practicar esta política, al menos a corto plazo.

Es por ello que las principales demandas que hacemos como organización de la sociedad civil es el respeto a los estándares mínimos que imponen las normas internacionales para las personas que se encuentran privadas de su libertad, así como el uso de alternativas a la detención.

Resulta muy útil el reconocer que existe la figura de la custodia provisional como alternativa a llevar el procedimiento administrativo migratorio en detención, debemos buscar que su aplicación sea, contrariamente a como se ha venido utilizando, la regla y no la excepción.

De la misma manera la lucha se debe encaminar a que la custodia sea efectiva, es preocupante la manera en la que quedó regulada en el Reglamento de la Ley de Migración puesto que se endureció aún más poniendo requisitos que hacen prácticamente imposible su otorgamiento.

Se deben buscar mecanismos para que no les resulte tan oneroso a las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la protección de los derechos humanos ni a las representaciones consulares sacar a las personas de las estaciones migratorias para que lleven sus procedimientos en libertad. Asimismo, se debe retomar la figura de la custodia para las personas físicas, pues el tiempo ha comprobado que es como más efectiva resulta esta medida.

Adicional a lo anterior, deben buscarse mecanismos para que no tengamos una medida alternativa a la detención discriminatoria, siendo únicamente las personas que tienen dinero y algún contacto en México las que puedan salir bajo esta figura, sino ampliarla a cualquier persona que no requiera de la detención en las estaciones migratorias para evitar la sustracción de sus procedimientos administrativos migratorios.

Finalmente, existe una gran oportunidad a través del litigio de garantizar el goce de los derechos humanos de las personas migrantes, los jueces tienen un gran papel al contar con la posibilidad de cambiar el paradigma que criminaliza a la migración. Lo anterior se puede lograr otorgando la suspensión provisional para el efecto de que la persona lleve su procedimiento en libertad y a disposición de la autoridad que conoce el procedimiento para su seguimiento.

Otra gran ventana de oportunidad está en la presión política que pueda ejercer la sociedad, desafortunadamente es un tema poco conocido, mediante la difusión y el interés que seguramente despertará el tema, se puede trabajar en conjunto para lograr mejoras considerables en la manera en la que se practica la detención de personas migrantes en las estaciones migratorias de México.



S I N
FRONTERAS
I A P