

PRIVACIÓ DE LIBERTAD DE  
PERSONAS MIGRANTES EXTRANJERAS  
*SINE PERMISSUM* Y SIN CAUSAS  
PENALES EN ESPAÑA Y MÉXICO

Karlos Artemio Castilla Juárez

---

TESI DOCTORAL UPF / 2015

DIRECCIÓ DE LA TESIS

Dr. Alejandro Saiz Arnaiz

Dra. Aida Torres Pérez

DEPARTAMENT DE DRET





## Agradecimientos

A quienes han hecho posible con su apoyo económico el que yo pueda estar en Europa desarrollando mis estudios de doctorado: las y los mexicanos que pagan impuestos, ya que es a partir de eso que el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) puede diseñar e implementar el sistema de becas en el extranjero. En ese sentido, también gracias a quienes hacen y buscan hacer a dicho sistema eficiente en todos sus niveles y áreas.

A quienes en toda esta etapa y antes siempre han estado a mi lado. En la proximidad y por su invaluable apoyo desde muchos ángulos: Alexandra; a la prudente y relativa distancia de un océano: Guadalupe, Nicolás, Melody, Emiliano, Diego y Danilo; y en las visitas a este lado del océano: Gloria.

A quien me dio la oportunidad de crecer académicamente en la Universitat Pompeu Fabra y ha apoyado el desarrollo de este trabajo: Alejandro. Así como a quien ha hecho escrutinio y con quien he debatido parte del contenido de las páginas que a continuación siguen: Aida.

A quienes han acompañado el tránsito por esta etapa con su amistad y/o apoyo y/o consejos y/o ánimos y/o compasión: Karina (sic), Diane, Markus, Marisa, Enrique, Esteban, Víctor, José Ramón, Jorge Ulises, Imer, José Juan, Ricard, Héctor, María del Refugio, Santiago, Maribel, Josep Lluís, Miguel, Raquel, Ramón, Tania, Joan, Anna, Diego, Eric, Paola Andrea, Luis Felipe, Byron, Laura, Yessica, Toño, Felipe, Indira, Christian, Carla, Gustavo, Omar (2), Claudia, Rubén, Juan Camilo, Nuria, Lydia, Fernanda, Ángels, Marta, Constanza, Rodrigo, Miriam, Pedro, Christelle, Nahia, Roser, Lluisa, Adela, Teresa (2), Elena.

A quienes me ayudaron a acercarme a la realidad de lo que teóricamente creo haber estudiado. En SOS Racisme Catalunya: Alba, Alicia, Josep, Jose, Mar, Edo, Eduard, Beatriu, Isi, Lorena y

las diversas integraciones en este tiempo del SAiD; en Sin Fronteras México: Diana y Lorena; en Platform for International Cooperation on Undocumented Migration: Michele y Maria Giovanna. De igual forma al Instituto Nacional de Migración por darme algunas (no todas) las facilidades para visitar 7 estaciones migratorias en los cuatro puntos cardinales y centro de México. Así como a las y los magistrados que en España me permitieron conocer ciudades judiciales y presenciar audiencias.

A quienes sin conocerme, compartieron conmigo sus historias de vida, sueños, temores y depositaron en mí su confianza para llevar mensajes y denuncias en su nombre para intentar cambiar, al menos, la realidad de un momento en alguna de las rutas migratorias que confluyen, pasan y salen de España y México.

A las universidades e instituciones que además de la Universitat Pompeu Fabra me facilitaron espacios y medios para buscar información y desarrollar partes de este trabajo: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Bristol University, European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. En la Universitat Pompeu Fabra especialmente al Área de Derecho Constitucional, la Secretaría del Departamento de Derecho y al Grupo de Investigación Interdisciplinario sobre Inmigración.

A quienes lean algunas de las páginas (ojalá todas) que están después del índice.

Nota: Los grados académicos, cargos y apellidos han sido suprimidos intencionalmente. El agradecimiento sincero y desinteresado es a las personas, quienes sin duda se identificarán por lo que han hecho. No creo en el agradecimiento curricular.

## Resumen

La privación de libertad de personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales es una política de control migratorio que, a pesar de tener una larga historia, se ha expandido de manera creciente en todas las regiones del mundo a partir de la década de los años setenta. España y México no han sido excepción de ello y la implementan con el llamado internamiento y alojamiento, respectivamente. Al ser una medida que trasciende en la libertad personal y pone bajo cuestionamiento la eficacia de los principios de igualdad y no discriminación, en este trabajo, después de hacer un recorrido por los mitos y realidades de la migración, los elementos esenciales de la igualdad, no discriminación, derechos de extranjería y libertad personal, en los sistemas legales aplicables en cada uno de los dos países bajo análisis; se somete a escrutinio a esa política de control migratorio a fin de determinar si se puede considerar admisible dentro de los sistemas constitucionales de derechos humanos de España y México.

## Resum

La privació de llibertat de persones migrants estrangeres *sine permissum* i sense causes penals és una política de control migratori que, tot i tenir una llarga història, s'ha expandit de manera creixent en totes les regions del món a partir de la dècada dels anys setanta. Espanya i Mèxic no han estat excepció d'això i la implementen amb l'anomenat internament i allotjament, respectivament. Com que és una mesura que transcendeix a la llibertat personal i posa sota qüestionament l'eficàcia dels principis d'igualtat i no discriminació, en aquest treball, després de fer un recorregut pels mites i realitats de la migració, els elements essencials de la igualtat, no discriminació, drets d'extranjería i llibertat personal, en els sistemes legals aplicables en cada un dels dos països sota anàlisi; se sotmet a escrutini a aquesta política de control migratori a fi de determinar si es pot considerar admissible dins dels sistemes constitucionals de drets humans d'Espanya i Mèxic.

## **Abstract**

The detention of foreign migrants *sine permissum* and without criminal charges is a migration control policy that, despite having a long history, it has increasingly expanded in all regions of the world since the decade of the seventies. Spain and Mexico have been no exception to this, which has been implemented with the so called *internamiento* and *alojamiento*, respectively. As a measure that affects personal liberty and puts under question the effectiveness of the principles of equality and non-discrimination, in this dissertation, after a critical review of the myths and realities of migration, plus the essential elements of equality, non-discrimination, rights of foreigner and personal liberty in the applicable legal systems in each of the two countries under analysis; this immigration control policy is subjected to scrutiny in order to determine whether it can be considered permissible within the constitutional human rights systems of Spain and Mexico.

## Abreviaturas empleadas

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
CoIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
EMIG	Estación Migratoria
INM	Instituto Nacional de Migración
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
TCE	Tribunal Constitucional de España
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea





## Introducción

En los mapas de la migración mundial, especialmente por su ubicación geográfica, España y México suelen ser una referencia constante. México por ser la “puerta” de entrada, punto necesario de tránsito, y ahora también lugar de estancia de personas migrantes, principal pero no exclusivamente, de centro y sur América con destino a Estados Unidos y Canadá; y España, el destino, “puerta” de entrada y tránsito de migraciones de Latinoamérica y África, principalmente, a la Europa de la Unión.

Para nosotros, además de esa especial relevancia, España y México son importantes en el estudio y análisis de la migración, desde el punto de vista jurídico, porque en ambos países se implementa una política migratoria de control que, si bien no es exclusiva de estos países al estar presente en todos los continentes del mundo, sí da muestra de dos formas extendidas en las cuales se está desarrollando en la actualidad dicha política de control migratorio.

La política de la que hablamos y que es el objeto central de investigación en este trabajo de tesis es: la privación de libertad de personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales, en los conocidos genéricamente como centros de detención de migrantes y, de manera específica, como centros de internamiento de extranjeros en España y estaciones migratorias en México, por medio de las figuras denominadas internamiento y alojamiento, respectivamente.

La importancia de analizar la forma en la cual se implementa esa política de control migratorio para los estudios de la migración radica en que, a pesar de sus similitudes en los fines últimos que se le puedan asignar, su tratamiento jurídico tiene claras diferencias en México y España, lo que justamente nos permitirá demostrar si dicha política —en la que convergen la migración, la igualdad ante la ley, la no discriminación, la libertad personal y la proporcionalidad— es o puede ser compatible y se enmarca en el sistema constitucional de derechos fundamentales de España y de derechos humanos de México. Esto es, en dos puntos destacados de los movimientos migratorios en dos continentes.

Con lo que el objetivo central de este trabajo es el de determinar si la privación de la libertad de personas migrantes *sine permissum* y sin causas penales, en centros destinados a ese fin, encuentra respaldo en normas constitucionales y convencionales sin transgredir los principios de igualdad y no discriminación, así como el derecho a la libertad personal a partir de un análisis de proporcionalidad. Aplicando lo que, para los fines de este trabajo, se entenderá como el método de *sospechosa proporcionalidad*.

El análisis que se desarrolla no es en estricto sentido un estudio de derecho comparado entre España y México, a pesar de que sí busca dar muestras de las similitudes y diferencias que tienen ambos países en la regulación de la inmigración, emigración y extranjería, de la igualdad ante la ley, de la no discriminación, de la libertad personal y de la proporcionalidad. Entendiendo que todo lo anterior se enmarca en dos sistemas constitucionales de protección de los derechos fundamentales o derechos humanos dinámicos en los que, como en otros países del entorno de cada uno, el derecho de origen nacional y el derecho de origen internacional son una constante.

No es en todo sentido un análisis de derecho comparado porque antes que analizar dos figuras jurídicas particulares para encontrar sus similitudes y diferencias, damos muestra del estado actual de la política de control migratorio consistente en la privación de libertad y los temas antes mencionados que en ella confluyen, con el objetivo general de poder establecer cuál es la forma en la que una política de ese tipo se debería de implementar (si así debe de ser), en España y México, pero también en otras latitudes, sin transgredir los sistemas constitucionales de derechos humanos y los principios en que éstos se sustentan.

Lo anterior, no significa que hemos perdido de vista que, uno de los temas de debate actual en la migración desde los derechos humanos, además de todo lo vinculado con el derecho al asilo y refugio, según lo demuestran el gran número de informes e investigaciones, es el vinculado con las precarias e inhumanas condiciones en las que suelen estar privadas de libertad, por largos periodos de tiempo, un número importante de personas migrantes por el sólo hecho de que han incumplido con el requisito de ingresar a un país por los espacios destinados para ese fin, porque no cuentan con la documentación suficiente que les autorice a ingresar, porque les ha

vencido ésta sin opción de renovación, porque han cometido una infracción administrativa o simplemente porque van huyendo de la persecución política, de la guerra, de calamidades naturales y otros grandes problemas que aquejan a nuestras sociedades hoy en día.

Con lo que mucho de ese debate e interés actual se dirige a buscar que las personas migrantes cuenten con el respeto de sus derechos al momento de ser detenidas y durante toda su estancia, en tanto se determina su situación legal. Y, mejor aún, que sean utilizadas medidas alternativas antes que privarles de la libertad.

Debate y temas de gran importancia como nos lo muestra la realidad, sin embargo, han dejado atrás un debate previo que en nuestra consideración es de mayor impacto y que es el relativo a cuestionar la validez constitucional de la medida que les priva de libertad. El determinar con certeza jurídico constitucional, y no sólo por la costumbre de ser una práctica generalizada dirigida a las personas extranjeras, su adecuación a los sistemas constitucionales de protección de derechos humanos o derechos fundamentales a partir del análisis de su configuración específica y no por un implícito aval ante su multiplicada existencia en diferentes sistemas jurídicos alrededor del mundo.

Si bien, en el caso de España, lo anterior se muestra como un tema prácticamente cerrado por lo que decidió el Tribunal Constitucional desde 1987, no se puede perder de vista que no se han explorado todos los caminos posibles y supuestos específicos del *internamiento* previstos en ley atendiendo a la naturaleza de la figura jurídica que recoge esa política migratoria de control; mientras que en el caso de México, no se ha tenido nunca un debate similar ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, por tanto, no ha sido cuestionada a fondo la constitucionalidad del denominado *alojamiento*, ni de las existencia de las estaciones migratorias.

Ante lo cual, nuestro objetivo se traduce en regresar, o en el mejor de los casos, mantener en debate la validez constitucional y convencional de una medida como la privación de libertad de personas migrantes *sine permissum* y sin causas penales. Esto es, volver, para el caso de España, y abrir, para el caso de México, el debate respecto a la validez de la existencia de los centros de

detención de migrantes a partir de determinar si la privación de libertad que ahí se ejecuta con las características que actualmente tiene es admisible en los sistemas constitucionales de cada uno de los dos países. El aportar una mirada desde la que consideramos no se ha visto, en el caso de España, y se debe ver, en el caso de México, a esa política de control migratorio.

Con ese objetivo, en el primer capítulo buscamos establecer el contexto en el cual se implementa la política migratoria de privación de libertad. Para eso, damos un breve recorrido por la situación actual de la migración en el mundo y una mirada de ello en los casos de España y México. Con lo que, por una parte, se busca mostrar de la manera más objetiva posible la realidad de los movimientos migratorios humanos actuales y la complejidad que tiene su estudio. Y, por otra parte, establecer la forma con la cual observaremos a la migración a lo largo de todo el trabajo, esto es, una mirada que busca hacer de lado prejuicios y mitos para que los análisis jurídicos que desarrollemos sean lo más objetivos posibles.

Pero también, en este primer capítulo, estableceremos algunos acuerdos terminológicos para saber a quién nos referimos cuando hablamos de personas migrantes extranjeras y *sine permissum*. Y obviamente, estableceremos el marco histórico y características generales que tiene la política migratoria que centrará nuestro análisis, describiendo las principales notas legales y lo que aporta la realidad de su implementación en España y México.

El segundo capítulo lo dedicamos al estudio de la igualdad, la no discriminación y la extranjería. Partiendo de sus aspectos más generales y llegando a los más particulares que nos ofrecen los sistemas constitucionales vigentes de cada uno de los dos países bajo análisis. Por lo que, por una parte, se destaca la importancia y orígenes del principio de igualdad hasta llegar a su concreción en los textos constitucionales español y mexicano. Por otra parte, se hace un ejercicio similar con el principio de no discriminación poniendo especial énfasis en un aspecto que resulta de gran importancia para el análisis central de este trabajo: la discriminación racial por origen nacional. En este punto se intentan aportar elementos de análisis que son escasos en la literatura jurídica de la no discriminación.

Pero también, sin profundizar en todos los detalles de la regulación de la inmigración, emigración y extranjería, ofrecemos un panorama completo respecto a los derechos que las personas extranjeras no tienen reconocidos en México y España, y por exclusión y conforme a las interpretaciones constitucionales, cuáles son los derechos que sí tienen reconocidos en igualdad que los nacionales de cada uno de los dos países. Para finalmente, con esas bases, establecer cuál es la forma y el método que se ha considerado más adecuado para evaluar el respeto a los principios de igualdad y no discriminación, que será una de las herramientas principales en el análisis del tema que nos ocupa.

El tercer capítulo está dedicado al análisis de la libertad personal, por ser el derecho que de manera evidente se ve afectado con la política migratoria sometida a análisis. Con ese fin, establecemos cuáles son las formas válidas de afectar la libertad personal, sin hacer de lado los debates relativos a cuál es la denominación que se les debe de dar e intentamos ir contra corriente al ofrecer una definición en positivo de la libertad personal, contrario a lo que mayormente se hace en la literatura que define a la libertad personal a partir de lo que no es.

En este capítulo establecemos, por una parte, de conformidad con la Constitución de España, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuáles son las afectaciones a la libertad personal que expresamente o por la interpretación de sus órganos responsables de ello se consideran constitucional y convencionalmente admisibles, así como algunas de las principales características que deben satisfacer más allá de su previsión legal. Y, por otra parte, hacemos un análisis similar pero teniendo como base normativa la Constitución mexicana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, daremos una breve visión de lo que respecto a este tema establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, ambas de Naciones Unidas.

Finalmente y bajo el entendido de que todas las anteriores normas jurídicas y sus interpretaciones consideran admisible la afectación de la libertad por motivos migratorios, analizamos la importancia

que ante eso tiene el juicio de proporcionalidad para determinar cuándo es admisible y, hasta qué grado, la injerencia en la libertad personal. Esta es la segunda gran herramienta de análisis para lo que en este trabajo denominamos método de *sospechosa proporcionalidad*.

Con todos esos elementos de análisis, el capítulo cuarto se dedica al análisis particular del denominado *internamiento* en España. Para ello, en primer lugar, se hacen las precisiones y disección de los tres supuestos generales en los cuales puede ser aplicado: expulsión, denegación de entrada en frontera y devolución. En segundo lugar, damos un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los casos en que han tenido oportunidad de analizar dicha medida, con el fin de mostrar los ámbitos que no han sido analizados y que serán de los cuales nosotros nos ocuparemos. Así, en tercer lugar, aplicando lo que denominamos el método de *sospechosa proporcionalidad* (igualdad + proporcionalidad) analizamos los supuestos generales en que se aplica el internamiento, pero a partir de una minuciosa disección o desglose de los supuestos específicos que cada uno tiene, a fin de evitar generalizaciones y dar muestra de todo lo que se ha dejado de analizar en España.

En el quinto capítulo hacemos un ejercicio similar al antes descrito, sólo que aplicable a México, para analizar el denominado *alojamiento*, por lo que acudimos a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero a diferencia del capítulo anterior, por la ausencia de análisis jurisdiccionales específicos del alojamiento, antes de aplicar el método de *sospechosa proporcionalidad*, sometemos a análisis a la referida política migratoria bajo los estándares interamericanos que se han establecido para no considerar como arbitraria una afectación de libertad personal por motivos migratorios. A pesar de que esa evaluación no es superada y con el fin de reforzar nuestro estudio, el último apartado de ese capítulo lo dedicamos a ese análisis a dos niveles (igualdad-proporcionalidad) de los supuestos generales en los cuales es aplicado el llamado alojamiento: deportación, regularización y retorno asistido. Pero igual que lo hacemos con España, en el caso de México, diseccionamos esos tres supuestos generales en sus

supuestos específicos para dar muestra de que su evaluación constitucional no puede ser genérica, sino particular y detallada.

Finalmente, el sexto capítulo de este trabajo de tesis de doctorado se dedica a conclusiones. Para eso, en primer lugar, se establecen cinco conclusiones por cada uno de los capítulos que integran este trabajo y, en segundo lugar, se establecen dos conclusiones generales a las que se llega en relación a la política migratoria bajo estudio, más allá de los casos particulares de México y España.

Destacando en relación con todo lo antes señalado que este trabajo no sólo tiene apoyo en elementos teóricos, sino también en nuestro acercamiento a la realidad a través de las visitas que hicimos en los centros de internamiento de extranjeros en España y estaciones migratorias en México. Por lo que buscamos no sólo mostrar *ciencia jurídica* sino también un estudio que desde una mirada jurídica haga eco de una realidad que día con día está incidiendo de manera grave en la libertad de miles de personas.

No sabemos si al final hemos logrado evitar los lugares comunes y la trivialidad de los temas que convergen en nuestro objeto de análisis, lo que sí tenemos por cierto es que ofrecemos un ángulo de estudio que no había sido desarrollado a profundidad antes. Por lo que queda en manos de quien lea las siguientes líneas su personal valoración y el determinar si hemos alcanzado los objetivos propuestos.





<b>AGRADECIMIENTOS</b>	<b>III</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>V</b>
<b>RESUM</b>	<b>V</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>VI</b>
<b>ABREVIATURAS EMPLEADAS</b>	<b>VII</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>IX</b>
<b>ÍNDICE</b>	<b>XVII</b>
<b>I. LA MIGRACIÓN HUMANA A TRAVES DE LAS FRONTERAS Y LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD SIN CAUSAS PENALES COMO POLÍTICA QUE BUSCA CONTROLARLA</b>	<b>1</b>
<b>1.1 Panorama general de la migración en el mundo: algunos de sus mitos y realidades.</b>	<b>2</b>
<b>1.2 España y México. México y España: sus migraciones.</b>	<b>22</b>
A. España	24
B. México	29
<b>1.3 ¿Quién es una persona migrante extranjera? ¿Quién es una persona migrante <i>sine permissum</i>?</b>	<b>33</b>
<b>1.4 La privación de libertad de personas migrantes extranjeras <i>sine permissum</i> y sin causas penales. Una política de control de la migración en el mundo.</b>	<b>41</b>
A. Primera ley que incluye la medida de privación de libertad de migrantes <i>sine permissum</i> y sin causas penales en centros de detención en el mundo.	52
B. La privación de libertad de personas migrantes <i>sine permissum</i> y sin causas penales en la legislación española y mexicana	54
a) España	54

b) México	61
-----------	----

## **II. IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EXTRANJERAS** **71**

### **2.1 Igualdad: principio constitucional.** **72**

A. El principio de igualdad en el sistema jurídico español y mexicano.	87
a) España	87
b) México	92

### **2.2 La prohibición de la discriminación como elemento transversal y permanente en los ordenamientos jurídicos desde el siglo XX.** **98**

A. El principio de no discriminación en el sistema jurídico mexicano y español.	113
a) México	113
b) España	115
B. Discriminación racial, discriminación por origen nacional	118

### **2.3 Los principios de igualdad y no discriminación ¿límite al monopolio de la regulación migratoria y de extranjería del Estado?** **126**

### **2.4 Qué derechos humanos no tienen reconocidos las personas migrantes extranjeras en igualdad de condiciones que las nacionales de México y España.** **136**

A. Derechos políticos de participación	139
B. Derecho de entrada al país (¿y residencia?)	143
C. Derecho a no ser expulsado	148

### **2.5 Qué derechos humanos tienen reconocidos las personas migrantes extranjeras en igualdad de condiciones que las nacionales de México y España.** **154**

### **2.6 ¿Cuándo se discrimina a las personas migrantes extranjeras?** **162**

## **III. LIBERTAD PERSONAL. SUS RESTRICCIONES Y PRIVACIONES ADMISIBLES** **177**

### **3.1 Derecho a la libertad personal** **178**

### **3.2 Libertad personal en la Constitución española y en las interpretaciones del Tribunal Constitucional de España.** **191**

### **3.3 La libertad personal en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sus protocolos y las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** **208**

<b>3.4 El derecho a la libertad personal en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las interpretaciones de su Tribunal de Justicia.</b>	<b>219</b>
<b>3.5 La libertad personal en la Constitución mexicana y en las interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.</b>	<b>225</b>
<b>3.5 La libertad personal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos y las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.</b>	<b>238</b>
<b>3.7 Dos tratados universales relevantes para la libertad personal de migrantes extranjeras.</b>	<b>251</b>
<b>3.8 Internamiento español y alojamiento mexicano ¿restricción o privación de la libertad?</b>	<b>256</b>
<b>3.9 Privación de libertad personal y proporcionalidad</b>	<b>259</b>
<b>IV. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE PERSONAS MIGRANTES EXTRANJERAS <i>SINE PERMISSUM</i> Y SIN CAUSAS PENALES EN ESPAÑA BAJO LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PROPORCIONALIDAD</b>	<b>269</b>
<b>4.1 Fundamento, naturaleza, supuestos y fines de la privación de libertad de personas migrantes extranjeras <i>sine permissum</i> y sin causas penales en España.</b>	<b>270</b>
<b>4.2 El análisis de la privación de libertad de personas migrantes <i>sine permissum</i> y sin causas penales en tres jurisdicciones fundamentales para España.</b>	<b>285</b>
A. Tribunal Constitucional de España	286
a) El primer análisis en abstracto: la base de todo.	286
b) Los primeros análisis de casos concretos: todo está dicho.	291
c) Previo al internamiento independientemente del lugar de la detención: estrictas 72 horas.	292
d) Segundo análisis abstracto: la intervención judicial se consolida.	293
e) Una pregunta en abstracto sobre la proporcionalidad del plazo máximo de internamiento: la intervención judicial como respuesta.	295
f) Más análisis de casos concretos: ¿mejor protección o la simple repetición de lo ya establecido en la Ley?	297
g) El más reciente análisis en abstracto: todo sigue igual.	298
B. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	300
a) Detención con fines de expulsión/deportación	301
b) Detención para prevenir entrada no autorizada en el país	310
C. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	314

a) El cómputo de los plazos de internamiento bajo la Directiva 2008/115: la implícita validación del plazo máximo.	314
b) La intervención judicial en la aplicación de la Directiva 2008/115: los supuestos de solicitud de prórroga de internamiento y de imposibilidad de expulsión	317
c) Lo incompatible con la Directiva 2008/115: nada vinculado con la proporcionalidad de su plazo máximo, ni menores a éste.	320

**4.3 Análisis de la privación de libertad personal de migrantes *sine permissum* y sin causas penales en España bajo el método de sospechosa proporcionalidad.**

	<b>324</b>
A. Privación de libertad con fines de expulsión	325
a) Primer nivel de análisis: igualdad y no discriminación	333
b) Segundo nivel de análisis: proporcionalidad de la restricción al derecho.	339
B. Privación de libertad por denegación de entrada en frontera	356
a) Primer nivel de análisis: igualdad y no discriminación	357
b) Segundo nivel de análisis: proporcionalidad de la restricción al derecho.	359
C. Privación de libertad por devolución	367
a) Primer nivel de análisis: igualdad y no discriminación	370
b) Segundo nivel de análisis: proporcionalidad de la restricción al derecho.	370

**V. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE PERSONAS MIGRANTES EXTRANJERAS *SINE PERMISSUM* Y SIN CAUSAS PENALES EN MÉXICO BAJO LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PROPORCIONALIDAD** **383**

**5.1 Los fines, naturaleza, supuestos y fundamento de la privación de libertad sin causas penales de personas migrantes extranjeras en México.** **385**

**5.2 El análisis de la privación de libertad de personas migrantes *sine permissum* y sin causas penales en dos jurisdicciones fundamentales para México.** **397**

A. Suprema Corte de Justicia de la Nación	397
B. Corte Interamericana de Derechos Humanos	400
a) Casos contenciosos	401
b) Opiniones Consultivas	409

**5.3 La privación de libertad de personas migrantes denominada *alojamiento* bajo los estándares interamericanos como criterios de interpretación constitucional en México.** **415**

A. Legalidad de la privación de libertad	417
B. Excepcionalidad de la medida que afecta la libertad personal	418
C. Control judicial de la afectación a la libertad personal	421

D. La regla de la excepcionalidad: niñez migrante	424
<b>5.4 Análisis de la privación de libertad de migrantes extranjeras <i>sine permissum</i> y sin causas penales en México bajo el método de sospechosa proporcionalidad.</b>	<b>429</b>
A. Detención con fines de expulsión	429
B. Privación de libertad con fines de deportación	432
a) Primer nivel de análisis: igualdad y no discriminación	436
b) Segundo nivel de análisis: proporcionalidad de la restricción al derecho.	444
C. Privación de libertad por regularización de estancia	450
a) Primer nivel de análisis: igualdad y no discriminación	453
b) Segundo nivel de análisis: proporcionalidad de la restricción al derecho.	455
D. Privación de libertad por retorno asistido	459
a) Primer nivel de análisis: igualdad y no discriminación	461
b) Segundo nivel de análisis: proporcionalidad de la restricción al derecho.	462
<b>VI. CONCLUSIONES</b>	<b>469</b>
<b>6.1 Conclusiones específicas</b>	<b>469</b>
A. Migración y la política de privación de libertad sin causas penales	469
B. Igualdad, no discriminación y extranjería	470
C. Libertad personal	472
D. La privación de libertad denominada internamiento en España	473
E. La privación de libertad denominada alojamiento en México	474
<b>6.2 Conclusiones generales</b>	<b>476</b>
A. ¿Se puede afectar la libertad personal por motivos migratorios?	476
B. ¿Se criminaliza la migración con la privación de libertad sin causas penales?	479
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>483</b>



# I. LA MIGRACIÓN HUMANA A TRAVÉS DE LAS FRONTERAS Y LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD SIN CAUSAS PENALES COMO POLÍTICA QUE BUSCA CONTROLARLA

El objeto central de este trabajo es el análisis desde una perspectiva de derechos humanos de una de las políticas migratorias<sup>1</sup> más extendidas a nivel mundial: la privación de libertad sin causas penales de personas migrantes que han ingresado, pretenden ingresar o permanecen en el territorio de un Estado sin la autorización de éste o al haber contravenido alguna disposición migratoria. Especialmente, a partir de lo que ocurre en los casos y sistemas normativos de España y México.

No obstante ello, la comprensión de esa política no puede darse de manera aislada del entorno en el cual está inmersa: la migración humana a través de las fronteras territoriales. Siendo relevante este aspecto porque permitirá entender de mejor forma cuál es el grupo específico de personas a las cuales se dirige esa política migratoria dentro del universo total de los movimientos migratorios humanos actuales. A la vez que permitirá comprender la complejidad que tiene el análisis de las migraciones humanas. Y más aún, porque el Derecho no se puede mantener ajeno a la realidad que pretende regular<sup>2</sup>.

En ese sentido, en este capítulo se desarrollará, por una parte, la perspectiva que se busca que quien lea este trabajo tenga presente durante todo el desarrollo del mismo respecto a la migración mundial (1.1), sus particulares características en España y México (1.2), así como a quién nos referimos cuando hablamos de *personas migrantes extranjeras* (1.3). Y, por otra parte, cual es la política migratoria (1.4) que será analizada en profundidad en el núcleo de este trabajo para conocer sus antecedentes históricos a nivel

---

<sup>1</sup> Utilizamos el concepto de política migratoria para referirnos a una amplia gama de políticas nacionales (leyes, programas, mecanismos, procedimientos, etc.).

<sup>2</sup> Cfr. Díaz, Elías, “Sociología jurídica y concepción normativa del Derecho”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 143, 1965, pp. 77-78.

mundial (A), en España y México (B), así como las principales características en los sistemas normativos de ambos países.

## **1.1 Panorama general de la migración en el mundo: algunos de sus mitos y realidades.**

La migración es una actividad humana que según la época de la historia que se analice, las variables políticas, sociales y económicas que se le impongan o el origen y fines de dichos análisis, se muestra como un proceso benéfico que suma al bienestar y desarrollo o como una de las fuentes de los peores fenómenos y conflictos sociales<sup>3</sup>. Pocas veces se muestra de manera equilibrada.

Lo anterior se debe en gran medida a que la migración humana desde muchos ámbitos ha sido estudiada, regulada e informada de manera parcial<sup>4</sup>, a partir de mitos<sup>5</sup> o prejuicios<sup>6</sup> y en muchos casos con un doble discurso, dando lugar a diversas situaciones que se muestran como problemáticas<sup>7</sup> y extraordinarias en la convivencia humana alrededor del mundo.

---

<sup>3</sup> Cfr. Cattle, Ted, *Interculturalism. The New Era of Cohesion and Diversity*, Palgrave MacMillan, United Kingdom, 2012, p. 55; De Haas, Hein, “Migration and Development: A Theoretical Perspective”, en *International Migration Review*, Vol. 44, Spring 2010, pp. 227–264; Checa, Francisco (Ed.), *Las migraciones a debate. De las teorías a las prácticas sociales*, Icaria, Barcelona, 2002.

<sup>4</sup> Cfr. Zapata-Barrero, Ricard, Van Dijk, Teun A. (Eds.), *Discurso sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, CIDOB, Barcelona, 2007, pp. 10-14; Arango, Joaquín, “La explicación teórica de las migraciones: luz y sombra”, en *Migración y Desarrollo*, No. 01, octubre 2001, p. 24.

<sup>5</sup> Cfr. Finney, Nissa, and Simpson, Ludi, *Sleepwalking to segregation? Challenging Myths About Race and Migration*, The Policy Press, University of Bristol, UK, 2009, pp. 47-160; Massey, Douglas S., “Five Myths About Immigration: Common Misconceptions Underlying US Border-Enforcement Policy”, en *Immigration Policy in Focus*, Immigration Policy Center, Vol. 4, No. 5, August 2005, pp. 1-10.

<sup>6</sup> Cfr. Martell, Luke, *The Sociology of Globalization*, Polity Press, Cambridge, 2010, pp. 120-134.

<sup>7</sup> Cfr. Solé, Carlota, y Cachón Lorenzo, “Globalización e inmigración: los debates actuales”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, No. 116,



Sin embargo, que las personas migremos dentro de un territorio o a través de las fronteras no es un hecho reciente<sup>8</sup>. Incluso, nada nuevo se aporta al señalar que la migración tiene su origen con la propia existencia de los seres humanos, como lo describía Darwin<sup>9</sup>, y como ha sido documentado muchas veces<sup>10</sup>. Pero tampoco está de más repetirlo, ya que tal parece que en ocasiones se piensa que migrar de un país a otro, de una región del mundo a otra o, incluso, dentro de un mismo país, es una actividad que los seres humanos empezamos a experimentar en el siglo XX del tiempo occidental y que vivimos en un tiempo de migraciones sin precedentes<sup>11</sup>.

Comprender la migración humana no es una labor sencilla, ya que aun cuando las razones que motivan a las personas a migrar en muchas ocasiones pueden llegar a ser similares; las rutas, destinos y orígenes no son siempre comunes e incluso las condiciones pocas veces son idénticas al iniciar el viaje<sup>12</sup>. Lo cual confirma que las generalizaciones, cuando está involucrada una conducta humana, muchas veces (si no que la mayoría) nos pueden llevar al error y

---

octubre-diciembre 2006, pp. 13-52; Colussi, Marcelo, “Migraciones: ¿un problema para el siglo XXI?”, en *Revista de Educación y Cultura. Docencia*. No. 14, agosto 2005, Lima, Perú, pp. 5-8.

<sup>8</sup> Cfr. De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta-Ilsa, Madrid, 2009, p. 360.

<sup>9</sup> Darwin Charles, *The Descent of Man*, Penguin Classics, England, 2004, pp. 67 y 162.

<sup>10</sup> Cfr. Livi Bacci, Massimo, *Breve historia de las migraciones*, Alianza editorial, Madrid, 2012, pp. 15-20; Simon Gildas, “Retrospectiva sobre el origen de los grandes éxodos”, en *Atlas de las migraciones. Las rutas de la humanidad*, Le Monde diplomatique en español-UNED, Valencia, 2010, pp. 14-15; Gamrasni, Mickaël, “La humanidad en marcha”, en *Atlas de las migraciones, op.cit.*, pp. 16-17; Piazza, Alberto, Luca Cavalli-Sforza, Luigi, y Menozzi, Paolo, *Storia e geografia dei geni umani*, Adelephi, Milán, 1997, pp. 124-128, entre otros.

<sup>11</sup> Cfr. De Haas, Hein, “International Migration, Remittances and Development: myths and facts”, en *Third World Quarterly*, Vol. 26, No. 8, December, 2005, pp. 1243-1245; Arango, Joaquín, “La explicación teórica de las migraciones: luz y sombra”, *op. cit.*, p. 1.

<sup>12</sup> Cfr. Sassen, Saskia, *Guests and Aliens*, New Press, New York, 1999, p. 25.

pocas veces nos dan respuestas comunes y constantes en el tiempo<sup>13</sup>.

Con lo cual, es imposible tratar de entender las primeras migraciones humanas documentadas<sup>14</sup> respecto a las cuales historiadores, arqueólogos y demógrafos relatan la salida de los primeros seres humanos de lo que hoy conocemos como el continente africano para poblar el mundo de igual forma que las que están ocurriendo justo en este momento del año 2015, del siglo XXI occidental. Lo común, si algo pueden tener es que en las de ayer y en las de hoy, lo que guía la conducta humana que motiva el moverse de un lugar a otro es vivir, vivir bien, sobrevivir. Cualquier cosa que signifiquen estas últimas palabras para quien lee estas líneas, pues así, como significados diversos tendrán a cada lectura esas tres palabras, múltiples son los motivos que dan origen a la migración humana.

El recorrido histórico de la migración desde la prehistoria, pasando por las primeras migraciones planificadas por las incipientes organizaciones políticas o posteriormente por los Estados-nación y las primeras aventuras transoceánicas, el cambio de sentido de las migraciones y fines diversos de la movilidad a lo largo de los años, nos dan muestra de lo erróneo que puede ser simplificar la migración humana en cifras, a las personas migrantes como mano de obra o variables para medir el desarrollo. “Todo país es único, y cada migración es el resultado de circunstancias específicas de tiempo y lugar”<sup>15</sup>. Con lo cual, también es erróneo mantener los prejuicios de determinados momentos históricos en un mundo en el que, por esa misma reducción de las distancias y ampliación de las comunicaciones, podemos conocer e interactuar con quien nos parece diferente, con la persona extranjera.

---

<sup>13</sup> Cfr. Giddens, Anthony, *Central Problems in Social Theory. Action, Structure and Contradiction in Social Analysis*, University of California Press, 1979, pp. 242-245.

<sup>14</sup> Véase Manning, Patrick, *Migration in World History*, Routledge, New York, 2013; Díez Martín, Fernando, *El largo viaje: arqueología de los orígenes humanos y de las primeras migraciones*, Ballestra, Barcelona, 2005.

<sup>15</sup> Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2001, p. 87.

Razones para no pretender asimilar las primeras migraciones humanas con las ocurridas en los siglos XII, XVI, XIX o XXI hay muchas. Dos muy simples ayudan a explicarlo: 1) los medios y, por tanto, el tiempo que se debe emplear para hacerlo. Aunque las distancias pueden ser las mismas, por ejemplo, entre América y Europa, ya nada es igual, caminar pocas veces es la primera opción para hacer el viaje e incluso el barco no lo es muchas veces en distancias largas. Aunque ambas opciones sin duda se presentan aún como primera opción para algunas personas en muchas regiones del mundo<sup>16</sup>; 2) el espacio a habitar. Antes éramos unos cuantos millones<sup>17</sup>, después unos cuantos miles de cientos de millones, hoy somos varios miles de miles de millones de seres humanos habitando lo que llamamos planeta Tierra<sup>18</sup>.

Pero pese a que el número de seres humanos crece<sup>19</sup>, el promedio migratorio se mantiene. Hay análisis que afirman que el porcentaje de migrantes internacionales se ha mantenido estable (3%) en los últimos 50 años<sup>20</sup>. Y más aún, contrario a lo que muchas veces se cree, las migraciones internas<sup>21</sup>, dentro de las mismas fronteras,

---

<sup>16</sup> Ejemplo vigente de esta situación se ha podido constatar en la segunda mitad del año 2015 con el recorrido que miles o al menos cientos de personas que, principal pero no exclusivamente, huían de la guerra y conflictos en Siria, Afganistán e Eritrea con destino a Alemania y otros países del norte de Europa y que, para ello, caminaron grandes distancias a través de Grecia, Serbia o Hungría. Pero también se observa muchas veces en las personas que cruzan México con destino a Estados Unidos. Véase: Samman, Magdy, "Walking with migrants: my 15-day journey from Piraeus to Munich", *The Telegraph*, World, Europe, 16 October 2015, disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/11891467/Walking-with-migrants-the-diary-of-a-journey-from-Greece-to-Berlin.html>

<sup>17</sup> Varios estudios coinciden en afirmar que en el año 8000 a.C. existían 8.000.000 de personas.

<sup>18</sup> En el 2015 las cifras indican que somos entre 7.324.782.000 y 7.366.320.900.

<sup>19</sup> Un análisis en relación al crecimiento de población en sus aspectos históricos véase en: Weeks, John R, *Sociología de la población*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1984, pp. 77-101.

<sup>20</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2009. Superando barreras: movilidad y desarrollo humano*, Nueva York, 2009, p. 2.

<sup>21</sup> Por los fines de la investigación, en ésta sólo nos ocuparemos de la migración que cruza fronteras, esto es, de la internacional.

representan casi cuatro veces más la cantidad de aquellas personas que se desplazaron a otro país (740 millones con información a 2009)<sup>22</sup>.

Pero también parece difícil poder entender la migración humana si sólo vemos el ahora de manera aislada. Para intentar comprenderla debemos tener presente que los primeros movimientos fueron libres, y si se quiere, espontáneos y con grandes espacios que ocupar o a los cuales ir. Después fueron más organizados, alguno con fines determinados y no precisamente a lugares inhabitados por otros seres humanos<sup>23</sup>.

Más adelante, con la invención de la soberanía y las reglas de pertenencia vinculadas al Estado-nación, que dan lugar a las fronteras, a la nacionalidad y a la ciudadanía, el migrar ya no será lo mismo. A partir de esto último, el libre movimiento de las personas es expropiado a los individuos, dando como resultado la mutilación de la libertad de circulación de las personas a través de ciertos espacios y la creación del monopolio de autoridad por parte de los Estados para autorizar el movimiento de personas<sup>24</sup>.

Monopolio que llevó desde finales del siglo XIX a muchos países a instaurar restricciones al ingreso de las personas a sus territorios, las cuales pese a que suelen observarse y criticarse generalmente en los países considerados desarrollados, también se encuentran en muchos países en desarrollo<sup>25</sup>. Restricciones a la movilidad que han ido en aumento y radicalización como una forma equivocada de

---

<sup>22</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2009*, op. cit., pp. 2 y 23.

<sup>23</sup> Cfr. Lacomba, Josep, *Historia de las migraciones internacionales. Historia, geografía, análisis e interpretación*, Catarata, 2008, pp. 9-20.

<sup>24</sup> Cfr. Torpey, John, *The Invention of the Passport. Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 4-8.

<sup>25</sup> Cfr. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2009*, op.cit., pp. 34 y 39.

mostrar el poder soberano de los Estados<sup>26</sup>, al ser uno de los últimos bastiones de dicho poder en un mundo globalizado<sup>27</sup>.

Pero además de ello, la migración está vinculada con la convivencia humana. Convivencia que nunca ha sido sencilla, ni siquiera cuando se tiene rasgos o secuencias similares en el ADN o vínculo sanguíneo directo<sup>28</sup>. Pero menos lo es cuando ésta está cargada de prejuicios, fundados o no. Cuando los estereotipos y la discriminación racial se hacen presentes para determinar quién puede ser bienvenido y quien no<sup>29</sup>.

Si tomamos en cuenta que incluso en las primeras migraciones a lugares previamente habitados en los que no había fronteras y sobraba territorio la recepción no era sencilla, el establecimiento en los colectivos humanos de las ideas de propiedad y pertenencia, hicieron que a partir de ese momento las migraciones sean fácilmente vinculadas con lo extraño, lo diferente, la invasión y el abuso, generando reacciones etnocéntricas de la población nativa frente a todo lo extraño: el odio y la violencia contra los extranjeros<sup>30</sup>. Todo lo cual, será una de las fuentes del origen de algunas guerras, por lo que ya no sólo se tratará de extraños, sino también de enemigos.

Si la historia transmitida nos parece insuficiente o parcial, la experiencia directa también es una forma para intentar entender la

---

<sup>26</sup> Cfr. Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, *Informe a la Asamblea General de Naciones Unidas 2013 (A/68/283 de 7 de agosto de 2013)*, Sexagésimo octavo periodo de sesiones, párr. 89.

<sup>27</sup> Cfr. Castilla, Karlos, “Igualdad y ciudadanía en un contexto de migración mundial ¿Son conceptos compatibles desde una perspectiva de derechos humanos?”, *Informe 2013 L'Estat del Racisme a Catalunya*, S.O.S. Racisme, Barcelona, 2013, p. 90.

<sup>28</sup> Si no fuera así, no existiría, por ejemplo, legislación civil e incluso penal que tiene como fin dirimir conflictos entre integrantes de una misma familia o que sancionan con agravantes conductas delictivas cometidas dentro de éstas.

<sup>29</sup> Cfr. Kymlicka, Will, “The new debate on minority rights (and postscript)”, en Simon, Anthony and Owen, David (Eds.), *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2007, pp. 54-59.

<sup>30</sup> Cfr. Habermas Jürgen, *La constelación posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 98.

migración<sup>31</sup>. En ese sentido, hay experiencias que relatan felicidad y el alcanzar el sueño de una vida mejor<sup>32</sup>, cualquier cosa que ello signifique. Pero también las hay en las que se lamenta o expresa la parte difícil de haber iniciado el viaje y las consecuencias de éste<sup>33</sup>. “Puesto que las circunstancias de las migraciones son innumerables, mencionar ejemplos sería un ejercicio estéril”<sup>34</sup>.

La representación indirecta de la migración también puede ser una herramienta útil como lo demuestra la geopolítica e incluso los atlas. Sin embargo, cartografiar el movimiento, las evoluciones y su dimensión transicional plantea problemas particulares de representación y fuentes. A menudo, de las fuentes disponibles no se han obtenido más que imágenes que abordan el tema de la mejor manera posible sin realmente llegar a representarlo<sup>35</sup>. La realidad de la circulación, rutas, redes, medios y la extrema diversidad de los actores implicados en la migración humana todavía escapan a cualquier representación<sup>36</sup>.

Ante todo lo previamente señalado, tal parece que la manera más ágil —aunque no necesariamente certera— que tenemos hoy (año 2015) para conocer la migración humana es a partir de las cifras

---

<sup>31</sup> Véase: Amrhein, Sandra; Danielson, Laura; Yale-Loehr, Stephen; Lindquist, Ariana, *Green Card Stories*, Umbrage, New York, 2011; Harding, Jeremy, *Reservado el derecho de admisión. La emigración ilegal a las puertas del s. XXI*, Edhasa, Barcelona, 2001.

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo: *51 peruanas en España. Testimonios de éxito*, Trama-Fundación para la Promoción del Perú en España-Casa América, Madrid, 2014.

<sup>33</sup> Véase: Martínez, Oscar, *Los migrantes que no importan. En el camino con los centroamericanos indocumentados en México*, Icaria, Barcelona, 2010; Ndoye, El Hadji Amadou, “La emigración, un dolor de cuerpo y cabeza”, en García Sala, Carla y Castellanos Flores, Nicolás, *Mi nombre es nadie. El viaje más antiguo del mundo*, Icaria, Barcelona, 2008, pp. 33-37; Criado, María Jesús, *La línea quebrada. Historias de vida de migrantes*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001.

<sup>34</sup> Livi Bacci, Massimo, *op. cit.*, p. 39.

<sup>35</sup> Cfr. Brenner, Neil, “The limits to scale? Methodological reflections on scalar structuration”, en *Progress in Human Geography*, Vol. 25, December 2001, Manchester, pp. 591–614.

<sup>36</sup> Cfr. Durand, Marie-Françoise y Benôit, Patrice Mitrano, “El difícil intento de representar las migraciones”, en *Atlas de las migraciones, op.cit.*, pp. 10-11.

contenidas en múltiples informes. Cifras de quien va, de quien viene, de quien se queda, de quien regresa, de quien tiene que irse, de quien debe irse, de quien sólo pasa, de quien va y viene, de quién no llegó, de quien ya es de allá pero también de aquí, de quien fue regresado, de quien ya nunca más lo podrá volver a intentar. Aunque seguimos sin saber con precisión, o al menos eso se nos dice, de quien hace todo lo anterior sin el permiso del Estado al que entra.

También conocemos las rutas, los destinos y los medios utilizados cuando se hace con el permiso del Estado receptor. Muchos indicios hay también de rutas, destinos y medios cuando se hace sin dicho permiso<sup>37</sup>, aunque dichos indicios comienzan a adquirir un poco de certeza en los casos que ocurren en el Mediterráneo<sup>38</sup>.

El problema de las cifras es que no siempre se cuenta igual y no todos los Estados, no todas las regiones, no todas las organizaciones multinacionales u organizaciones internacionales, como más adelante se demostrará, tienen cifras homologadas, no todas cuentan lo mismo. Además de que, suele contarse principalmente en los países que se considera que son los principales destinos, a pesar de que no son los únicos y de que cada día hay más<sup>39</sup>.

Muchas cifras son la suma de lo que se recoge de esas diferentes fuentes, pese a que no siempre coinciden las metodologías en que se basan unas y otras. Incluso, aun cuando muchas informaciones se sustentan en censos de población, la utilidad analítica de ello depende de las definiciones usadas para identificar a las personas migrantes o de la manera en la que se recoge la información, pues

---

<sup>37</sup> Cfr. Ghosh, Bimal, *Huddled Masses and Uncertain Shores: Insights Into Irregular Migration*, IOM- Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1998, pp. 65-68.

<sup>38</sup> Véase: International Organization for Migration, *Migration Trends across the Mediterranean: Connecting the Dots*, June 2015, disponible en: [http://www.alticonsulting.com/docs/migration/Altai Migration trends accross the Mediterranean.pdf](http://www.alticonsulting.com/docs/migration/Altai_Migration_trends_accross_the_Mediterranean.pdf) (consultado el 30 julio de 2015).

<sup>39</sup> Cfr. Bilsborrow, Richard E., “Temas metodológicos claves en el estudio de la migración en países en desarrollo: teoría, recolección de datos y políticas”, en Pinto da Cunha, José Marcos (Ed.), *Mobilidade espacial da população. Desafios teóricos e metodológicos para o seu estudo*, Unicamp, 2011, pp. 22-23.

hay mucha diferencia, por ejemplo, entre entradas y salidas de extranjeros en un país y quienes residen en éste en un año, por lo que los resultados pueden llevar a caminos distintos<sup>40</sup>. Todo lo cual, tampoco lleva necesariamente a certezas<sup>41</sup>.

Uno de los ejemplos más claros del desorden existente para analizar la migración nos lo muestra el hecho de que dentro de las Naciones Unidas no existe ninguna organización dedicada a la migración, ni tampoco un marco institucional coherente que rijan la migración<sup>42</sup>. Lo que existe, en el mejor de los casos son esfuerzos regionales, nacionales o fuera del ámbito de la mayor organización mundial de Estados. Aunque en realidad, la mayor parte de esfuerzos se dan de manera aislada a nivel nacional con un poco de cooperación internacional si se tiene suerte o un interés específico. Olvidando que [n]ingún Estado puede, por sí solo, ni siquiera en conjunto con otros Estados mediante la cooperación bilateral o regional, debatir la migración de forma exhaustiva<sup>43</sup>.

Pero además, las cifras deben ser correctamente interpretadas, pues ellas representan algo más que números, por lo que con todo lo antes dicho, lo más a lo que aspiramos actualmente es a aproximaciones de la migración humana en el mundo del siglo XXI. Pero en todo caso, las cifras deben ser correctamente contextualizadas, ya que como números que son, estos pueden ser utilizados en los sentidos que antes hemos señalado: para mostrar la migración como un hecho bueno o como un hecho malo.

---

<sup>40</sup> Cfr. Bilsborrow, Richard E. (et. al), *International migrations statistics: guidelines for improving data collection systems*, International Labor Office, Geneva, 1997, p. 23; Massey Douglas S., “Social structure household strategies, and the cumulative causation of migration”, en *Population Index*, Princeton, Vol. 56, No. 1, Spring 1990, pp. 3-26; Wood, Charles, “Equilibrium and historical-structural perspectives on migration” en *International Migration Review*, Vol. 16, No. 2, 1982, pp. 298-319.

<sup>41</sup> Esto quedará demostrado más adelante con algunas de las cifras que ofrecemos respecto a España y México, especialmente en éste último país en donde la información que proporciona el Instituto Nacional de Migración (INM), no se corresponde con la que proporciona la Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación.

<sup>42</sup> Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, *Informe a la Asamblea General de Naciones Unidas 2013*, op.cit., párr. 36.

<sup>43</sup> *Ibidem*, párr. 89.



Así, por ejemplo, en México o España genera alarma el hecho de que se informe en los medios de comunicación que 150 o 300 personas migrantes *sine permissum*, centroamericanas o subsaharianas, respectivamente, hayan ingresado o intentado entrar en un solo día a esos países. Lo cual, acompañado de palabras como *ola, masa e ilegal*, difícilmente generaran una reacción positiva ante la migración. Pero a la vez, no se dice que, por ejemplo, en un solo vuelo internacional ese puede ser el número mínimo promedio de personas que viajan<sup>44</sup>, y aunque no todas son extranjeras, ni todas lleguen con la intención de quedarse<sup>45</sup>, si se suma el total de vuelos internacionales que llegan en un solo día a cada uno de ambos países, la cantidad al inicio referida podría resultar incluso insignificante<sup>46</sup>.

Normalmente, los informes relativos a la llegada en un solo día de dos o tres vuelos transoceánicos con más de 400 personas extranjeras suelen acompañarse de palabras como *turismo, ingresos y desarrollo*. Convirtiendo a esa movilidad en algo positivo que se debe estimular y buscar que incremente.

En el ejemplo, ambas son formas de migrar<sup>47</sup>. Ambas pueden ser temporales, de mero tránsito o de permanencia prolongada. Ambas

---

<sup>44</sup> De los aviones comerciales más comunes el Boeing 737-700 tiene una capacidad para 132 pasajeros. El Airbus A330-300 de 292 pasajeros, el Boeing 777-300 de 425 pasajeros, mientras que el Boeing 747-400 tiene una capacidad máxima de 408 pasajeros.

<sup>45</sup> En ninguno de los estudios e informes consultados para este trabajo se encontró referencia alguna respecto al número de personas que ingresan con permiso del Estado por un punto fronterizo autorizado y se quedan por más tiempo, pese a que el permiso de entrada pudiese haber sido por tiempo determinado.

<sup>46</sup> Un ejemplo claro de esto es lo que informa la European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex): El mayor número de entradas individuales de migrantes a la Unión Europea es a través de los aeropuertos internacionales. La mayoría de los que residen actualmente en la UE ilegalmente, originalmente entró en posesión de documentos de viaje válidos y una visa cuyo período de validez se ha sobrepasado. Información disponible en: Migratory Routes Map <http://frontex.europa.eu/trends-and-routes/migratory-routes-map/> (consultado el 15 de julio de 2015).

<sup>47</sup> Jurídicamente esta afirmación es irrefutable, al menos, en los casos de España y México, aunque también se podría hacer extensiva a prácticamente todos los

tienen aspectos positivos y negativos, para las personas y para los países. Ambas son sólo dos de las muchas formas en que se da el movimiento migratorio humano, pero son claro ejemplo de los extremos en los que las cifras pueden ser utilizadas para justificar una u otra política pública. Para criminalizar-victimizar o idealizar-exaltar el movimiento de personas a través de las fronteras.

El problema, en realidad, es que suele mostrarse sólo uno de ambos lados. Pocas veces se da muestra de los dos y sus puntos intermedios al mismo tiempo para tener al menos indicios o una referencia lo más completa posible de lo positivo y negativo. Con lo cual, tal parece que sólo queda sumarse a una de ambas posturas ante lo difuso de la información y las cargas históricas que difícilmente dejaran de acompañar a la migración.

Ante eso, lo importante es ser capaces de mostrar una imagen equilibrada de la migración, o mejor aún, en no quedarse con sólo una parte de las visiones si lo que se pretende es encontrar soluciones. “[E]l escrutinio escrupuloso y crítico de las fuentes de opinión es un requisito básico para un examen informado e imparcial de las cuestiones migratorias en los planos local, nacional e internacional”<sup>48</sup>. Más, si a partir de ellas se pretenden analizar políticas públicas o elaborar leyes que las regulen.

Y si todo eso no fuera suficiente, las cifras y la información relativa a la migración, pocas veces es actualizada. Lo común es trabajar con los datos que corresponden a uno o a al menos dos años previos al momento que se pretenda estudiar. Por ejemplo, es públicamente

---

países del mundo. Eso, a pesar de que normalmente a las estancias temporales y de turismo se les niega su naturaleza migratoria, pero si eso fuese a si, de no ser una especie de migración ¿por qué se les regula en la misma ley que regula los demás tipos de migración? ¿Por qué no se les regula en una ley diferente? ¿Por qué se les considera una condición o estatus migratorio? En España de manera concreta se corrobora ello con el contenido de los artículos 7 y 8 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. En México con el contenido de los artículos 61 y 103 del Reglamento de la Ley de Migración.

<sup>48</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2011. Comunicar eficazmente sobre la migración*, Ginebra, 2011, p. 6.

aceptado por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) que en América Latina hay una insuficiente disponibilidad de datos al faltar información adecuada, oportuna y relevante<sup>49</sup>.

Así, lo común es ir un paso o dos atrás de quienes iniciaron el viaje en la dirección que sea, distancia más que suficiente para perderles de vista. Pero eso sí, cuando nos pregunten por esas personas la respuesta puede ser falaz, siempre y cuando sea llamativa y con cifras en la mano, aunque estas no sean recientes<sup>50</sup>.

Desde hace al menos siete años (2008), el 18 de diciembre de cada año, en el marco de la conmemoración del “Día internacional del migrante”<sup>51</sup> es común leer o escuchar que en la actualidad el total de personas migrantes equivale al 3,1% - 3,5% de la población mundial. Añadiendo de inmediato a ese dato que con esa cantidad de personas se podría integrar el quinto país más poblado del mundo. ¿Eso es positivo o negativo? Todo dependerá del adjetivo con que sea acompañado el dato.

Pero en todo caso, lo primero que se podría decir respecto a esa cifra es que ésta corresponde a lo que de manera general suele calificarse como migración *buena*, pues es la que está registrada y, por tanto, la que se ha hecho con permiso del Estado receptor. En ese sentido, en realidad no es el total de personas migrantes en el mundo, sino sólo aquellas respecto a las cuales se tiene algún tipo de registro.

---

<sup>49</sup> Cfr. *Migración Internacional en las Américas*. Primer informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI), OEA-OCDE-CEPAL, Washington, D.C., 2011, p. 59.

<sup>50</sup> Nosotros mismos (*supra* nota 20) hacemos uso de información correspondiente al año 2009, por ser esa la última confirmada en el rubro que allí se cita al concluirse esta investigación (noviembre 2015). En muchos trabajos de este tipo es común esa situación, por la lentitud con la que se actualizan las cifras y la poca confiabilidad que muchas veces tienen algunos informes y estudios por carecer de metodología de recolección de datos.

<sup>51</sup> El 4 de diciembre del año 2000 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, proclamó el Día Internacional del Migrante por medio de la Resolución 55/93.

¿Cuánto incrementaría el número si se tuvieran datos respecto a las personas migrantes sin permiso? Eso sería interesante saberlo, pues cuando se habla de las masas, olas y flujos de migrantes sin permiso, en realidad no se tienen cifras, pero suele asociarse con la cantidad antes mencionada, cuando ninguna relación tiene, más que la de tratarse de personas migrando.

Estimaciones que dejan muchas dudas por las variables y fórmulas que utilizan, han señalado, por ejemplo, que en Estados Unidos para 2008 las personas migrantes *sine permissum* representaban el 4% de la población o 30% del total de migrantes<sup>52</sup>. En tanto que en la Unión Europea para 2008 los migrantes *sine permissum* representaban el amplio margen que hay entre el 7% y el 13% del total de migrantes, o alrededor del 0.39%-0.77% de la población de la Unión Europea<sup>53</sup>. Cifras que se pueden comparar o contrastar con los 50 millones de personas que en 2009 vivían o trabajaban en un país del cual no eran nacionales sin contar con el permiso para estar en dicho país de acuerdo con la Comisión Internacional de Juristas<sup>54</sup>.

Pero también con las cifras de “cruces de frontera irregulares detectados en el mediterráneo central” que ha recopilado la agencia Frontex y retomado en sus informes la Organización Internacional para las Migraciones que indican<sup>55</sup>, por ejemplo, que en el año 2010 se dieron 4.500; para el año 2011 un total de 64.300; en 2013 el número se redujo a 45.295; para subir en el 2014 a la cifra de

---

<sup>52</sup> Véase: Passel, Jeffrey S., and Cohn, D’Vera, *Trends in Unauthorized Immigration: Undocumented Inflow Now Trails Legal Inflow*, Pew Hispanic Center, October 2008, Washington, D.C., disponible en: <http://pewhispanic.org/files/reports/94.pdf>

<sup>53</sup> Véase: *Clandestino Project. Final Report. Undocumented Migration: Counting the Uncountable. Data and Trends Across Europe*, European Commission-Citizens and Governance in a Knowledge-based society-Hellenic Foundation for European and Foreign Policy (ELIAMEP), November 2009, disponible en: <http://cordis.europa.eu/documents/documentlibrary/126625701EN6.pdf>

<sup>54</sup> Véase: International Commission of Jurist, Migration and International Human Rights Law: Practitioners Guide No. 6, Geneva, 2014; quien cita a UNDP, Human Development Report 2009—Overcoming barriers: *Human Mobility and Development*, 2009, p. 2.

<sup>55</sup> International Organization for Migration, *Migration Trends across the Mediterranean: Connecting the Dots*, *op. cit.*, p. 57.

170.664 y en los primeros cinco meses del año 2015 el número de personas que había hecho ese cruce de acuerdo con esas estimaciones fue de 115.000. Destacando que en esas cifras se incluye en el total también a las personas que han muerto, con lo que el número total de personas que efectivamente llegan reduce por ese dato su certeza, además de que no se precisa cuántas de esas personas efectivamente logran cruzar la frontera y permanecer.

Todo lo anterior, en donde se han hecho esfuerzos por tener certeza, ya que, por ejemplo, en el caso de la migración de centro a norte América esas cifras son en la práctica inciertas y muy difíciles de corroborar. Un dato no actualizado al que pudimos acceder<sup>56</sup>, mismo que se continúa replicando en muchos informes de organizaciones civiles, organismos internacionales<sup>57</sup> y la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México<sup>58</sup>, indica que aproximadamente 400.000 personas no nacionales de México atraviesan anualmente sin autorización el país de sur a norte. Sin embargo, el Instituto Nacional de Migración señala que esa cifra era de 140.000 personas<sup>59</sup>. Con lo que, nuevamente, el número total real no es claro y las diferencias no son menores.

Más aún, que se diga que ese supuesto total de personas migrantes equivale al quinto país más poblado del mundo, cuando el más poblado que es China tenía a diciembre del año 2013, un total de 1.360.720.000 habitantes<sup>60</sup>, esto es, cinco veces más que el número de migrantes registrados en el mundo, sin duda hace ver de

---

<sup>56</sup> Cfr. Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes derivado de su visita a México (9-15 de marzo de 2008), del 24 de marzo de 2009, A/HRC/11/7/Add.2, párr. 22.

<sup>57</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 48/13, 30 de diciembre 2013, p. 31, párr. 62.

<sup>58</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe Especial sobre Secuestro de Migrantes en México*, México, D.F., 2011, p. 17.

<sup>59</sup> INM, Apuntes sobre Migración: Migración Centroamericana de Tránsito Irregular por México. Estimaciones y Características Generales. México, julio de 2011, p. 2.

<sup>60</sup> National Bureau of Statistics of China, *China Statistical Yearbook 2014*, China Statistics Press, Beijing, 2014, disponible en: <http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2014/indexeh.htm>

diferente forma la cantidad de migrantes y demuestra que las cifras aisladas no siempre dan información que resulta de utilidad para dimensionar la magnitud de algo.

Pero si de cifras se trata, el hecho de que la cantidad de personas migrantes en el mundo sea de aproximadamente 232 millones, según las cifras con las que se contaba al inicio del año 2015, que corresponden al periodo 2012-2013, mientras que la red social llamada *Facebook*, según información difundida en ese mismo año, tenía 900 millones de usuarios activos<sup>61</sup>, con lo que equivaldría a tener el tercer país más poblado del mundo, posición que ya ocupaba con datos que se tenían a 2010<sup>62</sup>, y ello sin contar a China en donde está prohibida su utilización, ¿no debía llamar nuestra atención para dimensionar de mejor forma lo que está ocurriendo en nuestro planeta? Este dato parece mostrar que los aproximados de migración sin permiso en el mundo podrían ser en realidad insignificantes o, al menos, no para generar pánico de inseguridad y más debía preocuparnos la cantidad de información relacionada con la vida privada de las personas que está a disposición de alguien.

De igual forma, el que la información con la que se cuenta nos diga que de los 214 millones de personas migrantes en 2008, se haya pasado a 232 millones en 2012<sup>63</sup>, es un incremento que puede ser calificado de diversas formas al ser del 8% en sólo cinco años. Si esa cifra, es acompañada con la relativa a que la población en el mundo creció en ese mismo periodo de tiempo 5%, pasando de ser 6.7 billones a 7.1 billones, las conclusiones pueden variar.

Si a esa información añadimos una variante más que deriva de las investigaciones de la Organización Internacional del Trabajo que

---

<sup>61</sup> *El Periódico*, “Facebook sería el tercer país más poblado del mundo si fuera un Estado”, Sociedad, martes 15 de mayo de 2012, disponible en: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/sociedad/facebook-seria-tercer-pais-mas-poblado-del-mundo-fuera-estado-1786982>

<sup>62</sup> The Economist, “Facebook has become the third-largest nation”, Jul 22nd 2010, disponible en: <http://www.economist.com/node/16660401>

<sup>63</sup> En un libro publicado en septiembre de 2014 (*infra* nota 71) con el aval de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) se hace mención de esta misma cifra de personas migrantes. Lo que demuestra que en el año 2012 se hizo el último recuento que se utiliza para estimar el total.

indican que alrededor del 90% de la migración internacional corresponde a migrantes económicamente activos y los miembros de sus familias, y que sólo un 7 u 8% se trataría de refugiados y solicitantes de asilo<sup>64</sup> ¿qué opinión merece el número total? ¿Es positivo o es negativo que la cifra ascienda a esa cantidad de personas? La conclusión no es sencilla y siempre dependerá de los fines que se pretendan alcanzar con la mención de ésta.

Si lo anterior se analiza también de manera histórica<sup>65</sup>, es lógico encontrar aumentos casi paralelos en la relación incremento de la población mundial – incremento de la migración en el mundo. Lo que hace pensar muchas veces que, en realidad, si existe un problema es que en esa relación lo único que no crece es el diámetro de la Tierra, por lo que las zonas inhabitables que se hacen habitables por el incremento de la población, son las que en muchos casos hoy están dando origen a lo que se ha dado en llamar como las nuevas migraciones, aquéllas que están vinculadas con los desastres naturales<sup>66</sup>.

Hoy ya no sólo se huye de la guerra, sino también de la falta de agua, de las inundaciones, de la desertificación progresiva y de otros fenómenos naturales que hoy encuentran pueblos donde ayer simplemente ocurrían. Pero, ante la falta de espacios que ocupar y

---

<sup>64</sup> Cfr. Rubio-Marín, Ruth, *Human Rights and Immigration*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, p. 1.

<sup>65</sup> Cfr. Livi Bacci, Massimo, *op. cit.*, y *Atlas de las migraciones. Las rutas de la humanidad*, *op. cit.*

<sup>66</sup> Cfr. Solà Pardell, Oriol, “Desplazados medioambientales. Una nueva realidad”, en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Núm. 66, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe Universidad de Deusto, Bilbao, 2012; *Informe Mundial sobre Desastres 2012. Migración forzada*, Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, disponible en: [http://www.cruzroja.cl/publicaciones/descarga/WDR2012\\_Summary\\_SP\\_1.pdf](http://www.cruzroja.cl/publicaciones/descarga/WDR2012_Summary_SP_1.pdf) ; Drabo, Alassane and Mously Mbaye, Linguère, *Climate Change, Natural Disasters and Migration: An Empirical Analysis in Developing Countries*, Discussion Paper No. 5927, Institute for the Study of Labor (IZA), Bonn, 2011; Chun-Wing, Tse, *Do Natural Disasters Really Lead to More Migration? Evidence from Indonesia*, (August 8, 2011), disponible en: [http://www.econ.yale.edu/conference/neudc11/papers/paper\\_202.pdf](http://www.econ.yale.edu/conference/neudc11/papers/paper_202.pdf) ; *Migration, Development and Environment*, International Organization for Migration, Geneva, 2008; entre otros.

las crecientes necesidades que satisfacer, lo más sencillo será siempre responsabilizar de lo malo que pasa a quien es *diferente*<sup>67</sup>, más en época de crisis pese a que los comportamientos humanos son en realidad muy similares en todas las latitudes del planeta, independientes de la nacionalidad o frontera que rodean.

La información disponible sobre la migración humana y los novedosos intentos para recolectarla y difundirla, independientemente de su fuente, deben ser tomados con cautela y no de manera aislada si se quiere hacer afirmaciones o negaciones bien sustentadas. Si se quiere dar un panorama responsable de la situación de la migración en el mundo. No hacerlo así, sólo suma a la especulación y mitología que lamentablemente rodea a la migración humana y los temas vinculados a ésta<sup>68</sup>.

El reto de lo antes señalado no es menor, pues mientras que en lo que respecta a las naves negreras —que transportaron más de 10 millones de esclavos de las costas africanas a las de América— disponemos tanto en los puertos de partida como en los de llegada, de registros muy precisos acerca de los esclavos que en ellos embarcaron y desembarcaron<sup>69</sup>, no ocurre lo mismo con las personas que intentan atravesar en toda la extensión del Mediterráneo o del Río Bravo y Río Suchiate. De modo que, mientras se puede conocer que en esos largos viajes transoceánicos de la historia de la migración hubo un 2% de pérdidas de vidas humanas, ese mismo 2% de pérdidas es una estimación que por defecto y a la ligera podríamos afirmar que hoy existe en esa trágica realidad cuyas verdaderas dimensiones se ignoran<sup>70</sup>.

Lo anterior se corrobora, por ejemplo, con el informe *Viajes fatales: seguimiento a las vidas perdidas durante la migración*<sup>71</sup>, publicado

---

<sup>67</sup> Cfr. Habermas Jürgen, *La constelación posnacional*, op. cit., p. 98.

<sup>68</sup> Véase *supra* nota 5.

<sup>69</sup> Cfr. Curtin, Philip D., *The Atlantic Slave Trade. A Census*. The University of Wisconsin Press, Madison, 1969, p. 279; y Thomas, Hugh, *The Slave Trade. The Story of the Atlantic Slave Trade 1440-1870*, Touchstone, New York, 1999, pp. 291-448.

<sup>70</sup> Cfr. Livi Bacci, Massimo, op. cit., pp. 136-137.

<sup>71</sup> Cfr. Brian, Tara and Laczko, Frank, *Fatal Journeys: Tracking Lives Lost During Migration*, International Organization for Migration, Geneva, 2014.



en septiembre de 2014 por la Organización Internacional para las Migraciones que indica que desde el año 2000 y hasta esa fecha habían muerto 40,000 personas migrantes en viajes terrestres y marítimos. De ese total, poco más del 10% (4,077) ocurrieron entre enero y septiembre de 2014, siendo el Mar Mediterráneo con 3,072 muertes el lugar más peligroso<sup>72</sup>, seguido por el Este de África con 251 y la frontera de México con Estados Unidos con 230 muertes. Pero esas cifras, como lo advierte el propio informe, sólo recogen las muertes que han sido reportadas, por lo que invitan a que ello se considere como un mínimo.

El reto es no dar por ciertas a la ligera estimaciones o análisis que con una sólo variable o que comparando lo que por sus características no se puede comparar, buscan definir políticas públicas o la gobernanza de la migración. De entender que aun cuando si bien es cierto que parte importante de los movimientos migratorios giran en torno al trabajo y al mercado de trabajo<sup>73</sup>, pues gran parte de quienes migran sin permiso buscan trabajo, y otra gran mayoría de quienes han obtenido permiso de entrada y permanencia es porque van a iniciar o buscar un empleo y posteriormente las familias de toda estas personas se vinculan con estrecha relación a esos mismos mercados laborales, ni dicho factor laboral o económico, como tampoco el de desarrollo pueden ir aislados de otros análisis, ni ser el único objetivo o centro de políticas públicas nacionales, regionales o globales.

Como tampoco en éste ámbito puede ser pasado por alto lo que ha dado por llamarse la *feminización de la migración* al ser las mujeres quienes están tomando cada vez más un rol en el liderazgo en la migración, al ser quienes la inician para posteriormente unirse sus familias<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> El 18 de abril de 2015 murieron alrededor de 800 personas en el Mar Mediterráneo al hundirse la embarcación en la que viajaban. Véase: Bonomolo, Alessandra and Kirchgaessner, Stephanie, “UN says 800 migrants dead in boat disaster as Italy launches rescue of two more vessels”, *The Guardian*, Europe, Monday 20 April 2015, disponible en: <http://www.theguardian.com/world/2015/apr/20/italy-pm-matteo-renzi-migrant-shipwreck-crisis-srebrenica-massacre>

<sup>73</sup> *Cfr.* Livi Bacci, Massimo, *op. cit.*, p. 126.

<sup>74</sup> *Cfr.* Organización de Estados Americanos-Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Migración internacional en las Américas*. Tercer

Es necesario romper mitos respecto a que la migración sólo se da de países pobres o con escaso desarrollo a los países ricos, pues si históricamente ha sido así si vemos, por ejemplo, las migraciones de los siglos XVI o XVII de Europa a América, los datos del siglo XXI<sup>75</sup> nos indican que sólo una minoría (40%) de migrantes se desplaza de países menos a más desarrollados económicamente.

En tanto que por lo menos una tercera parte de los migrantes se traslada entre países con similar poco desarrollo económico, y más de una quinta parte de las personas migrantes (22%) se desplaza entre países con similar alto desarrollo económico. Pero, aunque muchas veces se niegue, al menos un pequeño pero creciente porcentaje de migrantes (5%) sale de un país desarrollado económicamente para dirigirse a uno con menor desarrollo económico. Y si bien, estas cifras, para ser congruentes, deben ser analizadas en su justa dimensión teniendo en cuenta el número de población que hay en cada una de las regiones y países más y menos desarrollados económicamente, así como las prohibiciones o dificultades que en algunos países hay para salir de éstos, lo anterior es una muestra de que afirmar que toda persona va en búsqueda del desarrollo o con destino a un país rico<sup>76</sup>, es falso.

---

informe del Sistema Continuo de Reportes sobre migración Internacional en las Américas (SICREMI), Washington, D.C., 2015, pp. 13-15. También véase en ese sentido: Morales Sánchez, Julieta, “Migración irregular y derechos en América: análisis comparado desde la perspectiva de género” en Galeana, Patricia (coord.), *Historia comparada de las migraciones en las Américas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, México, 2014, pp. 395-420.

<sup>75</sup> Cfr. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2013*. El bienestar de los migrantes y el desarrollo, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2013, pp. 54-87; e *Informe sobre Desarrollo Humano 2009.*, op.cit., pp. 24-48.

<sup>76</sup> Un ejemplo de esto, aunque el número no sea elevado, lo es la cantidad de personas que deciden abandonar la vida en países donde las rutinas, el consumo y los aspectos materiales centran todo, para trasladarse a países en los que pueden vivir de manera pacífica, en contacto con la naturaleza y alejadas de las grandes ciudades. Aunque también es cierto que uno de cada cinco migrantes vive en las 20 ciudades más grandes del mundo. Véase: Organización Internacional para las Migraciones, *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2015. Los migrantes y las ciudades: Nuevas colaboraciones para gestionar la movilidad*, OIM, Ginebra, 2015.

“Los mecanismos que vinculan los países de inmigración a los de emigración pueden adoptar muchas formas. Pero hay dos que resultan predominantes: los lazos del pasado colonial y los actuales lazos neocoloniales o pseudocoloniales, que pueden generar el tipo de acciones militares que Estados Unidos ha adoptado en El Salvador y en Filipinas. El otro mecanismo lo forman los vínculos económicos provocados por la internacionalización, que va de la producción en el extranjero a la implantación de una agricultura orientada a la exportación, a través de la inversión extranjera, y al poder de las multinacionales en los mercados de los países donde tienen lugar el acabado de las manufacturas”<sup>77</sup>.

Pero además, un correcto panorama de la migración debe incluir un correcto uso del lenguaje. Entender que los eufemismos, las metáforas y la retórica no son la mejor opción para comunicar un tema que, como hemos insistido, tiene potentes cargas históricas e incluso ideológicas.

Todo lo anterior, es muy importante en su relación con el Derecho y para la creación de las normas jurídicas que pretenden regular la migración. Pues si de por sí, “en el Derecho no estamos acostumbrados a medir”<sup>78</sup>, siempre será peligroso crear y configurar un sistema normativo nacional, regional o mundial sin tener, si bien no certezas, pero sí al menos información que refleje de la mejor manera posible la realidad que se pretende formalizar por medio del derecho. Como importante es tener en mente ello cuando se analice una política pública como la que será objeto de análisis en este trabajo, para situar el tema en su más justa dimensión.

Con estas advertencias respecto al panorama mundial de la migración, ahora se dará un panorama de la situación migratoria de los dos países que ocupan el centro de atención de este trabajo.

---

<sup>77</sup> Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, op. cit., pp. 88.

<sup>78</sup> Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Acceso efectivo a la justicia. Elementos y caracterización*, Porrúa, México, 2012, pp. 108.

## 1.2 España y México. México y España: sus migraciones.

La historia de los territorios que hoy conocemos como México y España está unida, pese a estar separados por un océano, justamente por la migración. De manera más precisa, con aquella primera gran expedición transoceánica que en 1502 llevó a dos mil quinientos pasajeros de España a Santo Domingo en una flota de 32 barcos, después de las aventuras viajeras de Cristóbal Colón, y que desde ahí iniciaron su recorrido a la América continental, que les llevó a México para 1519 (siglo XVI)<sup>79</sup>. Migración con múltiples connotaciones históricas, en su mayoría negativas por su carácter conquistador-colonizador<sup>80</sup>.

El segundo gran evento migratorio que une a ambos países es el que se relaciona con la llegada de aproximadamente 25,000 (veinticinco mil) personas refugiadas de la guerra civil española entre 1939 y 1942 (siglo XX), principalmente en los buques Sinaia, Ipanema y Mexique. Esta migración a diferencia de la primera, tiene cargas históricas más positivas al considerarse que en ésta llegaron destacados intelectuales, artistas o profesionales. Aunque, en realidad, la *inmigración intelectual* o de *elite*, se conformaba de aproximadamente un 25% del total<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Cfr. Livi Bacci, Massimo, *op. cit.*, pp. 58 y 72; Rueda Hernández, Germán, *Españoles emigrantes en América, siglos XVI-XX*, Arco Libros (Col. Cuadernos de Historia, n° 82), Madrid, 2000; León Portilla, Miguel, *Visión de los vencidos*, UNAM, México, 2007.

<sup>80</sup> Ejemplo de esto lo es que en los últimos años, tanto en España como en muchos países Latinoamericanos se debate si el 12 de octubre debe considerarse una fecha de celebración o de recuerdo de una tragedia. Véase: Cavieres, Eduardo; Rodríguez Ostría, Gustavo y Aljovín de Losada, Cristobal, “¿Cómo enseñar el 12 de octubre de 1492?”, *Educarchile*, disponible en: <http://www.educarchile.cl/ech/pro/app/detalle?id=107262> (consultado el 5 de junio de 2015).

<sup>81</sup> Cfr. Yankelevich, Pablo, (Coord.), *México, país refugio. La experiencia de los exilios en el siglo XX*, INAH-Plaza y Valdés, México, 2002; Mateos, Abdon, *De la guerra civil al exilio. Los republicanos españoles y México*. Indalecio Prieto y Lázaro Cárdenas, Biblioteca Nueva, Fundación Indalecio Prieto, Madrid, 2005; e *Inmigración española en México*, disponible en: [http://www.mexicodiplomatico.org/lecturas/Inmigracion\\_espanola\\_Mexico.pdf](http://www.mexicodiplomatico.org/lecturas/Inmigracion_espanola_Mexico.pdf)

En sentido contrario, esto es, de México a España no hay registros históricos de movimientos migratorios similares a los antes descritos. No obstante ello, España se ha mantenido de manera constante por varios años como el tercer lugar de destino de las personas mexicanas, aunque lejos en cuanto a números a los dos principales destinos que son Estados Unidos y Canadá.

Afortunadamente, la relación migratoria entre México y España no es lo que centra el interés de esta investigación. El interés por ambos países es por la posición geográfica que ocupan en los mapas de la migración humana mundial, así como por las similitudes migratorias que les caracterizan.

México es en muchos casos la *puerta* de entrada, punto necesario de tránsito y ahora también lugar de destino de migrantes de centro y sur América, principalmente pero no sólo de esas regiones, con destino a Estados Unidos y Canadá. Por su parte España es en muchos casos el destino, *puerta* de entrada y lugar tránsito de migraciones de Latinoamérica y África, principalmente, a la Europa de la Unión. Son, por llamarlos de alguna forma, las últimas o las primeras fronteras antes de entrar a esas zonas del planeta que se consideran prósperas, desarrolladas y de bienestar.

Ambos países forman parte del club de 34 países *élite* integrados en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE)<sup>82</sup>, sin ser necesariamente países caracterizados por un histórico desarrollo económico fuerte, sino más bien por su pertenencia uno a la Unión Europea y otro al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, pero que de igual forma les proporciona una imagen exterior como opción de una vida mejor, más a España que está plenamente integrada en la Unión Europea que a México que es la parte relegada de la zona de libre comercio de América del Norte, pero que, para efectos de percepciones ambas son relevantes.

---

<sup>82</sup> Para noviembre de 2015 los países miembros son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, República Checa, Dinamarca, Estonia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, y Taquia.

Al no ser los vínculos migratorios entre México y España los que aquí nos interesan, para los fines de la investigación y para dar sentido a lo desarrollado párrafos antes, es necesario tener un panorama de la situación migratoria de ambos países en la historia y en las cifras de la actualidad.

## A. España

Por lo que hace a España, para entender por qué hoy llega quien llega y se van a donde se van, es interesante tener en cuenta sus movimientos demográficos de los siglos XVI al XVIII en donde tanto se desplazaron a América, cómo se expulsó de manera masiva por motivos político-religiosos a los judíos en 1492 (se trasladaron a diferentes regiones de Europa), a los moriscos en 1609 (se trasladaron principalmente al norte de África y Francia) y a los jesuitas en 1762 (se trasladaron a América e Italia, principalmente)<sup>83</sup>.

Para el siglo XIX las migraciones españolas se incrementaron con destino a América Latina aprovechándose los avances en el transporte marítimo y terrestre. Así, hubo una migración a prácticamente toda esa región, con una fuerte tendencia dirigida, en orden de mayor a menor número a Argentina (48,36%), Cuba (33,9%), Brasil (7%) y Uruguay (2,5%), pero con presencia en todos los países desde México en el norte hasta la punta del territorio de Chile en el sur<sup>84</sup>. Aunque en esa misma época también

---

<sup>83</sup> Cfr. García Alonso, María, “Migraciones y exilios en la España Moderna”, en *Atlas de las migraciones, op.cit.*, pp. 186-187; Rueda Hernández, Germán, *Españoles emigrantes en América (siglos XVI-XX)*, op. cit.; Arriba y Castro, Benjamín, “Doctrina pontificia sobre la emigración”, en *Los problemas de la emigración española: Semanas Sociales de España, XVIII Semana Vigo-Santiago*, Secretariado de la Junta Nacional de Semanas Sociales, Madrid, 1959, pp. 257-264.

<sup>84</sup> Cfr. Merino Hernando, Asunción y González Martínez, Elda, “La época de las grandes migraciones (1860-1930): el destino americano”, en *Atlas de las migraciones, op.cit.*, pp. 186-187; Sánchez Albornoz, Nicolás, *La población de América Latina desde los tiempos precolombinos al año 2000*, Alianza Ed., Madrid, 1977.

hay registros de importantes migraciones españolas a Argelia, Marruecos y Francia<sup>85</sup>.

La tendencia y destinos migratorios antes descritos se confirman en el siglo XX, cuando con motivo de la guerra civil miles de personas salieron de España ya que, con excepción de México, las personas exiliadas se dirigieron a países en donde existía una colonia de migrantes económicos bien asentada, pese a que no siempre eran bien recibidas<sup>86</sup>. Así, con motivo de esos hechos la mayoría se asentó en Francia y México, pero también en Suiza, Bélgica, Inglaterra y lo que hoy es Rusia por cuanto a Europa; Marruecos, Argelia y Túnez por lo que hace a África; Estados Unidos, Cuba, República Dominicana, Puerto Rico, Venezuela, Colombia, Perú, Bolivia, Chile, Uruguay y Argentina por cuanto a América; y China, Indonesia, Indochina y Australia por cuanto a Asia y Pacífico<sup>87</sup>.

En ese mismo siglo al darse migraciones de las llamadas económicas, los principales destinos fueron europeos, destacando las que se hicieron a Alemania, Suiza y Holanda, como destinos

---

<sup>85</sup> Cfr. Alted Vigil, Alicia, “Emigración al norte de África y a Francia”, en *Atlas de las migraciones*, *op.cit.*, pp. 190-191; García Fernández, Jesús, *La emigración exterior de España*, Ariel, Barcelona, 1965; Vilar, Juan B., “Las migraciones españolas a Argelia: Argelia en el ciclo migratorio español contemporáneo”, en *Atlas de la Inmigración Magrebi en España*, Taller de estudios internacionales mediterráneos, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1996, pp. 27-28;

<sup>86</sup> García Alonso, María, “Migraciones y exilios en la España Moderna”, *op.cit.*, pp. 186-187; Rueda Hernández, Germán, *Españoles emigrantes en América (siglos XVI-XX)*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>87</sup> Cfr. Lillo Natacha, “La emigración española a Francia a lo largo del siglo XX. Entre la “perfecta integración” y el retorno”, en *Un siglo de inmigración española en Francia*, Grupo de Comunicación Galicia en el Mundo, S.L., Vigo, España, 2009, pp. 11-28; Alted Vigil, Alicia, “Emigración política tras la guerra civil (el exilio)”, en *Atlas de las migraciones*, *op.cit.*, pp. 190-191; Medina Rodríguez, Valentín, *La emigración familiar española a América Latina, 1956-1964*, Ed. del Cabildo Insular de Gran Canaria, Las Palmas, 1999; Hernández Borge, Julio, “La política migratoria española con Iberoamérica durante el gobierno de Franco”, en *Professor Joan Vilà Valentí. El seu mestratge en la Geografia universitària*. Publicacions de la Universitat, Barcelona, 1999, pp. 637-646; Bernaldo de Quirós, Constancio, *La Emigración obrera en España después de la guerra*, Instituto de Reformas Sociales, Madrid, 1920.

adicionales a aquéllos de la región a los que previamente no se había ido en los movimientos migratorios españoles previos<sup>88</sup>.

Con información disponible para el año 2010, el Instituto Nacional de Estadística de España establecía que los principales destinos de personas españolas en el mundo eran Argentina (20%), Francia (12%), Venezuela (11%), Alemania (7%), Suiza (6%) y Brasil (5%)<sup>89</sup>. Destinos que históricamente han estado presentes, según vemos.

Por lo que hace a las personas de otros países que llegan a vivir a España la información es más escasa a lo largo de la historia, pues sólo suelen tenerse cifras globales. Aunque cabe advertir que existe mucha y estrecha relación entre los países a los que han ido las personas desde España, con las nacionalidades de quienes llegan a España. Es en gran medida, pero sin poder generalizar, un movimiento migratorio circular en el que sólo suelen cambiar los trayectos de acuerdo con la época y los momentos políticos, económicos y sociales que se viven en cada uno de los puntos.

Sólo podría llamar la atención en esa tendencia de ida y retorno casi natural de las migraciones humanas en el caso de España a partir de su comprensión histórica, los casos de Ecuador y Rumanía en donde no hay fuertes antecedentes de migración previa desde España, más en el último país mencionado, pues en el caso del primero sí los hay aunque no son en la magnitud registrada en otros países latinoamericanos. Lo interesante en ambos casos es que el incremento de la llegada de personas provenientes de Ecuador<sup>90</sup> y

---

<sup>88</sup> Cfr. Azcárate Luxan, Blanca, “Emigración económica a Europa (1960-1973)”, en *Atlas de las migraciones, op.cit.*, pp. 194-195; Ródenas Calatayud, Carmen, *Emigración y economía en España, 1960-1990*, Civitas- Universidad de Alicante, Madrid, 1994.

<sup>89</sup> Instituto Nacional de Estadística, *Padrón de españoles residentes en el extranjero*, Notas de prensa, 29 de abril de 2010, disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np594.pdf>

<sup>90</sup> Véase: Gómez Ciriano, Emilio José y Tornos Cubillo, Andrés, *Ecuatorianos en España. Una aproximación sociológica*, Documentos del Observatorio Permanente de la Migración, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007; Herrera, Gioconda, Carrillo, María Cristina y Torres, Alicia (Eds.), *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*, FLACSO, Quito, 2005.



Rumanía<sup>91</sup> se dio en la década de los noventa del siglo XX. Aquí no profundizaré en ello, pero será interesante tenerlo presente.

Al momento de iniciar esta investigación (2012), la información disponible<sup>92</sup> indicaba que había en España 5.333.805 extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor. Siendo, en orden de mayor a menor, las diez nacionalidades más importantes presentes: Rumanía, Marruecos, Ecuador, Colombia, Reino Unido, Italia, Bulgaria, China, Bolivia y Perú.

Los mismos datos disponibles a ese año que correspondían a 2011, indicaban por su parte que se habían salido de su país 50.521 españoles. Siendo los diez destinos más importantes, de mayor a menor: Reino Unido, Francia, Alemania, Estados Unidos, Ecuador, Venezuela, Argentina, Suiza, Marruecos y China.

Para 2014, las cifras más actualizadas correspondientes a julio de 2013<sup>93</sup> indicaban un descenso del número de extranjeros al situarse en 4.870.487 personas. El número de personas por nacionalidad también varió, para quedar de la siguiente forma: Rumanía, Marruecos, Reino Unido, Ecuador, Colombia, Italia, China, Alemania, Bolivia y Bulgaria.

El número de españoles que salieron de su país también disminuyó al ser de 36.690 personas. Los destinos a los que se dirigieron se modificaron un poco en relación a la anterior referencia, para

---

<sup>91</sup> Véase: Maisongrande, Vicent, “Evolución de las inmigraciones rumanas en España: ¿Hacia un aumento de las circulaciones en los espacios rurales?”, en De Castro Pericacho, Carlos (coord.), *Mediterráneo migrante*, Universidad de Murcia, Murcia, 2010, pp. 57-72; Oana Ciobanu, Ruxandra “The thin line between family migration and network migration. Family Stories of the Romanian Migration to Spain” in Michalon, Bénédicte and Nedelcu, Mihaela (Eds.), *La Roumanie, les migrations internationales et l'intégration européenne*, special issue, Revue d'Etudes Comparatives Est-Ouest, Volume 41, Number 4, pp. 125-148.

<sup>92</sup> Extranjeros residentes en España a 30 de junio de 2012. Principales resultados. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, septiembre 2012.

<sup>93</sup> Instituto Nacional de Estadística, *Cifras de Población a 1 de julio de 2013. Estadística de Migraciones. Primer semestre de 2013*, Notas de prensa, 10 de diciembre de 2013, disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np822.pdf>

quedar así: Ecuador, Reino Unido, Francia, Alemania, Estados Unidos, Suiza, Colombia, Venezuela, Bélgica y Argentina.

Cuando se concluye esta investigación (noviembre 2015), las cifras disponibles que corresponden al año 2014 indican que nuevamente hubo un descenso en el número de personas extranjeras en España al situarse en 4.447.852<sup>94</sup>. De ese total, de mayor a menor por su cantidad eran personas originarias de: Rumanía, Marruecos, Reino Unido, Italia, Ecuador, China, Alemania, Colombia, Bulgaria y Portugal. Aunque se debe destacar que a pesar de que no aparecen entre los diez primeros lugares, en ese periodo se detectó un aumento considerable en el número de personas procedentes de Rusia y Venezuela<sup>95</sup>.

Por lo que hace a las personas de nacionalidad española que salieron, el número llegó a 78.785. Siendo los principales destinos: Reino Unido, Francia, Ecuador, Alemania, Estados Unidos, Colombia, Suiza, Venezuela, Bélgica y Argentina<sup>96</sup>.

Las anteriores cifras, para quien en un futuro pudiera leer estas líneas, deben entenderse en un contexto de crisis económica en Europa en donde España ha resultado especialmente afectada. De igual forma, son sólo referencias genéricas para tener un panorama, pues como he insistido, dentro de esas cifras hay especificidades que en la creación de políticas públicas bien valdría considerar antes de sólo quedarse con los números sin mayor contexto.

De igual forma, todas esas cifras corresponden a personas migrantes con permiso de entrada y/o estancia, no aparecen y no existen datos precisos respecto a las personas migrantes *sine permissum*. Por lo que, cuando se hable de migrantes sin permiso, las anteriores cifras sólo pueden ser tomadas para una comparación, pero nunca como una base de análisis, ni mucho menos como cifras válidas para ello.

---

<sup>94</sup> En estas cifras se debe tener en cuenta el factor de adquisición de nacionalidad. Sin embargo, esa información no está disponible de manera pública.

<sup>95</sup> Instituto Nacional de Estadística, *Cifras de Población a 1 de enero de 2015. Estadística de Migraciones 2014*, Notas de prensa, 25 de junio de 2015, disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np917.pdf>

<sup>96</sup> *Idem*.

## B. México

La historia migratoria de México es por mucho más sencilla que la que antes hemos tratado de describir. En primer lugar, porque no existen antecedentes de México —como de prácticamente ningún país latinoamericano— respecto a migraciones organizadas con fines político-económicos o colonizadores transoceánicos. En todo caso, los principales antecedentes vinculados con lo que hoy conocemos como México podrían encontrarse en los movimientos migratorios de las grandes culturas que ocuparon lo que se conoce como Mesoamérica y que va justamente desde el norte de México hasta el sur de Costa Rica. Con lo que comúnmente los movimientos migratorios humanos que ocurrieron en esa región atienden más bien a una sucesión de pueblos y culturas, sin dárselos la importancia migratoria que en nuestra opinión debería tener.

En segundo lugar, porque la historia migratoria de México está ligada indiscutiblemente a Estados Unidos. Además de que México tampoco ha sido un atractivo en los movimientos migratorios históricos que se han dado alrededor del mundo, nunca se posicionó como un destino preferido por las personas migrantes europeas que prefirieron Estados Unidos, Canadá, Brasil o Argentina<sup>97</sup>.

En ese sentido, se dice que a 15 años de su vida independiente, México vivió el mayor movimiento de población experimentado en su territorio por más de un siglo en 1835, cuando en Texas se llegó a recibir hasta 1.000 migrantes por mes<sup>98</sup>.

Pero en realidad, el hecho que da origen a los movimientos migratorios de mayor magnitud en México se da cuando Estados Unidos se anexó Arizona, Texas, Nuevo México, Nevada y California, pues el simple hecho del cambio de fronteras generó que

---

<sup>97</sup> Cfr. Livi Bacci, Massimo, *op. cit.*, pp. 72-74.

<sup>98</sup> Cfr. García Martínez, Bernardo, “Independencia nacional y movilidad espacial de la población”, en Alba, Francisco, Castillo, Miguel Ángel y Verduzco, Gustavo (Coords.), *Migraciones internacionales*, El Colegio de México, México, 2010, p. 48.

muchas personas sin moverse del lugar en el que vivían o en la que habían nacido se convirtieron en extranjeros.

La historia de la migración mexicana a Estados Unidos ha sido muy estudiada en diferentes ámbitos<sup>99</sup>. Ello parece normal pues “[n]o hay una corriente contemporánea entre dos países tan numerosa y con tan prolongada tradición histórica como la mexicana”<sup>100</sup>. Aquí no entraremos al detalle de esa historia, pues las visiones son variadas y como lo hemos señalado la literatura abundante. Pero es necesario en todo caso tener siempre presente en esa historia el origen y la existencia de medidas como el Programa Bracero que funcionó entre 1942-1964<sup>101</sup>, para entender con ello algunas de las razones de su intensidad, prolongación y características.

México ha sido más bien un país de salida que de llegada de personas, pues aunque en los siglos XIX y XX tuvo un aumento en el número de inmigrantes registrados, nunca ha sido un referente importante. Incluso, por ejemplo, se dice que en 1910 vivían en México 116.000 extranjeros, mientras que de acuerdo con datos del censo de Estados Unidos en ese mismo año había en ese país 250.000 mexicanos, es decir, más del doble de los extranjeros residentes en México<sup>102</sup>. “Lo anterior deja claro algo muy simple:

---

<sup>99</sup> Véase, por ejemplo: Aquino Moreschi, Alejandra, “Cruzando la frontera: experiencias desde los márgenes”, en *Frontera Norte*, Vol. 24, No. 47, enero-junio 2012, pp. 7-34; Castles, Stephen, “Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales” en *Migración y Desarrollo*, Red Internacional de Migración y Desarrollo, Vol. 7, No. 15, México, 2010, pp. 49-80; Arias, Karina, “Redes de migrantes y derechos humanos” en *Migración y Desarrollo*, Red Internacional de Migración y Desarrollo, No. 3, México, 2004, pp. 49-80.

<sup>100</sup> Tuirán, Rodolfo y Ávila, José Luis, “La migración México-Estados Unidos, 1940-2010”, en Alba, Francisco, Castillo, Miguel Ángel y Verduzco, Gustavo (Coords.), *op. cit.*, p.70.

<sup>101</sup> Véase: Duran, Jorge, “El programa bracero (1942-1964). Un balance crítico”, en *Revista Migración y Desarrollo*, No. 9, segundo semestre, 2007, pp. 27-43; Morgan, Kristi L., “Evaluating Guest Worker Programs in the U.S.: A Comparison of the Bracero Program and President Bush’s Proposed Immigration Reform Plan”, en *Berkeley La Raza Law Journal*, Vol. 15, No. 2, 2004, pp. 125-144.

<sup>102</sup> Cfr. McCaa, Robert, “El poblamiento del México decimonónico: escrutinio crítico de un siglo censurado”, en *El poblamiento de México. Una visión histórica-demográfica*, Vol. III, p. 99.

ya en 1910 —desde 1880, corregiría De la Peña (1950)—, México expulsaba a más nacionales que los extranjeros que recibía, como ocurre en nuestros días en una escala mucho mayor”<sup>103</sup>.

Las más importantes migraciones hacia México, sin que sean altamente significativas en cuanto a su número, han sido las españolas en los dos momentos que ya hemos destacado antes, la China tanto por las expulsiones desde Estados Unidos como por la llegada directa, la misma de Estados Unidos y Guatemala por la vecindad, y en menor medida personas provenientes de Reino Unido, Francia, Alemania, Italia, Japón y Taquia con algunas líneas conductoras con orígenes en asuntos comerciales-empresariales. De igual forma que las inmigraciones vinculadas con las dictaduras del sur de América, principalmente con asilados de Argentina y Uruguay, aunque también de Chile; y por los conflictos armados en Centroamérica, principalmente de Guatemala y El Salvador.<sup>104</sup>

Para el año 2000, el total de extranjeros en México era de 492.617 (Estados Unidos, Guatemala, España, Argentina, Cuba, Canadá, Francia, Chile, Honduras, Japón)<sup>105</sup>. En tanto que había 9.3 millones de mexicanos en Estados Unidos<sup>106</sup>.

En el momento en que se inició esta investigación (2012), la información disponible que correspondía al año 2009 señalaba que en México había 262.672 extranjeros, siendo las principales nacionalidades de estas personas de mayor a menor número:

---

<sup>103</sup> Aboites Aguilar, Luis, “Movimientos de población, 1870-1930. ¿La reanimación del centro y el crecimiento del norte forman un nuevo país?”, en Alba, Francisco, Castillo, Miguel Ángel y Verduzco, Gustavo (Coords.), *op. cit.*, p. 70.

<sup>104</sup> Cfr. Palma Mora, Mónica, *De tierras extrañas. Un estudio sobre la inmigración en México 1950-1990*, DGE Ediciones, Instituto Nacional de Migración-Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 2006.

<sup>105</sup> Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, *Los extranjeros en México*, 2006.

<sup>106</sup> Cfr. Paula Leite, Paula, Angoa, María Adela y Rodríguez Mauricio, “Emigración mexicana a Estados Unidos: balance de las últimas décadas”, en *La situación demográfica de México 2009*, Consejo Nacional de Población, 2009.

Estados Unidos, España, Argentina, Colombia, Canadá, Cuba, China, Venezuela y Francia<sup>107</sup>.

En tanto que para el año 2012 habíamos 12.178.173 fuera de México, estando el 99.39% en Estados Unidos, y después de ahí, en los siguientes países (178.173): Canadá, España, Alemania, Bolivia, Reino Unido, Costa Rica, Holanda, Italia, Guatemala y Argentina<sup>108</sup>.

Para el primer trimestre de 2014 no existían cifras oficiales que den muestra de lo anterior posteriores a 2012. Lo único disponible era una Síntesis de Estadística Migratoria correspondiente al año 2013, en la que sólo se reflejan las entradas marítimas y aéreas de extranjeros a México, pero no se reflejan las salidas de mexicanos. Y según esa información, en el año 2013 había un total de 387.847 extranjeros residentes en México, sin especificarse el total por nacionalidad<sup>109</sup>, de los cuales, 60.700 arribaron en ese año<sup>110</sup>.

Por lo que hace a quienes estábamos fuera del país, para el año 2013 éramos 11.907.348, de los cuales el 97.85% estaba en Estados Unidos. Los otros países de destino de mayor a menor fueron: Canadá, España, Alemania, Reino Unido, Bolivia, Costa Rica, Argentina, Italia, Holanda y Guatemala<sup>111</sup>.

Cuando se concluye la investigación (noviembre 2015), las cifras disponibles indican que hay 323.865 personas extranjeras residentes

---

<sup>107</sup> Cfr. Rodríguez Chávez, Ernesto y Cobo Salvador, *Extranjeros residentes en México. Una aproximación cuantitativa con base en los registros administrativos del INM*, Centro de Estudios Migratorios-INM, México, 2012.

<sup>108</sup> Instituto de los Mexicanos en el Exterior, *Estadística de la población mexicana en el mundo 2012*, México, 2012, disponible en: <http://www.ime.gob.mx/es/resto-del-mundo>

<sup>109</sup> Instituto Nacional de Migración, *Boletín mensual de estadísticas migratorias 2013*, Unidad de Política Migratoria, Secretaría de Gobernación, México, enero 2014, p. 14, disponible en: [http://www.wola.org/files/2013\\_inm\\_stats.pdf](http://www.wola.org/files/2013_inm_stats.pdf)

<sup>110</sup> Organización de Estados Americanos-Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Migración internacional en las Américas, op. cit.*, p. 114.

<sup>111</sup> Instituto de los Mexicanos en el Exterior, *Estadística de la población mexicana en el mundo 2013*, México, 2013, disponible en: <http://www.ime.gob.mx/es/resto-del-mundo>

en México, sin especificarse nacionalidad<sup>112</sup>. Si atendemos al número de tarjetas de residente permanente que han sido entregadas en este año, los diez primeros lugares los ocupan personas nacionales de Estados Unidos, Cuba, Venezuela, Canadá, Colombia, España, Honduras, Guatemala, Argentina y El Salvador seguido éste último muy de cerca por Francia e Italia<sup>113</sup>.

En tanto que estábamos fuera de México 11.913.989 personas, de las cuales el 97.79% estaba en Estados Unidos y los demás (262.570) estábamos en Canadá, España, Alemania, Reino Unido, Bolivia, Argentina, Suiza, Holanda, Costa Rica e Italia<sup>114</sup>.

Las cifras relativas a México dan muestra de la complejidad y lo erróneo que puede ser analizar la migración únicamente a partir de los números, que no siempre son actualizados, ni reflejan la totalidad de personas extranjeras que se encuentran en el territorio de un país en un año u otro periodo de tiempo.

De igual forma, insistiremos, las cifras no reflejan el número de personas *sine permissum*. Por lo que no se pueden utilizar a la ligera dichas cifras cuando se pretenda dar información respecto a los migrantes que han ingresado al territorio mexicano sin autorización, ni para la creación de políticas públicas en tanto no se tengan al menos indicios confiables de su número.

### **1.3 ¿Quién es una persona migrante extranjera? ¿Quién es una persona migrante *sine permissum*?**

Para los fines de este trabajo y una vez establecida la forma en la que se observa en éste la migración humana, resulta imprescindible

---

<sup>112</sup> Unidad de Política Migratoria, *Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2015*, Secretaría de Gobernación, México, septiembre 2015, p. 15.

<sup>113</sup> *Ibidem.*, p. 77. No se pierda de vista que este listado se integra sólo con la información relacionada a tarjetas entregadas en lo que va del año 2015.

<sup>114</sup> Instituto de los Mexicanos en el Exterior, *Estadística de la población mexicana en el mundo 2014*, México, 2014, disponible en: <http://www.ime.gob.mx/es/resto-del-mundo>

precisar a quién nos referimos cuando utilizamos los términos persona *migrante extranjera* y *migrante sine permisum*.

Al hablar de *migrante extranjera* nos referiremos a toda persona que atraviesa una frontera, esto es, que entra, transita o llega de manera temporal o permanente al territorio del país del cual no es nacional sin importar las razones que la motiven, ni si lo hace con o sin permiso del Estado al que llega.

Con lo cual, las personas pueden atravesar las fronteras como turistas, negociantes o trabajadores, como científicos, deportistas, estudiantes, consumidores o refugiadas, o simplemente atravesarla en búsqueda de cualquiera de esas u otras categorías que resulta innecesario precisar en este momento. Lo relevante para entrar en esa definición es que una persona cruce la frontera territorial de un Estado que jurídicamente no es el suyo<sup>115</sup>.

El término *migrante extranjero* se propone en gran medida porque, en el debate público y académico a menudo es poco claro respecto a quién es migrante<sup>116</sup>. En gran parte, como lo ha establecido la Organización Internacional para las Migraciones porque “[a] nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada del término "migrante"<sup>117</sup>. Lo cual se corrobora con el contenido de los

---

<sup>115</sup> Jurídicamente esa unificación de definición es irrefutable si se atiende el contenido de las diversas leyes migratorias o de extranjería en donde se regulan y establecen los requisitos, calidades y condiciones de entrada, en los que suelen incluirse, al menos, todas las categorías antes mencionadas. En el caso de España véanse en ese sentido los artículos 25 y 25 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; 28 a 161 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Para México, véanse los artículos 52 a 56 de la Ley de Migración.

<sup>116</sup> Cfr. Anderson, Bridget; Blinder, Scott, “Who Counts as a Migrant? Definitions and their Consequences” en *Migration Observatory Briefing*, COMPAS, University of Oxford, UK, August 2014, p.5; Beutin, Rickelf, Canoy, Marcel, Horvath, Anna, Hubert, Agnes, Lerais, Frédéric, Smith, Peter and Sochacki, Myriam, “Migration and Public Perception.” en *Bureau of European Policy Advisers (BEPA)*, European Commission, Brussels, 2006, pp. 7- 10.

<sup>117</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Los términos claves de la migración*, disponible en:



diversos estudios académicos e informes que han sido consultados en la elaboración de este trabajo.

De esa forma, en la actualidad es cada vez más común escuchar y leer en los medios de comunicación, en los ámbitos políticos y judiciales, pero también en los académicos que cuando se hace referencia a las personas migrantes o se utiliza el término *migrante*, éste está dirigido a señalar a las personas que llegan a los países en búsqueda de trabajo, de oportunidades de vida, muchas veces sin el permiso del Estado receptor para cruzar sus fronteras e ingresar a su territorio. Esto es, a la migración pobre, a una de las más vulnerables y discriminada, sólo superada muchas veces por la que es denominada con el término refugiado<sup>118</sup>.

En tanto que, para referirse a otro tipo de personas migrantes suele utilizarse el término *extranjero* para referirse a quien está en el país por un periodo de tiempo corto o largo con permiso del Estado, ya sea por estudios, trabajo u otra actividad. Distinguiendo a éstas también del *turista*, que siendo migrante extranjero, aunque de manera más temporal, es ubicado a partir de otro término. Además, claro está, como ya lo decíamos, de la utilización del término *refugiado* para referirse al grupo sin duda más vulnerable de todas las causas por las cuales se sale de un país para entrar a otro<sup>119</sup>.

Esa clasificación no la compartimos por los mensajes erróneos que transmite desde el punto de vista de los derechos humanos, ya que la utilización de diferentes términos para distinguir o, más bien, para discriminar entre diferentes personas que han cruzado las fronteras de un país del cual no son nacionales, categoriza y estigmatiza<sup>120</sup>. Lo que importa es la persona y sus derechos, no lo

---

<http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/key-migration-terms-1.html#Migrante> (consultado el 11 de agosto de 2014).

<sup>118</sup> Castilla Juárez, Karlos A., *Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015, p. 17.

<sup>119</sup> *Ibidem.*, p. 18.

<sup>120</sup> *Cfr.* García Borrego, Iñaki, “Los hijos de inmigrantes como tema sociológico: la cuestión de la ‘segunda generación’”, en *Anduli: Revista Andaluza de Ciencias Sociales*, No. 3, 2003, pp. 29-20; De Rudder, Véronique, “Quelques problèmes épistémologiques liés aux définitions des populations immigrantes et de leur

que motiva su desplazamiento de un país a otro, pues, en todo caso, esos motivos deben servir para reforzar su protección, no para discriminarlas, ni negarles derechos<sup>121</sup>.

No perdemos de vista que en las leyes de migración o extranjería se recogen diferentes categorías o condiciones migratorias<sup>122</sup>. Pero eso debe ser sólo una distinción operativa, no el punto de partida, ni centro de una definición. De esa forma, de lo que nosotros buscamos alejarnos es de esas clasificaciones que, como decíamos, suelen ubicar a quienes cuentan con permiso o proceden de alguna región del mundo bajo un término (extranjeros), en tanto que a otros por sus condiciones económicas, procedencia o por carecer de autorización se les asigna otro (migrantes); cuando a unas y a otras se les aplica la misma ley, porque tanto unas como otras no son nacionales del país al que llegan. Cuando unas y otras deben tener en principio reconocidos los mismos derechos humanos, aunque estos puedan modularse.

Por lo que, atendiendo justamente a eso, son las leyes migratorias o de extranjería las que refuerzan nuestro argumento: todas son personas migrantes extranjeras, a todas por esa razón se les dirigen esas leyes, todas están ahí contempladas. Lo que las diferencia son los plazos, requisitos y características con las que ingresan o pueden permanecer, lo que sin duda también puede hacer depender o condicionar el ejercicio de algunos derechos y el cumplimiento de algunos deberes, pero independientemente de eso, todas deben tener reconocidos los mismos derechos humanos<sup>123</sup>, porque todas son personas migrantes extranjeras.

---

descendance” en Aubert, F.; Tripier, M. y Vourc’h, F., *Jeunes issus de l’immigration: de l’école à l’emploi*, CIEMI- L’Harmattan, París, 1997, p. 31.

<sup>121</sup> Castilla Juárez, Karlos A., *Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras en México*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>122</sup> Véase *supra* nota 115.

<sup>123</sup> En este punto se debe tener especial atención. Lo que señalamos no significa que, por ejemplo, una persona migrante extranjera que entra como turista pueda ejercer su derecho al voto, ya que como es bien conocido, ese derecho, incluso para nacionales está condicionado a tener determinada edad y dependiendo del tipo de elección a demostrar un determinado lugar de residencia u otros elementos, por lo que en el caso de las personas migrantes extranjeras no podría ser diferente. Sin embargo, sí significa que, por ejemplo, a todas por igual, sin

Así, con el término *migrante extranjero* se incluye a quien inmigra como a quien emigra, pero también a quien está de paso, en la medida de que para efectos de los derechos humanos todas son personas titulares de éstos. Asimismo, el término *migrante extranjero* permite diferenciar y situar de manera correcta al tipo de migración que nos interesa en este trabajo, sin obviar a la migración interna, pero además pone énfasis en la calidad personal que jurídicamente, como más adelante será desarrollado, es lo que permite diferenciar entre nacionales y no nacionales.

En todo caso, la única diferenciación terminológica genérica que podríamos admitir es respecto a *refugiado*<sup>124</sup>, pero ello, únicamente bajo el entendido de que son dentro de las personas *migrantes extranjeras* las más vulnerables, las únicas que tienen reconocido un estatuto diferente en el Derecho Internacional y en muchos sistemas normativos nacionales<sup>125</sup> y, por tanto, las que por su especial condición tienen *per se* una protección reforzada de sus derechos humanos<sup>126</sup>. Aunque todos nos enfrentemos a una barrera común: la soberanía del Estado y su discrecionalidad.

De esa forma, nuestra propuesta parte desde una perspectiva de derechos humanos en la que se reconocen éstos a *toda persona* y que *nadie* debe verlos afectados, pero también de la situación comprobable de que sin importar la categoría o condición de entrada, a *toda persona migrante extranjera* se le dirige la misma ley de migración o extranjería, con la excepción antes indicada. Con lo que, por todo ello, consideramos que es la mejor forma de denominarles (denominarnos), al menos, desde el Derecho.

---

discriminación, les sea respetado el debido proceso o la libertad personal de ubicarse en una situación en que eso sea aplicable.

<sup>124</sup> Lo mismo hacen las leyes migratorias o de extranjería. Una vez que le reconocen el carácter de *migrante extranjera* a la persona, remiten a la ley especializada para otorgarles una especial protección.

<sup>125</sup> En el caso de México está la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político. En España la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

<sup>126</sup> *Cfr.* Kennedy, David, “International Refugee Protection”, en *Human Rights Quarterly*, No. 8, 1986, pp. 10, 11, 58.

Por su parte, cuando hablemos de *migrante sine permissum* nos referiremos a todas esas personas que se encuentran en el territorio de un país que no es jurídicamente el suyo y que no cuentan con el permiso de las autoridades migratorias para estar allí o al haber vencido el permiso que en su momento autorizó su entrada<sup>127</sup>, sea cual sea el origen de esa ausencia o pérdida de autorización.

Con lo cual, se incluye a personas que ingresan a un país por lugares distintos a los puntos fronterizos autorizados y establecidos por el Estado para obtener el permiso de entrada o por dichos puntos pero sin la autorización debida, así como aquéllas personas que no han abandonado el territorio de un país a pesar de que el permiso que tenían para permanecer en éste ha concluido sin posibilidad de renovación o por haberse ordenado su salida por cualquiera de las causas antes señaladas o cualquier otra contravención a la legislación migratoria o de extranjería.

El término migrante *sine permissum* busca sustituir al jurídicamente correcto de conformidad con la literalidad de los tratados de derechos humanos<sup>128</sup>: migrante ilegal. Así como a dos de los más

---

<sup>127</sup> Ruiz Olabuénaga, Ruiz Vieytes y Vicente Torrado, en su libro: *Los inmigrantes irregulares en España. La vida por un sueño*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, p.81; establecen estos 6/8 supuestos específicos: Entrada ilegal, caducidad de estancia, caducidad y/o denegación de renovación de residencia, irregularidad laboral, recepción de orden de expulsión no acatada, negación de asilo ó pérdida de la condición de refugiado.

<sup>128</sup> Los tratados de derechos humanos son los que han introducido en el lenguaje jurídico los adjetivos que se aplican a las personas *migrantes extranjeras*. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 22, hace referencia a “persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado” y “extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado”. En tanto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 12, habla de “persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado” y en el 13 de “extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado”. Además de que, como se estableció en el apartado anterior, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en sus artículos 17, 18, 19, 21, 23, 24, 26 y 28 hace mención de “refugiados que se encuentren legalmente en el territorio” y en el 31 de “refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio” y de la “entrada o presencia ilegales [de los refugiados]”.

difundidos en sustitución<sup>129</sup> de éste que se considerara con connotaciones criminales<sup>130</sup> y peyorativas<sup>131</sup>, como lo son: migrante irregular<sup>132</sup> o migrante indocumentado<sup>133</sup>.

Utilizando como concepto central de ese término al *permiso*, en razón de que el derecho de circulación y residencia como derecho humano reconocido a toda persona<sup>134</sup> cuando se pretende ejercer más allá de las fronteras del país del cual no se es nacional, requiere para su correcta configuración jurídica del permiso del Estado<sup>135</sup> al que se llega; ya que las normas que garantizan el libre movimiento sólo lo hacen dentro de las fronteras y reconocen la libre salida del territorio del cual se es nacional, pero sin garantía de ingreso y residencia en otro<sup>136</sup>.

---

<sup>129</sup> Ruiz Olabuénaga, Ruiz Vieyetz y Vicente Torrado, en su libro: *Los inmigrantes irregulares en España. La vida por un sueño*, op. cit., p. 17, hacen mención de los términos: ilegal, indocumentado, sin papeles y clandestino.

<sup>130</sup> Cfr. Martínez, Daniel, and Slack, Jeremy, “What Part of “Illegal” Don’t You Understand? The Social Consequences of Criminalizing Unauthorized Mexican Migrants in the United States” en *Social & Legal Studies*, Vol. 22, December 2013, pp. 535-551; Cholewinski, Ryszard, *Irregular migrants: access to minimum social rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2005, pp. 8-10.

<sup>131</sup> Cfr. Dauvergne, Catherine, *Making People Illegal. What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge University Press, New York, 2008, pp. 15-19.

<sup>132</sup> Cfr. Guild, Elspeth, “Who is an Irregular Migrant?”, en Bogusz, Barbara; Cholewinski, Ryszard; Cygan, Adam and Szyszczak, Erika (Eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004, pp. 3-4.

<sup>133</sup> Cfr. Ghosh, Bimal, *Huddled Masses and Uncertain Shores: Insights Into Irregular Migration*, op. cit., p. 1.

<sup>134</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 126; Juss, Satvinder S., “Free Movement and the World Order” en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 16 (3), 2004, pp. 289-335.

<sup>135</sup> Cfr. Carens, Joseph H., *Immigrants and the Right to Stay*, A Boston Review Book, The MIT Press, Cambridge, Mass. – London, England, 2010, p. 18.

<sup>136</sup> Véanse los artículos 13.2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 22, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, del Protocolo No. 4, del Convenio Europeo de Derechos Humanos; 15 de la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Estados del Sureste Asiático y 21 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, entre otros.

De esa forma, se mantiene en el centro de análisis y configuración de la migración el derecho humano a la libertad de circulación y residencia, reconocido a toda persona, pero se deja de manifiesto su principal problemática a nivel internacional cuando se cruzan fronteras: sin el permiso del Estado receptor no se puede reconocer jurídicamente (otorgar), a pesar de que el otro 50% del derecho (salir) sí se tenga plenamente reconocido por la comunidad internacional en los tratados de derechos humanos que antes se han citado.

Con lo que se podría decir que solamente la *emigración* se reconoce como un derecho fundamental, no así la *inmigración* a país distinto del propio que esta siempre condicionada a su otorgamiento discrecional por el Estado<sup>137</sup>. Muy a pesar de que algunos consideran a esa libertad de movimiento como la primera y más fundamental de las libertades de la persona<sup>138</sup>.

Pero además de lo anterior, consideramos, con ese término separamos por medio del lenguaje a la situación que enfrentan esas personas de las connotaciones criminales con las que fácilmente se les vincula<sup>139</sup>. Y más aún, aunque jurídicamente pudiera ser correcto el término ilegal, éste nada más que lo antes señalado aporta, ya que la línea para determinar cuándo resulta aplicable no siempre es fácil de determinar<sup>140</sup>, por toda la variedad de supuestos en que se podría actualizar y las excepciones de éstos, salvo cuando

---

<sup>137</sup> Cfr. Pécoud, Antoine, “Migración sin fronteras: una investigación sobre la libre circulación de personas”, en *Migraciones Internacionales*, Vol. 3, No. 2, julio-diciembre de 2005, p. 138.

<sup>138</sup> Cfr. Singh Juss, Satvinder, *International Migration and Global Justice*, Ashgate, London, 2006, p. 1; Cranston, Maurice, *What are Human Rights?*, en Laqueur, W. and Robin B. (Eds.), *The Human Rights Reader*, Temple University Press, Philadelphia, 1977, p. 31.

<sup>139</sup> Cfr. Bosworth, Mary, *Inside Immigration Detention*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 19.

<sup>140</sup> Cfr. Bogusz, Barbara; Cholewinski, Ryszard; Cygan, Adam and Szyszczak, Erika (Eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004, pp. xviii-xvix.

se quiere estereotipar a las personas y se utiliza indiscriminadamente sin ningún tipo de análisis previo<sup>141</sup>.

La propuesta puede parecer innecesaria, sin embargo, para nosotros los términos “irregular” y/o “indocumentado” no reflejan de manera completa el aspecto que jurídicamente da la diferencia a unos y otros<sup>142</sup>, esto es, como ya lo establecimos, el contar o no con el permiso o autorización del Estado receptor para entrar o permanecer en su territorio. Con lo que se pone énfasis sólo en el aspecto que jurídicamente es relevante, limitando con ello la posibilidad de que el adjetivo califique a las personas, sino sólo a la situación jurídica.

Con lo que, con esta y la anterior propuesta terminológica (personas migrantes extranjeras – migrantes extranjeras *sine permissum*), además de dar un orden y sentido al contenido de este trabajo, buscamos poner énfasis en la forma en la cual consideramos deben entenderse estos temas desde una perspectiva jurídica de derechos humanos.

#### **1.4 La privación de libertad de personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales. Una política de control de la migración en el mundo.**

Como ha quedado establecido en las primeras páginas de este capítulo, por muchos años, por muchos siglos, el movimiento de los seres humanos de un lugar a otro se hizo de manera libre teniendo como único límite las capacidades individuales de cada persona. Situación que cambió de manera drástica a partir de la creación de los Estados-nación, a pesar de que antes de la existencia de éstos

---

<sup>141</sup> Cfr. Carhuachín, César, “Lenguaje y discriminación: Una perspectiva latina en los Estados Unidos de América” en *Realitas*, Revista de Ciencias Sociales, Humanas y Artes, Vol. 1, No. 2, julio-diciembre 2013, pp. 18-24.

<sup>142</sup> Cfr. Flynn, Michael, “Immigration Detention and Proportionality”, en *Global Detention Project*, Working Paper No. 4, Geneva, February 2011, p. 7.

muchos de los sistemas organizativos previos ya prohibían la entrada a determinados lugares, por ejemplo, con murallas<sup>143</sup>.

Sin embargo, fueron las fronteras las que formalizaron un dentro y un fuera, un propio y ajeno. Una división de naciones no siempre simétrica ni pensada a partir de las personas, sino de los territorios. Aunque ni siquiera la existencia de los Estados-nación tuvo como consecuencia inmediata el establecimiento de leyes o políticas que regularan las formas, procedimientos y requisitos que una persona debía satisfacer para entrar a su territorio. El conjunto de políticas migratorias manifestadas principalmente por leyes es una invención por mucho posterior a que en los siglos XV y XVI se acuñara y ejerciera ampliamente la idea del *ius migrandi*<sup>144</sup>.

Con todo ello, que es más profundo y largo en la historia que lo simple que aquí se expone, cambió para siempre la forma de entender la movilidad humana, la migración. Todo eso se reforzó cuando más de cuatrocientos años después del surgimiento de las mencionadas ideas del *ius migrandi*, los habitantes de las antiguas colonias empezaron a trasladarse también a las antiguas metrópolis a demandar el mismo derecho<sup>145</sup>, haciendo evidente que muchas de las fronteras existentes son en su mayoría el producto de las injusticias históricas<sup>146</sup> y que, con la creación de documentos de identificación como el pasaporte, el Estado tenía ya el monopolio sobre el movimiento humano a través de las fronteras<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup> Véase: Pirenne, Henri, *Las ciudades de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid, 1983.

<sup>144</sup> El *ius migrandi* surgió con las ideas desarrolladas en el siglo XVI occidental por Francisco Suarez, Francisco de Vitoria, Alberico Gentili o Hugo Grocio, por mencionar a los que más suele destacar la literatura histórica de las migraciones y el derecho internacional. Este se sustentaba en esa libre movilidad, en ese derecho de ir a donde se deseaba que sirvió para legitimar las expediciones colonizadoras que en su mayoría partieron de Europa.

<sup>145</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 154.

<sup>146</sup> Cfr. Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, Minima Trotta, Madrid, 2006, p. 38.

<sup>147</sup> Cfr. Torpey, John, *The Invention of the Passport. Surveillance, Citizenship and the State*, op. cit., p. 20; Dowty, Alan, *Closed Borders: The Contemporary Assault on Freedom of Movement*, The Twentieth Century Fund, New York, 1987, p. 41.



En Europa a partir del siglo XVII occidental los gobiernos empezaron a hacer una distinción entre sus ciudadanos y otros sujetos sobre la base de los documentos. Al principio era una preocupación dirigida a grupos específicos de forasteros indeseables, pero poco a poco se fue extendiendo y se convirtió en un rasgo general de toda sociedad “nacional” integrada<sup>148</sup>, al grado de que “para finales del siglo dieciocho el pasaporte era obligatorio en toda Europa con excepción de Inglaterra”<sup>149</sup>.

No obstante ello, las leyes migratorias son una invención del siglo XX. Si bien, como se dijo, los pasaportes y el control de fronteras surgieron antes, no fue sino hasta este siglo en el que el mundo fue firme y completamente dividido con fronteras y el requerimiento de pasaportes y visas para cruzar dichas fronteras se convirtió en un requisito o una obligación<sup>150</sup>. Incluso, algunos países en Europa implementaron sus políticas de control a finales de 1980 y 1990, en lo que se podría considerar el tardío siglo XX<sup>151</sup>.

Hoy, en el siglo XXI occidental, prácticamente nadie se cuestiona desde el ámbito jurídico constitucional las facultades del Estado para decidir quién entra y sale de su territorio<sup>152</sup>, quién es o no su nacional, a quién le reconoce derechos ciudadanos o la justificación moral de las fronteras en las democracias liberales existentes<sup>153</sup>, pues todo ello se entiende como parte del ejercicio de la soberanía

---

<sup>148</sup> Cfr. Torpey, John, *The Invention of the Passport*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>149</sup> Dowty, Alan, *Closed Borders: The Contemporary Assault on Freedom of Movement*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>150</sup> *Challenges to sovereignty: migration laws for the 21st century*, United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), 31 July 2003, available at: <http://www.refworld.org/docid/4ff2b0b82.html> (consultado 2 de marzo 2014).

<sup>151</sup> Cfr. Brochmann, Grete and Hammar, Tomas, *Mechanisms of Immigration Control: A Comparative Analysis of European Regulation Policies*, Berg, Oxford-New York, 1999, p. 1.

<sup>152</sup> Sin que eso signifique que no se analiza ello. Sin embargo, es más bien desde la filosofía del Derecho de donde sigue habiendo esfuerzos para cuestionar incluso la moralidad de eso. Véase, por ejemplo, de manera reciente: Waldron, Jeremy, “Immigration: a Lockean Approach”, en *Public Law Research*, Paper No. 15-37, NYU School of Law, May 2015.

<sup>153</sup> Cfr. Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, *op. cit.*, p. 44.

del Estado. “Cuando se trata del poder sobre el ingreso en el país, la soberanía del estado queda bien establecida constitucionalmente por las leyes internacionales”<sup>154</sup>.

Que el Estado pueda decidir de manera libre sus políticas migratorias, la regulación relativa a quién es su nacional y extranjero y, sobre todo, quién y cómo alguien puede entrar a su territorio ha sido a tal grado asimilado y vinculado a ese poder soberano que ni siquiera el surgimiento de la idea de los derechos humanos como límite al poder del Estado sirvió para que se reconociera de manera integral la movilidad humana<sup>155</sup>, pues lo más que se logró es que se reconociera el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país<sup>156</sup>. Pero la entrada a otro país, a otro Estado no ha sido reconocida, no está garantizada, ello es una potestad que los Estados creadores también de ese sistema de derechos humanos no están dispuestos a ceder a nadie<sup>157</sup>. Con lo que “el derecho a salir del propio país carece de sentido mientras no se pueda entrar en otro país”<sup>158</sup>. Sin embargo, los Estados son reticentes a ello al tener la idea equivocada de que esto limitará su soberanía<sup>159</sup>, de que “el mejoramiento del estatus

---

<sup>154</sup> Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en el era de la globalización*, *op.cit.*, pp. 77-78.

<sup>155</sup> Cfr. Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, *op. cit.*, pp. 365-366.

<sup>156</sup> Véase los artículos 13.2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 22, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, del Protocolo No. 4, del Convenio Europeo de Derechos Humanos; 15 de la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Estados del Sureste Asiático y 21 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, entre otros.

<sup>157</sup> Cfr. Plander, R., *International Migration Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1988, p. 11.

<sup>158</sup> Cfr. Pécoud, Antoine, “Migración sin fronteras: una investigación sobre la libre circulación de personas”, *op. cit.*, p. 145.

<sup>159</sup> Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, *Informe a la Asamblea General de Naciones Unidas 2013*, *op. cit.*, párr. 89 y Kathleen Newland, “The governance of international migration: mechanisms, processes and institutions”, documento elaborado para el *Programa de Análisis de Políticas e Investigación de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales*, septiembre de 2005.

jurídico de los inmigrantes [...] parece ser alcanzable sólo a costa del sacrificio de la soberanía estatal”<sup>160</sup>.

Al entender la soberanía como elemento de poder que se ejerce internamente sin sometimiento a un poder superior ejercido por un agente externo<sup>161</sup>, los Estados han desarrollado sus legislaciones que regulan la migración y, con ello, las políticas públicas que buscan ocuparse de diversos ángulos de esa actividad humana de manera unilateral<sup>162</sup>. Con lo cual, como ha quedado establecido en el primer apartado de este capítulo, las políticas migratorias alrededor del mundo tienen muy poca comunicación y coordinación entre sí. Se trata más bien de medidas de origen nacional, con algunos esfuerzos bilaterales o regionales como ocurre principalmente en la Unión Europea en donde se ha ido creando bases comunes<sup>163</sup> por medio de algunas Directivas europeas y otros instrumentos legales<sup>164</sup>.

Pero además de esa fragmentación, las políticas migratorias en gran medida se han debatido por mucho tiempo entre ser de control de migración o de regulación de migración<sup>165</sup>, aunque frecuentemente

---

<sup>160</sup> Cfr. Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, op. cit., p. 366.

<sup>161</sup> Cfr. MacCormick, Neil, *Questioning sovereignty: Law, state, and nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 29 y 127.

<sup>162</sup> El ejemplo más reciente de esta situación se ha observado en el marco de la Unión Europea, en la que, a pesar de existir líneas básicas de una política migratoria común, ante la situación de las personas que han llegado en el año 2015 solicitando refugio/asilo, varios Estados han rechazado las “cuotas obligatorias” de acogida alegando justamente cuestiones de soberanía nacional.

<sup>163</sup> Véase: Guiraudon, Virginie, “The Constitution of a European Immigration Policy Domain: A Political Sociology Approach”, en *Journal of European Public Policy*, Vol. 10, 2003, pp. 263-282; Koslowski, Rey, “European Union Migration Regimes, Established and Emergent”, en Joppke, Christian (Ed.), *Challenge to the Nation State: Immigration in Western Europe and the United States*, Oxford University Press, New York, 1998, pp. 153-183.

<sup>164</sup> Véase: Garcialoro, Gemma, “Los ejes de la política migratoria en la Unión Europea”, en *Papeles del Este*, Vol. 17, 2008, pp. 21-38.

<sup>165</sup> Véase: Hollifield, James F., Martin, Philip L. and Orrenius, Pia M. (Eds.), *Controlling Immigration: A Global Perspective*, Stanford University Press, California, 2014; Doomernik, Jeroen and Jandl, Michael (Eds.), *Modes of Migration Regulation and Control in Europe*, Amsterdam University Press,

ambos términos son utilizados como sinónimos<sup>166</sup>. La diferencia esencial radica en la forma en la cual es atendida la migración. Esto es, si la política migratoria es un instrumento que sirve para decidir quién, cuándo, cómo y dónde se entra y sale en un territorio. Es decir, reglas y procedimientos de selección, admisión y deportación de extranjeros (control), normalmente con una vertiente externa — antes de la partida en el país de origen— y una interna —a la primera entrada y seguimiento a ésta<sup>167</sup>. O bien, si se utiliza para gestionar la entrada y salida de personas buscando la integración y asimilación<sup>168</sup>, así sea temporal, de quienes migran. Es decir, proporcionando derechos, oportunidades sociales, participación cultural en la sociedad en general (regulación)<sup>169</sup>.

Pese a ello, las legislaciones dirigidas a regular y, más bien, a controlar la migración y extranjería tienen algunas características comunes en cuanto al establecimiento de visados y algunos otros requisitos de ingreso, tiempos de estancia y tipos de migración autorizadas<sup>170</sup>. Medidas todas que se ejercen como parte de ese

---

Amsterdam, 2008; López Sala, Ana María, “El control de la inmigración: Política fronteriza, selección del acceso e inmigración irregular”, en *Arbor Ciencia Pensamiento y Cultura*, Vol. CLXXXI, No. 713, mayo-junio 2005, pp. 27-39; Hammar, Tomas, “Politics of Immigration Control and Politicization of International Migration” en Sidique, Abu (Ed.), *International Migration into the 21st century*, Edward Elgar, Cheltenham, 2001, pp. 15-28.

<sup>166</sup> Cfr. Brochmann, Grete and Hammar, Tomas, *Mechanisms of Immigration Control: A Comparative Analysis of European Regulation Policies*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>167</sup> *Ibidem*, pp. 9, 12-16.

<sup>168</sup> Respecto a estos aspectos existe un nutrido debate entre quienes defienden el *multiculturalismo* y quienes desarrollan el *interculturalismo*. Véase: Barrett, Martyn, *Interculturalism and Multiculturalism: similarities and differences*, Council of Europe, Strasbourg, 2014; Zapata Barrero, Ricard, “The three strands of intercultural policies: a comprehensive view A critical review of Bouchard and Cattle recent books on interculturalism”, *GRITIM-UPF Working Paper Series*, No. 17, Summer 2013; Meer, Nasar and Modood, Tariq, “How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?”, en *Journal of Intercultural Studies*, Vol. 22, No. 2, April 2012, pp. 175-196.

<sup>169</sup> Cfr. Brochmann, Grete and Hammar, Tomas, *Mechanisms of Immigration Control: A Comparative Analysis of European Regulation Policies*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>170</sup> Por esa razón, tanto turista, como estudiante o trabajador sean condiciones migratorias, formas de migrar y, por tanto, todas estar incluidas en la categoría *persona migrante extranjera*.

monopolio que el Estado tiene de autorizar a quien puede entrar en su territorio<sup>171</sup>.

Por lo que si tiene el monopolio de autorizar quien puede ingresar, también se ha atribuido el monopolio de decidir quién y cómo debe salir de su territorio. Con lo que otro elemento común en las políticas migratorias es la facultad estatal para deportar y expulsar a personas extranjeras.

Pero fuera de esos elementos coincidentes, al menos en cuanto a su denominación, no así en sus características específicas, requisitos, ni modalidades; las políticas migratorias en el mundo son tan diferentes como países existen<sup>172</sup>. Y esto es así, no sólo en razón del lugar geográfico en el que cada país se encuentra, sino también de las relaciones que mantiene con otros países, con organismos internacionales, órganos supranacionales y, sin duda alguna, de las relaciones y vínculos históricos que mantiene con otros países o regiones del mundo.

A lo largo de la historia, en el mejor de los supuestos, las condiciones favorables o desfavorables de ingreso a un Estado y los derechos de los que se goza en éste, han dependido de la equiparación o reciprocidad que se adopte por los Estados, ya sea diplomática o legislativa<sup>173</sup>. “En rigor, todas las legislaciones mezclan ambos principios, y son particularidades políticas y económicas de cada país las que determinan la proporción en que se combinan”<sup>174</sup>.

Pese a esas diferencias y falta de homogeneidad, en los últimos años y especialmente a partir del año 2001 las políticas migratorias alrededor del mundo han ido adquiriendo uniformidad en un

---

<sup>171</sup> Cfr. Blitz, Brad K., *Migration and Freedom. Mobility, Citizenship and Exclusion*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2014, p. 22; Dowty, Alan, *Closed Borders. The Contemporary Assault of Freedom of Movement*, op. cit., pp. 182-190.

<sup>172</sup> Véase *supra* nota 151.

<sup>173</sup> Cfr. Dowty, Alan, *Closed Borders. The Contemporary Assault of Freedom of Movement*, op. cit., pp. 81-85.

<sup>174</sup> Miaja De la Muela, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, Tomo segundo, Parte especial, Octava edición, Ediciones Atlas, Madrid, 1979, p. 150.

aspecto: su vinculación con los temas de seguridad<sup>175</sup>, lo que a su vez ha dado lugar a un discurso dominante que percibe vínculos evidentes entre la migración internacional, la migración irregular y el crimen internacional<sup>176</sup>. Ello ha generado que lo que anteriormente eran políticas dirigidas a establecer, por ejemplo, modalidades, tiempos y lugares de acceso para las personas extranjeras, ahora sean requisitos con registros y antecedentes policíacos, plazos para acreditar razones de ingreso avalados y filtros de seguridad pese a que se supere satisfactoriamente lo anterior.

Todo lo cual, nos muestra que actualmente ante los escasos esfuerzos regionales y prácticamente nulos a nivel mundial, las políticas que regulan la migración son altamente complejas, poco pensadas en las personas y sus derechos, y más teniendo como elemento central a la seguridad del Estado. Siendo día con día más escasas las políticas migratorias que buscan integrar o al menos recibir amistosamente a las personas extranjeras y las que tienen como hilo conductor a los derechos humanos<sup>177</sup>.

Ejemplo claro de lo antes señalado lo es la política migratoria que es el tema central de este trabajo<sup>178</sup>: la previsión legal de la

---

<sup>175</sup> Cfr. Huysmans, Jef, “The European Union and the Securitization of Migration”, en *JCMS: Journal of Common Market Studies*, Vol. 38, December 2000, pp. 751–777; Campesi, Giuseppe, “Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea” en *Revista Crítica Penal y Poder*, OSPDH. Universidad de Barcelona, septiembre 2012, No. 3, pp. 5-8.

<sup>176</sup> Cfr. Rubio-Marín, Ruth, *Human Rights and Immigration*, *op. cit.*, pp. 2-8; Kymlicka, Will, “Justice and Security in the Accommodation of Minority Nationalism”, en May, Stephen; Modood, Tariq and Squires, Judith (Eds.), *Ethnicity, Nationalism, and Minority Rights*, Cambridge University Press, 2004, pp. 144-175.

<sup>177</sup> Cfr. Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, *Informe a la Asamblea General de Naciones Unidas 2013*, *op. cit.*, párr. 134.

<sup>178</sup> Aunque así como esa, hay otras más, por ejemplo, la extraterritorialización de las fronteras, que no es otra cosa que determinar quién puede y quien no puede ingresar a un país desde el territorio del país del que sea nacional o en el que se encuentre la persona que desea ingresar. Por lo que hoy en día, las fronteras ya no inician en donde inicia el territorio de un Estado, sino en las oficinas consulares y embajadas de dicho Estado en otros, así como en puertos y aeropuertos. Con lo que el *rechazo en frontera* en muchos caso ocurre mucho antes y lejos de cualquier punto fronterizo de entrada.

posibilidad de que las personas migrantes *sine permissum* y sin causas penales sean privadas de la libertad en tanto son devueltas, retornadas, deportadas o expulsadas.

La privación de libertad que estudiaremos en este trabajo tiene en cada país muy diversas concreciones, pero en todos los casos va más allá del plazo constitucionalmente admitido para otro tipo de privaciones de la libertad incluso de algunas de naturaleza penal. Así por ejemplo, en Francia el plazo que puede durar la medida es de hasta 45 días, en España y Portugal de 60 días, en México el plazo máximo es en principio de 60 días hábiles, en Grecia y Polonia de hasta 12 meses, en Italia y Alemania puede ser de hasta 1 año y 6 meses, como lo podría ser en todos los Estados miembros de la Unión Europea de conformidad con lo establecido en la Directiva 2008/115<sup>179</sup>. En Estados Unidos, Reino Unido y Australia es indefinido<sup>180</sup>, por lo que puede ser de días, meses o años, dependiendo cada caso y las circunstancias particulares de la persona detenida.

Con la existencia o no de lugares destinados a la privación de libertad de migrantes *sine permissum* y sin causas penales, al menos 59 de los 193 países que integran actualmente la Organización de las Naciones Unidas<sup>181</sup> tienen prevista en sus legislaciones y normas reglamentarias o inferiores a éstas la posibilidad de privar de la libertad a las personas migrantes que se encuentran en su territorio sin el permiso que sólo el Estado puede dar<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> Cfr. Acosta Arcarazo, Diego, “The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: is the European Parliament becoming Bad and Ugly? (the Adoption of Directive 2008/115 : the Returns Directive)”, en Guild, Elspeth and Minderhoud, Paul, *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Nijhoff, Leiden, 2012, pp. 179-205.

<sup>180</sup> Cfr. Thwaites, Rayner, *The Liberty of Non-Citizens. Indefinite Detention in Commonwealth Countries*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2014; De Zayas, Alfred, “Human Rights and Indefinite Detention”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005, pp. 15-38.

<sup>181</sup> Información disponible en: <http://www.un.org/es/members/> Consultado el 05 de junio de 2015.

<sup>182</sup> La organización *Global Detention Project* tiene registros de 70 países. Disponible aquí: <http://www.globaldetentionproject.org/countries.html> Sin embargo, nosotros no pudimos confirmar la información en 11 de ellos.

Para entender una parte de la magnitud de ello, la organización no gubernamental Migreurop<sup>183</sup>, por ejemplo, había identificado para el año 2012 la existencia de 473 centros o lugares cerrados destinados a privar de la libertad a personas migrantes sin causas penales en 44 países ubicados en Europa, el norte de África y la Asia vecina de Europa. Cifras que son difíciles de contrastar con la información oficial, al no estar esta última disponible o no ser de acceso público en todos los países que la organización menciona. En tanto que en Estados Unidos para ese mismo año existían 250 centros de detención<sup>184</sup>.

La aceptación y normalización en algunos segmentos de la sociedad<sup>185</sup> con pocos cuestionamientos respecto a su existencia, su validez constitucional y frente a obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se debe, en gran medida, al paso que se ha dado también en muchas latitudes del mundo de dejar de considerar la migración sin permiso como un delito<sup>186</sup>, para sólo ser considerada como una infracción administrativa. Con lo que se ha

---

<sup>183</sup> *Encierro de migrantes. El modo de gestión privilegiado de las migraciones*, Boletín de migreurop, No. 2, abril 2013, París, p.2.

<sup>184</sup> *Detention Facilities*, US Immigration and Customs Enforcement (ICE), disponible en: <http://www.ice.gov/detention-facilities/>

<sup>185</sup> Para Young, Iris Marion, “Taking the Basic Structure Seriously”, en *Perspectives on Politics*, Vol. 4, No. 1, March 2006, p. 95: la normalización consiste en una serie de procesos sociales que elevan la experiencia y las capacidades de ciertos segmentos sociales a los estándares para juzgar a todas las personas. En este proceso, los atributos, comportamientos o formas de vida que son “normales” en el sentido de ser practicados por una mayoría o un segmento social dominante vienen también con la connotación de ser “los mejores”. Al grado que otras personas que no cumplen con esos estándares, ya sea por sus capacidades físicas, por su pertenencia a determinados grupos sociales o culturales o por la forma de vida que llevan tienden a sufrir estigmatización y desventajas.

<sup>186</sup> México lo hizo en el año 2008. Italia lo inició el 28 de abril de 2014 por medio de la Ley delegada 67/2014 aprobada por el Parlamento italiano. Pero también se promueve ello desde ámbitos internacionales, véase por ejemplo: Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *Informe del Grupo*, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, párr. 53; *Informe presentado por la Relatora Especial*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 73.



eliminado jurídicamente la sanción penal<sup>187</sup>, pero ha prevalecido la privación de libertad, mostrándose en apariencia un avance, aunque en realidad la más importante de sus consecuencias como sanción penal permanece<sup>188</sup>, pero ya sin esa connotación al menos de manera formal. O peor aún, se ha entendido como la mejor medida para no tener que llegar a considerar como un delito la migración sin permiso, pese a que sus consecuencias en realidad son muy similares y su legitimidad es muy cuestionable<sup>189</sup>.

Todo esto, con las fuertes cargas históricas que justifican esa medida, porque se utiliza en el imaginario colectivo la idea de que el extranjero es peligroso<sup>190</sup>. Lo cual a su vez al ser vinculado con la noción de seguridad ha significado que cada persona extranjera constituye un enemigo contra el cual estrictas medidas están justificadas<sup>191</sup>.

Lo anterior, muy a pesar de que al creciente endurecimiento de las políticas de inmigración que se han adoptado en los últimos 20 años en todos los países del mundo, el número de entradas irregulares no ha disminuido<sup>192</sup>. Con lo que esas políticas que en apariencia

---

<sup>187</sup> Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado un paso atrás en esta materia, al señalar que no se opone a la Directiva 2008/115 sobre retorno que los Estados miembros de la Unión Europea puedan adoptar una normativa que sancione penalmente toda nueva entrada irregular de un nacional de un tercer país. Véase: TJUE, *caso Skerdjan Celaj*, Sala Cuarta, Asunto C-290/14 PPU, sentencia de 1 de octubre de 2015.

<sup>188</sup> Cfr. Martínez Escamilla, Margarita, “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, No. 3, 2009, p. 39.

<sup>189</sup> Cfr. Bosworth, Mary, “Can Immigration Detention Centers be Legitimate? Understanding Confinement in a Global World”, en Franko Aas, Katja and Bosworth, Mary, *The Borders of Punishment. Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press, 2013, pp. 158-162.

<sup>190</sup> Cfr. Kymlicka, Will, “Justice and Security in the Accommodation of Minority Nationalism”, *op. cit.*, pp. 144-175.

<sup>191</sup> Cfr. Wilsher, Daniel, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge University Press, New York, 2012, Electronic Book, poss. 218 y 287; y p. 1.

<sup>192</sup> Cfr. Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, *Informe al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas 2012 (A/HRC/20/24 de 2 de abril de 2012)*, Vigésimo periodo de sesiones, párr. 8; Massey, Douglas S.,

generarían un mayor control, en realidad sólo han generado mayor descontrol, nuevos negocios ilícitos<sup>193</sup>, criminalización de quienes migran y nuevos tipos penales. Pero no una mejor organización, coordinación y cooperación en los movimientos migratorios humanos.

El caso de México y España nos darán muestra clara de todo lo antes mencionado, por lo que a continuación describiremos el origen y características actuales de esa medida en ambos países. Pero antes, estableceremos un panorama general del origen histórico de esa medida.

#### A. Primera ley que incluye la medida de privación de libertad de migrantes *sine permissum* y sin causas penales en centros de detención en el mundo.

Como ya fue señalado, los primeros sistemas de regulación de la migración, con una estructura al menos incipiente, tienen su origen a mediados del siglo XIX. Se considera que uno de los primeros que se puso en vigor en 1882 fue en Estados Unidos con el *Act to Regulate Immigration*<sup>194</sup>. Aunque en realidad, previo a ese existía ya el español aprobado en 1852 contenido en el Real Decreto de Extranjería, el mexicano aprobado en 1854 por medio del Decreto del gobierno: Extranjería y nacionalidad, y el argentino promulgado en 1876 por la Ley No. 817, entre otros más.

En todas esas normas, la detención con fines de identificación y selección se convirtió en una parte importante de los sistemas, aunque en principio sólo buscaba determinar si se les podía dar libre entrada o si resultaba necesario expulsarlos. En estas normas, no se establecía el tiempo, ni el lugar en el que dicha detención se

---

“Undocumented Migration from Latin American in an Era of Rising U.S. Enforcement”, en *The Annals of the American Academy of Political And Social Science*, Vol. 630, No. 1, July 2010, pp. 294-321.

<sup>193</sup> Cfr. Andersson, Ruben, *Illegality, Inc. Clandestine Migration and the Business of Bordering Europe*, University of California Press, 2014.

<sup>194</sup> Cfr. Wilsher, Daniel, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, op. cit., p. 10.

ejecutaría, pero por la época lo normal es que ello ocurriera en el puerto al que se arribaba.

Es la *Immigration Act* de 1891 en Estados Unidos, la primera norma jurídica que expresamente hace mención de la detención para la examinación de la situación de los extranjeros en un tiempo y lugar diseñado para ello<sup>195</sup>. Así, es abierto en ese mismo año el primer centro federal de detención de inmigrantes en Ellis Island, New York. Tal práctica se convirtió en una medida ordinaria que incluso se dice que para 1907, un año con elevada migración hacia Estados Unidos, en Ellis Island fueron detenidas 195.540 personas de los 1.123.844 que llegaron a ese país<sup>196</sup>.

Por increíble que pueda parecer, los límites temporales de dicha detención administrativa fueron analizados apenas en el año 2001 por la Suprema Corte de Estados Unidos<sup>197</sup>, aunque sólo para el supuesto de deportación. Con una votación de 7 a favor y 2 en contra, la Corte resolvió en esencia que la detención indefinida, potencialmente permanente era inconstitucional, especialmente cuando después de que se han llevado a cabo todos los procedimientos no es posible deportar a una persona. Pero validó las detenciones por 90 días con fines de deportación sin revisión judicial o administrativa.

Así, por más de 100 años dicha medida careció de un análisis constitucional a fondo en ese país, pese a que a lo largo de esos años se habían presentado algunos casos ante tribunales inferiores y ante la propia Corte Suprema por la discriminación y xenofobia que sufrieron las personas de origen chino, quienes eran detenidas y expulsadas de manera colectiva<sup>198</sup>, pero ante dichos casos la Corte Suprema de Estados Unidos se limitó al estudio del debido proceso aplicable a la detención migratoria que dio origen a la conocida como *plenary power doctrine*, la cual establece que el “poder

---

<sup>195</sup> Cfr. Wilsher, Daniel, *Immigration Detention*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>196</sup> *Ibidem.*, p. 16.

<sup>197</sup> Véase: Supreme Court of the United States, *Zadvydas v. Davis et. al.*, 533 U.S. 678, Argued February 21, 2001, Decided June 28, 2001.

<sup>198</sup> Cfr. Wilsher, Daniel, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, *op. cit.*, poss. 1367 y p. 54.

migratorio” es en gran medida inmune de restricción constitucional<sup>199</sup>.

Tal situación generó, sin duda alguna, que la medida de privación de libertad administrativa de personas migrantes se mostrara como algo jurídicamente válido y adecuado, pues si en el país que surgió como modelo específico de control no ha sido rechazada a lo largo de todos esos años, parecía que no existían razones para no seguir dicho ejemplo.

## B. La privación de libertad de personas migrantes *sine permissum* y sin causas penales en la legislación española y mexicana

### a) España

La primera norma jurídica española que contempló la posibilidad de detener a extranjeros que hubiesen llegado a un puerto o pueblo de la frontera sin el correspondiente pasaporte fue el *Real Decreto fijando los derechos de extranjería en España*, de 17 de noviembre de 1852, el cual en su artículo 14 contemplaba tal posibilidad. Aunque la sanción por introducirse sin presentar pasaporte consistía en la aplicación de una multa y la expulsión del territorio español (artículo 13)<sup>200</sup>. Por lo que en realidad sólo se trataba de una detención con fines de identificación.

Para 1971 con la publicación del Decreto 1144/1971, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, se preveía en el artículo 13 de dicha norma que el Juez podía decretar el internamiento preventivo del extranjero que debiera ser expulsado por ser considerado peligroso. Dicho internamiento se

---

<sup>199</sup> *Ibidem*, pass. 1391 y p. 55; y *Cfr* Cole David, “In Aid of Removal: Due Process Limits on Immigration Detention”, en *Emory Law Journal*, Vol. 51, 2002, pp. 1014-1020; Vandenberg, Quinn H., “How Can the United States Rectify Its Post-9/11 Stance on Noncitizens' Rights”, en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 18, 2004, pp. 610-615.

<sup>200</sup> *Documentos internacionales del reinado de doña Isabel II: desde 1842 a 1868*, Imprenta de Miguel Ginesta, Madrid, 1869.

debía llevar a cabo en centros especiales preventivos o en los establecimientos ordinarios disponibles (artículos 19 y 20) y los jueces de peligrosidad y rehabilitación debían de cuidar que el internamiento no se prolongara más allá de lo imprescindible (artículo 21)<sup>201</sup>. Con lo que esta norma es el primer antecedente en España de la privación de libertad de migrantes extranjeros *sine permissum* y sin causas penales.

Posteriormente, con el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España, en su artículo doce se preveía la posibilidad de que fueran detenidos los extranjeros que estuviesen desprovistos de la debida documentación, cuando no acreditaran debidamente su personalidad y carecieran de arraigo o aval suficiente en la Nación. De igual forma, el artículo treinta establecía que podían ser detenidos o ingresados en prisión durante el tiempo indispensable para poder evacuar los trámites inherentes a la situación, los extranjeros que debieran ser expulsados<sup>202</sup>.

Es con la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, con la cual se confirma la tendencia sancionadora por medio de la privación de la libertad al preverse en el artículo veintiséis de ésta la posibilidad de detener con carácter preventivo o cautelar al extranjero que se encontrara sin autorización en territorio español, mientras se sustanciaba el expediente. La detención debía ser autorizada por un Juez de Instrucción (penal) y llevarse a cabo en centros de detención o en locales que no tuvieran carácter penitenciario, sin que el internamiento pudiera exceder de cuarenta días<sup>203</sup>.

La anterior Ley es sustituida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, la cual ha sido modificada por las leyes orgánicas 8/2000, 14/2003 y 2/2009, en las que se ha mantenido la antes referida privación de libertad en los que se han denominado

---

<sup>201</sup> *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 132, 3 de junio de 1971, pp. 8895-8903.

<sup>202</sup> *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 50, 27 de febrero de 1974, pp. 4008-4011.

<sup>203</sup> *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 158, miércoles 3 de julio de 1985, pp. 20824-20829.

como centros de internamiento de extranjeros (CIE) y el plazo máximo se ha ampliado de cuarenta a sesenta días.

La última reforma con la que se amplió el plazo derivó directamente de lo establecido por la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Por lo que, la Ley Orgánica 4/2000 es la norma vigente<sup>204</sup> en el año 2015 (Ley de Extranjería), y en ésta está prevista la privación de libertad de las personas migrantes *sine permissum* y sin causas penales.

Así, actualmente en España a la privación de libertad de personas migrantes se le denomina *internamiento*. Es ejecutado en los llamados *centros de internamiento de extranjeros* que como se ha establecido, surgieron en la legislación española con la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, a pesar de tener antecedentes normativos más atrás en el tiempo, como antes establecimos.

La Ley de Extranjería, en su artículo 62 bis, los define como establecimientos públicos de carácter no penitenciario, en los cuales, se dice, el ingreso y estancia de los extranjeros tiene únicamente una finalidad preventiva y *cautelar*, en la cual se debe salvaguardar los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico para éstos, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso que en cada caso haya sido acordada.

De manera precisa, la catalogada como medida cautelar está regulada en los artículos 60 a 62 sixies de la Ley Orgánica antes referida. Así como con lo dispuesto en el Real Decreto 162/2014, de

---

<sup>204</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre y 2/2009, de 11 de diciembre.

14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros<sup>205</sup>.

Dicho Reglamento que ha sido muy cuestionado por su contenido<sup>206</sup> y durante todo el tiempo que estuvo en elaboración<sup>207</sup>, no sólo por parte de organizaciones de la sociedad civil, sino también por el Poder Judicial<sup>208</sup>, está integrado por 58 artículos, cuatro disposiciones adicionales y una transitoria que, de una u otra manera, desarrollan el contenido que antes ha sido descrito de la Ley de Extranjería<sup>209</sup>.

---

<sup>205</sup> Este Reglamento fue emitido con al menos 5 años de retraso, por lo que todo el tiempo en que existió un vacío normativo se aplicaba el artículo 258 del Reglamento de la Ley de Extranjería, y la Orden Ministerial 22/1999 de 22 de febrero, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros. Normas que por la fecha en la cual habían sido emitidas, no se correspondían con el contenido de la Ley vigente a partir del año 2000 y sus posteriores reformas.

<sup>206</sup> La legalidad de varias de las disposiciones del Reglamento fue impugnada ante el Tribunal Supremo de España (Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo) en julio de 2014 por la Federación Andalucía Acoge, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y la Federación de Asociaciones de SOS Racismo del Estado español (Rec. 373/2014). Dicho Tribunal resolvió, por mayoría en sentencia de 10 de febrero de 2015, anular los artículos 7.3 (párrafo segundo), 16.2 (párrafo k), 21.3 y 55.2 (párrafo primero) del referido Reglamento.

<sup>207</sup> Una crítica que mostraba las grandes inconsistencias e incompatibilidades de este Reglamento con la Ley de Extranjería e incluso con la propia Constitución, lo era que, por ejemplo, en uno de los proyectos que se mantuvieron casi hasta el final los centros de internamiento pasaban a llamarse *centros de estancia controlada de extranjeros*, lo cual estaba en total contradicción con la referida Ley al no estar prevista esa denominación en ésta, ni en ninguna norma jurídica en España. Pero así, había y se mantuvieron otras tantas contradicciones, siendo las más graves aquéllas que establecen restricciones a los derechos humanos no previstas en Ley Orgánica, ni autorizadas por la Constitución. Algunas de estas se analizarán más adelante.

<sup>208</sup> Véase: Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Estancia Controlada de Extranjeros*, Pleno del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 8 de noviembre de 2012.

<sup>209</sup> En entrevistas que tuvimos con personas encargadas de la aplicación del Reglamento (directores de centros, Fiscalía, jueces de control de estancia), en la mayoría de casos, consideran que su contenido es insuficiente y deficiente.

El llamado internamiento, de acuerdo con la Ley de Extranjería, se puede aplicar en algunos supuestos específicos en caso de *expulsión* (artículo 61.1 y 62), no en todos, así como en algunos casos de *denegación de entrada en frontera* (artículo 60.1) y algunos casos de *devolución* (artículo 58.6)<sup>210</sup>.

Cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015) existen oficialmente funcionando 8 centros de internamiento de extranjeros situados en las provincias de: Barcelona (Zona Franca [1]), Cádiz (Algeciras-La Piñera [2]), Las Palmas (Matorral en Fuerteventura [3] y Barranco Seco en Gran Canaria [4]), Madrid (Aluche [5]), Murcia (Sangonera la Verde [6]), Santa Cruz de Tenerife (Hoya Fría [7]) y Valencia (Zapadores [8]). Además de 2 centros de estancia temporal para inmigrantes (CETI) ubicados en Melilla y Ceuta.

Lo anterior, sin tomar en cuenta por exceder el objetivo de este trabajo, los centros de detención que tanto España como otros países de la Unión Europea están financiando más allá de sus fronteras territoriales<sup>211</sup>. Pero que también es un aspecto que debería estar presente de manera más constante al analizarse el tema.

De acuerdo con la Fiscalía General del Estado<sup>212</sup> en el año 2010 estuvieron privadas de libertad en los CIE<sup>213</sup> 13.506 personas. Un

---

<sup>210</sup> El análisis particular de los supuestos se desarrollará en el Capítulo IV de este trabajo.

<sup>211</sup> Véase en ese sentido: Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, Twenty-ninth session, Agenda item 3, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, A/HRC/29/36, 8 May 2015, párr. 9-139; Ceriani Cernadas, Pablo, “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, en *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 6, No. 10, junio de 2009, pp. 189-214; Martínez Escamilla, Margarita, “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *op. cit.*, p. 6.

<sup>212</sup> Véanse Memorias de la Fiscalía General del Estado 2011, 2012, 2013.

<sup>213</sup> Se debe destacar que hasta junio de 2012 funcionaba también un CIE en Málaga (Capuchinos).



año después la cifra pasó a ser de 13.241 personas<sup>214</sup>. Para el año 2012 la cantidad de personas privadas de libertad fue de 11.325<sup>215</sup>. En tanto que en el año 2013 el número de personas privadas de libertad en un centro de internamiento de extranjeros fue de 9.002<sup>216</sup>.

Para el año 2014 el número de personas en los CIE llegó a 7.286<sup>217</sup>. La mayoría de las personas privadas de libertad en ese año fueron, presuntamente, de Marruecos (1.533), Argelia (1.162), Camerún (507) y Malí (417)<sup>218</sup>.

Como se observa, la tendencia de los números ha ido a la baja año con año en el periodo analizado. No obstante ello, lo importante es no perder de vista que cada uno de esos números representa a una persona, a una historia de vida. En ese análisis numérico, tampoco se debe perder de vista que en el periodo examinado ha existido una crisis económica que puede repercutir en el número de personas interesadas en llegar a España, como ya quedó reflejado en la estadística migratoria general (*supra* 1.2.A).

---

<sup>214</sup> Dicho número no se corresponde con el que señala el Defensor del Pueblo en su *Informe Anual 2011. Mecanismo Nacional de Prevención de Tortura* (página 110), pues éste establece que el número total fue de 11.456.

<sup>215</sup> Véase también: Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012. Mecanismo Nacional de Prevención de Tortura*, Madrid, 2012, p. 63.

<sup>216</sup> Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2013. Mecanismo Nacional de Prevención de Tortura*, Madrid, 2013, p. 72.

<sup>217</sup> La Memoria 2014 de la Fiscalía General del Estado, publicada en su página electrónica el 25 de septiembre de 2015, no contiene información relativa al total de personas efectivamente internadas en España, ni en cada uno de los centros de internamiento. La única información que sirve para tener una referencia en relación a ese tema es que informa que de un total de 8.651 informes sobre internamiento cautelar, 6.761 los emitieron favorablemente y 1.860 en sentido negativo. Este año tampoco aparece información del total de expulsiones efectivas a partir de la aplicación del internamiento. Derivado de una solicitud de información concreta que formulamos, sabemos que en el año 2014 estuvieron privadas de libertad en el CIE de Barcelona un total de 1333 personas, siendo la media de ocupación diaria de dicho centro de 104 personas.

<sup>218</sup> Esta información por nacionalidad no consta de manera pública en años anteriores ya que la correspondiente a 2014 se obtuvo de las respuestas que el Gobierno de España le dio a las preguntas planteadas por el diputado Jon Iñarritu García al Ministro del Interior en el Congreso de los Diputados el 10 de marzo de 2015.

Por otra parte, el tiempo de estancia promedio en los centros de internamiento de extranjeros no es fácil de determinar ya que la información disponible es escasa y contradictoria<sup>219</sup>. De todas las fuentes consultadas y de la entrevista con algunas personas que estuvieron privadas de libertad en algún CIE en todos esos años, el promedio más constante ha estado entre el amplio margen de 29 y 48 días<sup>220</sup>. Lo cual, no proporciona ninguna referencia confiable de análisis.

Asimismo, los conocidos como CIE han recibido muchas críticas y cuestionamientos de organizaciones no gubernamentales por la constante vulneración de derechos humanos que sufren las personas ahí privadas de libertad<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> Por ejemplo: La Fiscalía General del Estado en su Memoria 2012 señaló (página 862) que en el año 2011 en el CIE de Barcelona la media de estancia fue de 29 días en el caso de los hombres y de 22 en el caso de las mujeres. Pero, de acuerdo con Women's Link Worldwide en su informe *Mujeres en los centros de internamiento de extranjeros. Realidades entre rejas* (página 4), desde el año 2010 no se llevan a ese Centro a mujeres, sólo a hombres. Esto último lo pudimos confirmar personalmente a partir de diciembre de 2011, fecha en la que por primera vez estuvimos en dicho centro de internamiento.

<sup>220</sup> La fuente de información más confiable respecto a este punto lo debería ser el Poder Judicial al ser los jueces de instrucción quienes dictan la medida de internamiento. Sin embargo, no existe una base de datos a la que se pueda acceder, ni se permite el acceso con fines académicos a los expedientes. En la respuesta dada al diputado Iñarritu (*supra* nota 218) se dice que la media en el año 2014 fue de 26 días.

<sup>221</sup> Véase, entre otros: Campaña por el Cierre de los Centros de Internamiento de Extranjeros (Els Cie), *El CIE de Barcelona (Zona Franca). Situaciones de racismo y discriminación*, enero 2014; Women's Link Worldwide, *Mujeres en los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Realidades entre rejas*, 2012; Pueblos Unidos, *Miradas tras las rejas. Informe de Pueblos Unidos sobre el CIE de Aluche*, diciembre 2011; Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *Situación de los centros de Internamiento para Extranjeros en España. Conversaciones junto al muro*, Informe Técnico realizado por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) en el marco del estudio europeo DEVAS, diciembre de 2009; Ferrocarril Clandestino, Médicos Mundo Madrid y SOS Racismo Madrid, *Voces desde y contra los centros de Internamiento de Extranjeros (CIE). Para quien quiera oír*, octubre de 2009; Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, *Centros de Internamiento y Retención en España*, octubre 2008.

Lo único cierto es que la medida de privación de libertad<sup>222</sup> en los centros de internamiento de extranjeros se ha venido implementando prácticamente desde su inclusión legal en 1985 y hoy en día sigue siendo una medida común en España y parte importante de su política migratoria<sup>223</sup>.

#### *b) México*

La primera norma jurídica mexicana que estableció la obligación de que fueran detenidos en el puerto o primer lugar de arribo los extranjeros que se hubiesen internado al territorio nacional sin pasaporte o sin cumplir los requisitos de la ley, fue el Decreto del Gobierno: Extranjería y nacionalidad del 30 de enero de 1854<sup>224</sup>. En el artículo 3 de éste se establecía lo anterior, precisando que dicha detención era con fines de identificación y se mantenía hasta que el Ministerio de Relaciones dispusiera lo conveniente sobre su expulsión o libre entrada.

Para la Ley de Extranjería y Naturalización de 1886 tal detención desaparece pese a existir la posibilidad de expulsar a los extranjeros perniciosos<sup>225</sup>.

En la Ley de Inmigración de 1909 se incluye en sus artículo 7 y 39 la posibilidad de detener al extranjero que hubiese ingresado sin autorización, pudiendo ser expulsado si no tuviese más de tres años de residencia en el país, como una pena administrativa de carácter corporal<sup>226</sup>. Con lo que este es el primer antecedente legislativo mexicano en el que se prevé la privación de libertad sin causas penales de personas *migrantes extranjeras*.

---

<sup>222</sup> Véase *infra* apartado 3.8 para conocer por qué le denominamos privación de libertad al internamiento.

<sup>223</sup> Como se establecerá más adelante (*infra* apartado 4.3), en gran medida en razón de que es la única medida que cuenta con regulación, las otras están previstas en la Ley de Extranjería pero no están desarrolladas en ninguna norma.

<sup>224</sup> *Compilación Histórica de la Legislación Migratoria en México. 1821-2000*, Instituto Nacional de Migración, México, 2000, pp. 53-56.

<sup>225</sup> *Ibidem.*, pp. 91-100.

<sup>226</sup> *Ibidem.*, pp. 109-118.

Con la Ley de Migración de 1926 se incluía en su artículo 20 como sanción por inmigrar violando las leyes que rigen la materia el arresto o la multa. Aunque en realidad, las consideradas como penas por cometer infracciones a esa Ley, incluida la de ingresar sin autorización (artículo 85), eran sancionadas principalmente con multas (artículos 80 a 101) y sólo en caso de que dichas multas no fueran pagadas, ello se conmutaba por arresto que no podía exceder de quince días (artículo 102)<sup>227</sup>.

En la Ley de Migración de 1930 de manera casi idéntica a la anterior, se sancionaba el ingreso sin autorización con multa (artículos 142 a 146) y en caso de que ésta no fuese pagada, se conmutaba con arresto no mayor a quince días (artículo 159)<sup>228</sup>. Posteriormente, en la Ley General de Población de 1936 se siguió bajo la misma línea, sólo que en ésta ya no se preveía un plazo máximo para el arresto, sino que se establecía que sería el que correspondiera (artículo 205)<sup>229</sup>.

Con motivo de la Segunda Guerra Mundial, surgieron las que podrían considerarse el primer antecedente de las que hoy en día se conocen como *estaciones migratorias*, que se crearían años más tarde en la legislación mexicana, pues al participar México en dicha guerra, se vio obligado a implementar medidas para detener al enemigo, con lo que se crearon las estaciones migratorias de Perote, Veracruz y San Antonio, Guanajuato, según lo explicó el Presidente Manuel Ávila Camacho en su informe de 1 de septiembre de 1942<sup>230</sup>.

Incluso, en la época fue aprobado el Reglamento de la Ley Relativa a Propiedades y Negocios del Enemigo, en el que en su artículo 3, fracción XII, se establecía que al la Junta de Administración y Vigilancia de la Propiedad Extranjera le correspondía el proporcionar los fondos para el sostenimiento de los campos de

---

<sup>227</sup> *Ibidem.*, pp. 129-147.

<sup>228</sup> *Ibidem.*, pp. 153-181.

<sup>229</sup> *Ibidem.*, pp. 187-220.

<sup>230</sup> *Cfr.* Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Marco jurídico y funcionamiento de las estaciones migratorias en México*, México, 1997, pp. 42-44.

concentración<sup>231</sup> y controlar su distribución, sin perjuicio de las facultades de vigilancia y policía que en esos ámbitos ejercía la Secretaría de Gobernación<sup>232</sup>.

La situación cambia con la Ley General de Población de 1947, en la que se abandona la vía administrativa y se considera como delito el ingresar y permanecer en el país sin autorización (artículos 105 a 107), con lo que se podían imponer penas de prisión que iban de seis meses a cinco años de prisión, dependiendo de la conducta específica en que se incurriera, además de una multa. Y una vez cumplida la pena, como en todos los casos anteriores, se daba la expulsión o deportación<sup>233</sup>.

Para la Ley General de Población de 1974 se mantiene la vía penal para los casos de ingreso y permanencia a México sin autorización (artículos 99 a 103), estableciendo que podían imponerse penas de prisión de dos a seis años, de acuerdo al tipo de conducta que se cometiera, además de multa y posterior expulsión. Es en esta Ley en donde por primera vez se establece la existencia de las *estaciones migratorias*, como lugares para el aseguramiento de los extranjeros a fin de que se pudiera ejecutar la expulsión (artículos 71 y 108)<sup>234</sup>.

En el año 2008 la Ley General de Población fue reformada para despenalizar la migración sin permiso<sup>235</sup>. Con ese cambio normativo, los llamados aseguramientos en estaciones migratorias adquirieron mayor importancia como medios para hacer cumplir las sanciones por infracciones a dicha Ley.

---

<sup>231</sup> Así denominaba a esos lugares el referido Reglamento.

<sup>232</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Federación, 29 de marzo de 1944.

<sup>233</sup> *Compilación Histórica de la Legislación Migratoria en México. 1821-2000*, op. cit., pp. 229-246.

<sup>234</sup> *Ibidem.*, pp. 257-279.

<sup>235</sup> Cfr. Morales Sánchez, Julieta, “Despenalización de la migración irregular en México: Análisis y perspectivas de la reforma a la Ley General de Población de 21 de julio de 2008, en Cienfuegos Salgado, David, (et. al.), *Temas de migración y derecho*, Fundación Académica Guerrerense, México, 2008, pp. 105-138.

En la Ley de Migración vigente en México para 2015<sup>236</sup>, la cual entró en vigor en mayo de 2011, la privación de libertad de personas migrantes sin permiso es llamada *alojamiento* y se ejecuta en las llamadas *estaciones migratorias*, que como se ha establecido, surgieron en la legislación mexicana con la Ley General de Población de 1974.

Las estaciones migratorias son definidas en el artículo 3, fracción X, de la referida Ley como las instalaciones físicas que establece el Instituto Nacional de Migración (INM) para alojar temporalmente a los extranjeros que no acrediten su situación migratoria regular, en tanto se resuelve su situación migratoria.

La referencia a las estaciones migratorias se hace en varias partes de la Ley de Migración, pero destaca por su contenido al establecer aspectos concretos respecto a su regulación en el artículo 68 que contempla la presentación y alojamiento de extranjeros en las estaciones migratorias como parte del procedimiento administrativo migratorio. Siendo ello, de acuerdo con el artículo 99 de esa Ley, de orden público y una medida temporal dictada por el INM a un extranjero que no acredita su situación migratoria para la regularización de su estancia o la asistencia para el retorno.

De manera específica las estaciones migratorias están reguladas en los artículos 106 a 111 de la Ley de Migración.

De conformidad con el artículo 111 de dicha Ley, el plazo inicial de alojamiento en las estaciones migratorias a partir de la fecha de presentación en éstas será de quince días hábiles, pudiéndose extender en quince días hábiles más en algunos supuestos que el propio artículo establece. Por lo que en principio, pareciera que el plazo máximo de estancia es de 30 días hábiles. Sin embargo, ello no es así, ya que dentro de esos supuestos de ampliación del alojamiento hay cuatro supuestos específicos que dan la posibilidad a la autoridad administrativa para extender el llamado alojamiento de un extranjero a un plazo que en ningún caso pueda ser mayor de 60 días hábiles (fracciones I a IV), por lo que, en realidad, éste

---

<sup>236</sup> Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011.

último es en principio el plazo máximo de estancia que autoriza la Ley de Migración.

Pero en realidad no es el máximo, ya que éste tiene una excepción de muy dudosa validez constitucional (fracción V)<sup>237</sup>, al dejar sin plazo límite los casos en los cuales se haya interpuesto un recurso administrativo o judicial en que se reclamen cuestiones inherentes a la situación migratoria en México de la persona privada de libertad; o si se ha interpuesto un juicio de amparo y existe una prohibición expresa de la autoridad competente para que el extranjero pueda ser trasladado o para que pueda abandonar el país. Con lo que, como se observa, hay al menos un supuesto sin plazo máximo<sup>238</sup>.

Además de ello, en el Reglamento de la Ley de Migración vigente<sup>239</sup> se precisan y desarrollan algunos de los aspectos antes relatados en los artículos 222 a 239 de éste. Siguiendo lo que ordena el artículo 223 del referido Reglamento, están también vigentes las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estaciones Provisionales del Instituto Nacional de Migración<sup>240</sup>, en las que en 52 artículos se desarrollan las particularidades de organización y funcionamiento de dichos espacios.

De conformidad con la Ley de Migración, el llamado alojamiento se puede aplicar en casos que tengan como fin la *regularización*<sup>241</sup>, en

---

<sup>237</sup> Véase en ese sentido: Castilla Juárez, Karlos, “Ley de Migración mexicana: algunas de sus inconstitucionalidades” en *Revista Migración y Desarrollo*, Red Internacional de Migración y Desarrollo, No. 23, Vol. 23, segundo semestre de 2014, México, pp. 149-181.

<sup>238</sup> *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, *op. cit.*, p. 235, párr. 528.

<sup>239</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de septiembre de 2012.

<sup>240</sup> Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 8 de noviembre de 2012.

<sup>241</sup> La Ley de Migración no define qué es la regularización, pero sí establece (artículo 132) cuándo se tiene derecho a ésta: i. Se carezca de la documentación necesaria para acreditar su situación migratoria regular; ii. La documentación con la que acrediten su situación migratoria se encuentre vencida, o iii. Se hayan dejado de satisfacer los requisitos en virtud de los cuales se les otorgó una determinada condición de estancia.

los casos que la Ley se denomina como *deportación*<sup>242</sup> y en los casos del llamado *retorno asistido*<sup>243</sup>. Para los casos de *expulsión* no es clara la situación, en razón de que en México no existe una ley (noviembre de 2015) que regule dicho supuesto previsto en el artículo 33 constitucional<sup>244</sup>.

En México, cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015), hay 32 estaciones migratorias a lo largo del país, prácticamente estando una en cada entidad federativa. Además de éstas existen 15 estancias provisionales tipo “A” previstas para una estancia máxima de 48 horas y 12 estaciones provisionales tipo “B” para una estadía máxima de 7 días. Además de que está autorizado que se puedan habilitar otros lugares con la misma finalidad<sup>245</sup>. En estas 3 últimas, no se priva de la libertad a las personas migrantes, sólo se les detiene por el plazo de 48 horas y de ahí son trasladadas a una estación migratoria en donde pueden permanecer hasta 60 días hábiles, pese a que, como ya se ha señalado, existen casos en que dicho plazo puede ser ampliado y la realidad demuestra que ha sido superado por mucho<sup>246</sup>.

De conformidad con la Estadística Migratoria del Instituto Nacional de Migración<sup>247</sup>, sin especificarse el tiempo de privación de

---

<sup>242</sup> Se refiere a las devoluciones de migrantes a su país de origen por incumplir con las disposiciones contenidas en la Ley de Migración.

<sup>243</sup> Se refiere a los casos en que las personas migrantes solicitan el beneficio de “retorno asistido” para ser devueltas a su país de origen o al de su habitual residencia, funciona normalmente en los casos en que el Gobierno de México tiene celebrado un acuerdo para ello. En su mayoría se trata de personas nacionales de países de Centroamérica.

<sup>244</sup> El análisis particular de todos los supuestos antes referidos se desarrollará en el Capítulo V de este trabajo.

<sup>245</sup> Cfr. Sin Fronteras, *La ruta del encierro. Situación de las personas en detención en estaciones migratorias y estancias provisionales 2013*, México, mayo 2014, pp. 15-23.

<sup>246</sup> En nuestra visita a la estación migratoria en Tapachula, Chiapas, en abril de 2014, conocimos dos casos en los que las personas llevaban ahí más de 4 y 6 meses, respectivamente.

<sup>247</sup> Véase: Unidad de Política Migratoria, *Estadísticas*. Disponible en: [www.politicamigratoria.gob.mx/es\\_mx/SEGOB/Estadistica](http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Estadistica)



libertad, en el año 2011 hubo 63.072 personas *alojadas*<sup>248</sup> en estaciones migratorias. Para el año 2012 se privo de la libertad a 85.100 personas. En el año 2013 y el año 2014 ya no hay cifras precisas de ello, ya que en la estadística se habla de “extranjeros presentados ante autoridad migratoria” y en esa cifra se incluye a las personas ingresadas en estaciones migratorias y otros supuestos<sup>249</sup>.

Con esa reserva, en el año 2013 hubo 86.929 “eventos”, mientras que en el año 2014 la cifra ascendió a 127,149 personas<sup>250</sup>. De enero a agosto de 2015 las estadísticas indican 130.723 “eventos”<sup>251</sup>, con lo que ya se supera el número de personas privadas de libertad el año previo faltando cuatro meses para que concluya el año 2015. Todas esas cifras incluyen hombres, mujeres, niños y niñas con muy variadas condiciones personales.

Al solicitar información relativa al promedio de tiempo en el que permanecen las personas migrantes en las llamadas estaciones migratorias al INM de conformidad con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública en la solicitud 0411100002414 la respuesta que se nos dio fue la siguiente:

“[E]n atención a lo solicitado por el peticionario, es menester hacer de su conocimiento que todas las actuaciones de la autoridad migratoria son con estricto apego a la Ley, bajo ese esquema, los extranjeros se alojan en las Estaciones Migratorias hasta en tanto se resuelve en definitiva su situación migratoria en territorio mexicano, en términos de lo

---

<sup>248</sup> Término que la Ley de Migración mexicana utiliza para referirse a la privación de libertad que puede durar hasta 60 días hábiles, con una excepción que amplía indeterminadamente dicho plazo.

<sup>249</sup> Cfr. Instituto Nacional de Migración, Unidad de Política Migratoria, *Síntesis 2013. Estadística Migratoria*, México, 2013. Disponible en: <http://estudiosfronterizos.files.wordpress.com/2013/12/sintesis2013.pdf>

<sup>250</sup> Cfr. Instituto Nacional de Migración, Unidad de Política Migratoria, *2014 Boletín Estadístico Anual*, México, 2014. Disponible en: [www.gobernacion.gob.mx/es\\_mx/SEGOB/Boletin Estadistico 2014](http://www.gobernacion.gob.mx/es_mx/SEGOB/Boletin_Estadistico_2014)

<sup>251</sup> Cfr. Unidad de Política Migratoria, *Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2015, op. cit.*, pp. 105-124.

previsto en el multicitado artículo [111 de la Ley de Migración]”.

Esto es, no se nos dio una respuesta a nuestra pregunta. No obstante ello, al preguntar los supuestos en los que las personas habían permanecido más de 15 días privadas de la libertad en las estaciones migratorias durante los años 2012 y 2013, nos fue informado que en Baja California había ocurrido en 23 y 13 casos, respectivamente. En Tapachula, Chiapas; 393 y 421 veces. En Puebla en 18 y 14 casos. En Quintana Roo a 85 y 122 personas. En Tenosique, Tabasco en 12 y 10 casos. En Veracruz a 238 y 944 personas. No obstante ello, en ningún caso se nos informó cuál había sido el tiempo total que habían permanecido privadas de libertad posterior a esos 15 días.

El único caso en el que nos fue informado tanto el número de casos como el promedio de días después de los 15 días hábiles iniciales fue en la EMIG de San Luis Potosí, en la que en el año 2012, 4 personas estuvieron 27 días. En tanto que en el año 2013 se presentaron 20 casos que en promedio estuvieron 28 días, siendo el mínimo de 21 y el máximo de 44 días.

Respecto a la EMIG conocida como Las Agujas, ubicada en la Delegación Iztapalapa del Distrito Federal, se nos informó que al haber estado *alojadas* durante los años 2012 y 2013 un total de 39.182 personas, resultaba materialmente imposible proporcionar la información solicitada. Especialmente porque:

“[L]a base de datos se utiliza únicamente para proporcionar un control de los extranjeros alojados en estas instalaciones, así como su ubicación dentro de las mismas, sin aportar información detallada, sobre el número de días hábiles que permanecieron en esta Estación Migratoria, ni el tipo de resoluciones que recayeron a sus respectivos procedimientos administrativos migratorios ...”<sup>252</sup>

---

<sup>252</sup> Solicitud de Información 041110002414, Oficio No. INM/DFDF/EM/D/0121/2013 de fecha 10 de enero de 2014. El subrayado no está en el original, lo hemos resaltado nosotros.

Respuesta que resulta de lo más alarmante, pues si esa es una de las estaciones migratorias *modelo* para todo el país, además de la más importantes al ser el lugar al que son trasladadas la mayoría de personas que son detenidas en distintas partes del país, el hecho de que no tengan un control preciso del número de días que cada persona lleva ahí (y el tiempo previo desde la detención en la gran mayoría de los casos) privada de la libertad es una situación muy grave.

El funcionamiento de las Estaciones Migratorias ha sido muy cuestionado por organizaciones de la sociedad civil, al presentarse de manera constante vulneraciones de los derechos humanos de las personas ahí privadas de la libertad<sup>253</sup>.

Por ahora lo único cierto es que la medida de privación de libertad en las *estaciones migratorias* se ha venido implementando prácticamente desde su inclusión legal en 1974 y hoy en día sigue siendo una medida de aplicación generalizada en México pese a su muy dudosa constitucionalidad, siendo un elemento central de la política migratoria mexicana al ser formalmente una de las etapas del procedimiento administrativo migratorio<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> Véase, por ejemplo: Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova AC, de Tapachula; FM3 Paso Libre, de Guadalajara; Casa del Migrante de Saltillo, Coahuila; la Universidad Iberoamericana; el Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría SJ, de Puebla, y Sin Fronteras IAP, *Derechos Cautivos. La situación de las personas migrantes y sujetas a protección internacional en los centros de detención migratoria: siete experiencias de monitoreo desde la sociedad civil*, México, 2015; Sin Fronteras, *La ruta del encierro: Situación de las personas en detención en estaciones migratorias y estancias provisionales*, México, mayo de 2014; Instituto para la Seguridad y la Democracia, *Informe sobre estaciones migratorias en Iztapalapa, Puebla y Saltillo del Instituto Nacional de Migración*, México, 2013; I(dh)eas, *En tierra de nadie. El laberinto de la impunidad. Violaciones de los derechos humanos de las personas migrantes en la región del Soconusco*, México, 2011; Sin Fronteras, *La detención de personas extranjeras en estaciones migratorias*, México, septiembre 2008.

<sup>254</sup> Véase el artículo 68, segundo párrafo, de la Ley de Migración.



## II. IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EXTRANJERAS

Como quedó establecido en el primer capítulo de este trabajo, la migración humana es una actividad compleja que plantea retos para diversas áreas de conocimiento, especialmente cuando esa actividad humana se lleva a cabo a través de las fronteras territoriales de los Estados. Uno de esos retos, que según sea abordado puede considerarse o no como un problema, es la situación en la que se encuentran las personas *migrantes sine permissum*.

Como ha sido señalado, las personas *migrantes sine permissum* son sólo una porción (presumiblemente mínima) del universo de los movimientos migratorios, altamente heterogénea como las demás, aunque ésta no sólo por las personas sino también por los supuestos jurídicos que dan origen a esa condición, además de que, al no haberse cuantificado de manera cierta su número total en diferentes regiones del mundo, no es fácil determinar en todos los casos la magnitud del reto que implican.

En ese sentido, las afectaciones a la libertad personal de ese grupo son tan sólo uno de los muchos aspectos que inciden directamente en los derechos de esas personas, especialmente cuando esas afectaciones no tienen su origen en causas penales que de una u otra forma podrían justificar siempre la acción del Estado<sup>255</sup>.

Pero antes de llegar a ese extremo, desde el ámbito jurídico uno de los primeros retos para poder afrontar análisis subsecuentes, como el que aquí se hará, consiste en determinar qué derechos tienen reconocidos las personas *migrantes sine permissum* en el territorio del Estado al que llegan, si son los mismos o diferentes a los que se les reconocen a otras personas migrantes extranjeras o si independientemente de ser extranjeras o no, todas las personas

---

<sup>255</sup> Esto sin olvidar que esa afirmación puede ser también debatible. En ese sentido, véase: Sparks, Richard, "Can Prisons be Legitimate?: Penal Politics, Privatization and the Timeliness of an Old Idea", en *British Journal of Criminology*, Vol. 34, No. SI, 1994, p. 14-28; Larrauri, Elena, "Abolición del derecho penal: propuestas del movimiento abolicionista", en *Poder y control*, No. 3, 1988, pp. 101-127.

tenemos reconocidos los mismos derechos, más si hablamos de los derechos humanos o derechos fundamentales.

Por ello, en este capítulo se buscará determinar con la mayor precisión posible lo anterior. Para ese fin, en primer lugar (2.1), se establecerá qué es la igualdad desde el punto de vista jurídico y cómo está incorporada como principio en los sistemas jurídicos de España y México (A). En segundo lugar (2.2), desarrollaremos qué alcances tiene la prohibición de discriminación y su relevancia en el reconocimiento de derechos humanos en términos generales, pero también en México y España (A), poniendo especial énfasis en la discriminación racial por origen nacional (B).

En tercer lugar (2.3), con los elementos antes desarrollados determinaremos si los principios de igualdad y no discriminación son un límite a la facultad del Estado para regular la migración y extranjería —derechos, libertades y deberes. En seguida (2.4), se establecerá qué derechos humanos no tienen reconocidos las personas migrantes extranjeras en España y México, y cuáles sí en principio en las mismas condiciones que cualquier persona nacional (2.5). Para finalmente establecer cuándo se puede evaluar la existencia de discriminación (o una diferenciación admisible) en la regulación de los derechos de las personas migrantes extranjeras y cuándo eso no es posible hacerlo desde el Derecho (2.6).

## 2.1 Igualdad: principio constitucional.

Hablar de *igualdad* no es del todo sencillo, menos si queremos hacerlo de forma comprensible e integradora de las diferentes formas en las que la igualdad puede ser entendida. Aunque también es cierto que independientemente de la forma en la cual se desarrolle, esto es, desde debates filosóficos, económicos, políticos o jurídicos, en todos se parte, llega o transita en el intento de dar respuesta a las ya clásicas preguntas: ¿iguales en qué? ¿iguales de qué? ¿iguales para qué?<sup>256</sup> Preguntas que se pueden responder de acuerdo con el enfoque conceptual del que se parte, dependiendo

---

<sup>256</sup> Cfr. Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paídos-ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993, p. 54.

del ámbito teórico desde el que se le mire, pero que ponen de relieve un aspecto central de la igualdad: “es pura y simplemente un tipo de relación formal, que se puede colmar de los más diversos contenidos.”<sup>257</sup>

Si queremos entender medianamente qué puede significar la igualdad, el recorrido es muy largo y complejo, pues debemos acudir a gran parte del pensamiento occidental que ha trascendido en la literatura, desde los estoicos<sup>258</sup> al cristianismo primitivo<sup>259</sup>, para renacer con un nuevo vigor durante la Reforma, asumir formas filosóficas en liberales<sup>260</sup> y los socialistas utópicos<sup>261</sup>. O si se quiere, de Aristóteles a Hobbes<sup>262</sup>, de Locke a Rousseau<sup>263</sup>. Pero también, “[e]n las discusiones contemporáneas sobre filosofía política [con] las propuestas de John Rawls (igualdad de libertades e igualdad de distribución de bienes elementales), Ronald Dworkin (tratamiento como iguales, igualdad de recursos), Thomas Nagel (igualdad económica), Thomas Scanlon (igualdad), y otros autores que se suelen relacionar con un punto de vista de pro igualdad”<sup>264</sup>.

---

<sup>257</sup> *Idem.*

<sup>258</sup> Cfr. Rojas Osorio, Carlos, *El asombro del pensar: la filosofía en el ámbito de las humanidades*, Isla Negra, Puerto Rico, 2000, p. 142.

<sup>259</sup> Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, 2007, p. 47.

<sup>260</sup> Cfr. Comanducci, Paolo, “Igualdad liberal”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 3, No. 2, octubre de 1998, Buenos Aires, pp. 81-90.

<sup>261</sup> Cfr. Amuchastegui González, Jesús, “Libertad, igualdad fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 6, 1989, pp. 146-149.

<sup>262</sup> Cfr. Brunner, Emil, *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, Traducción de Luis Recaséns Siches, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1961, pp. 41-47.

<sup>263</sup> Cfr. Bello, Eduardo, “La piedra de toque del liberalismo, la igualdad”, en *Revista de Filosofía*, No. 27, Murcia, 2002, pp. 129-140.

<sup>264</sup> Sen, Amartya, *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza Editorial, Madrid, 2004, p. 26.

En el mismo sentido que las ideas de Amartya Sen, Joseph Raz, Gerald Cohen, Richard Arneson o Thomas Scalon<sup>265</sup>. Sin olvidar por supuesto a Alasdair MacIntyre, Michael Sandel, Charles Taylor o Michael Walzer que critican la igualdad liberal a partir de postulados comunitaristas<sup>266</sup> o a Susan Moller Okin a partir de postulados feministas<sup>267</sup>. Por mencionar algunas de las personas y estudios más conocidos por difundidos, no porque sean las únicas ideas valiosas o relevantes en el análisis de la igualdad.

Sin embargo, en este trabajo esos debates y ángulos de análisis superan el objeto de estudio, pero resulta útil su mención porque muestran, por una parte, el largo recorrido histórico que ha tenido la igualdad, sus diferentes significaciones, la dificultad para lograr acuerdos unívocos de lo que representa o la define, así como lo extenso que es el campo de análisis de la igualdad<sup>268</sup>. Lo que sin duda muestra la primera paradoja de la igualdad: la igualdad parece ser para todos la misma cosa y, contemporáneamente, cosas distintas para personas distintas<sup>269</sup>.

---

<sup>265</sup> Cfr. Smith, Steve R., *Equality and Diversity: Value Incommensurability and the Politics of Recognition*, The Policy Press, Bristol, 2011, p. 60.

<sup>266</sup> Cfr. Benedicto Rodríguez, Rubén, “Liberalismo y comunitarismo: un debate inacabado”, en *STVDIVM. Revista de Humanidades*, No. 16, Zaragoza, 2010, pp. 201-229; Flores, Imer B., “El liberalismo igualitario de John Rawls”, en *Cuestiones Constitucionales: Revista mexicana de Derecho Constitucional*, N°. 1, 1999, pp. 104-110.

<sup>267</sup> Moller Okin, Susan, “Gender Inequality and Cultural Differences”, en *Political Theory*, Vol. 22, No. 1, February 1994, pp. 5-24. En el mismo sentido: Hirschmann, Nancy J., *The Subject of Liberty. Toward a Feminist Theory of Freedom*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2003, pp. 222-232.

<sup>268</sup> Un ejemplo numérico de esto nos lo da Peter Western en la edición de 1990 de su libro (véase siguiente nota) al señalar que: “This volume, by a conservative estimate, is one of 30 to 40 books about equality that can be expected to be published in English this year. It follows the publication of 46 books on equality in 1988, 65 in 1987, 50 in 1986, and 370 during the decade 1978–87. It will, if added to the card catalog of the Sterling Memorial Library at Yale University, join what are said to be 326 entries under the subject heading “equality.” (p. 285).

<sup>269</sup> Western, Peter, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of ‘Equality’ in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 2014, p. XVII.



Y, por otra parte, que al seguir cualquiera de los postulados antes mencionados se podría estar generando una desigualdad al centrarnos sólo en el pensamiento mayoritariamente occidental y masculino que se ha considerado importante por venir de culturas o personas pertenecientes a élites determinadas en momentos específicos de la historia humana<sup>270</sup>.

Situación que se olvida, pero que es relevante al estar presente en el ámbito académico, en donde para hacer una investigación que pueda ser calificada como de calidad, un pensamiento que trascienda y poder formar parte de esa “élite de ideas” que se convierte en realidad de personas, se deben seguir los estudios que provienen de personas pertenecientes a grupos académicos de universidades situadas casualmente en países con dominio en la escena económica internacional<sup>271</sup>, en su idioma e incluso bajo sus parámetros<sup>272</sup>. Lo que confirma que “[e]stamos tan acostumbrados a las grandes desigualdades económicas y sociales que resulta fácil inmunizarse de su presencia”<sup>273</sup>.

No hacerlo así, te deja fuera del debate de las ideas. Te pone en desigualdad por algunas de las mismas razones que aparentemente esos pensadores cuestionan. Con lo que se demuestra que es mucho más complejo todo aquello que se nos ha dicho sobre la igualdad por quienes se asumen superiores o lo dicen a partir de un dominio que les ha generado un entorno específico<sup>274</sup>. Muchos de los cuales, vale la pena resaltarlos, se han olvidado de pensar en las fronteras, construyendo sus ideas sólo con fines y posibilidades dentro de

---

<sup>270</sup> Cfr. Eisenberg, Avigail, “Education and the Politics of Difference: Iris Young and the politics of education”, en *Educational Philosophy and Theory*, Vol. 38, No. 1, 2006, pp. 7-23.

<sup>271</sup> Cfr. Carnoy, Martin, *La educación como imperialismo cultural*, Siglo XXI, México, 1977, pp. 24 y 28.

<sup>272</sup> Cfr. Young, Iris Marion, “Education in the Context of Structural Injustice: A symposium response”, en *Educational Philosophy and Theory*, Vol. 38, No. 1, 2006, p. 99.

<sup>273</sup> Nagel, Thomas, *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 70.

<sup>274</sup> Cfr. Carnoy, Martin, *La educación como imperialismo cultural*, op. cit., p. 26.

éstas<sup>275</sup> u obviando lo que pasa en otras partes del mundo<sup>276</sup>. Lo que muestra otra paradoja de la igualdad: se busca igualdad a partir de ser predominante.

Así, responder a las preguntas que en principio plantea la igualdad es un tema apasionante que al final, más que mostrarnos de manera simple que es la igualdad, nos da un fiel reflejo de que los seres humanos no somos realmente iguales, pues cada respuesta que se dé será distinta, así como que la naturaleza (o en quien se crea) nos ha hecho desiguales y que al final, la igualdad es tan sólo un constructo humano que ha buscado que todos y todas seamos tratados, comprendidos y ubicados de la misma manera o bajo las mismas condiciones que otro u otras, al estar en las mismas circunstancias o supuestos, sin importar las cualidades privilegiadas que la naturaleza nos haya dado<sup>277</sup>, las desventajas que por nacer en algún lugar se nos hayan impuesto, las diferencias que por cualquier razón tengamos<sup>278</sup>. Esto, porque “en ninguna de las acepciones históricamente destacadas, puede interpretarse la máxima como solicitadora de que *todos* seamos iguales en *todo*”<sup>279</sup>.

Lo que implica en realidad el reconocer que como seres humanos somos diversos, somos diferentes, somos desiguales, pero merecemos la misma estimación, la misma consideración, las mismas oportunidades, las mismas posibilidades, el mismo bienestar, los mismos derechos de acuerdo a nuestra particular situación comparada con otras personas y las particulares

---

<sup>275</sup> Cfr. Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, op. cit., p. 42.

<sup>276</sup> Cfr. Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2014, p. 47.

<sup>277</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, “La igualdad y sus garantías”, en *Desafíos de la igualdad, Desafíos a la igualdad*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No. 13, Madrid, 2009, pp. 311- 312 y De Lucas, Javier, “La igualdad ante la ley”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, J. Francisco, *El derecho y la justicia*, Trota-Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, p. 493.

<sup>278</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos, “Igualdad ante la ley” en *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014, pp. 398.

<sup>279</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., p. 69.

situaciones de éstas. Idealmente, sin importar las fronteras que nos unan o separen, ni los pasaportes que nos identifiquen.

Pero por apasionante y profundo que sea esto, como lo hemos señalado antes, en este trabajo sólo podremos ocuparnos de una parte más acotada de la igualdad: de su manifestación jurídica o formal. Lo cual tampoco es poco, ya que ésta, como todas las formulas igualitarias, es expresamente genérica y puede ser dotada de muy diverso contenido, según los objetivos que se busquen, esto es, una igualdad real-materializable, o una igualdad discursiva y retórica<sup>280</sup>.

De esa forma, nos centraremos en esa igualdad que hoy en día es considerada un principio constitucional<sup>281</sup>, pero que con diversos antecedentes previos al Estado-nación y al considerado constitucionalismo moderno inició su más consensuada y aceptada formulación<sup>282</sup> bajo las ideas de que “todos los hombres son creados iguales” contenida en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776.

Expresión que en el otro lado del océano atlántico se desarrolló señalando que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” contenida en el artículo 1º de la Declaración de los

---

<sup>280</sup> Cfr. Western, Peter, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, *op. cit.*, pp. 255-256.

<sup>281</sup> Cfr. McCrudden Christopher and Prechal Sacha, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*, European Commission, Brussels, 2009, p. 4; Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2005, pp. 22-45; Jowell, Jeffrey, “Is Equality a Constitutional Principle?”, en *Current Legal Problems*, No. 47, Oxford, 1994, pp. 1-18; García Canales, M., “Principios generales y principios constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 64, Madrid, abril-junio 1989, pp. 152, 153 y 156; Wilkinson III, J. Harvie, “The Supreme Court, the Equal Protection Clause, and the Three Faces of Constitutional Equality”, en *Virginia Law Review*, Vol. 51, No. 5, June 1975, pp. 945-1018.

<sup>282</sup> Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, *op. cit.*, p. 19; Comanducci, Paolo, “Igualdad liberal”, *op. cit.*, p. 81; Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 33; Williams, Robert F., “Equality Guarantees in State Constitutional Law”, en *Texas Law Review*, Vol. 63, No. 6, March 1, 1985, p. 1199.

Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789.

Aunque “[d]e las diversas determinaciones históricas de la máxima que proclama la igualdad de [todas las personas], la única universalmente recogida, cualquiera que sea el tipo de Constitución en la que esté inserta y cualquiera que sea la ideología sobreentendida, es la que afirma que “tod[as las personas] son iguales frente a la ley”, o, con otra formulación, “la ley es igual para todos”<sup>283</sup>.

Igualdad convertida en principio constitucional<sup>284</sup> que busca por medio de la formalización jurídica la igual distribución de derechos, de deberes y de libertades fundamentales, no que todos y todas tengamos que ser tratados totalmente de manera igual<sup>285</sup> (igualdad no es identidad, ni uniformidad). Principio de igualdad que tiene como fin reducir las desigualdades no porque somos iguales, sino porque tenemos la misma dignidad como personas<sup>286</sup>.

Así, la noción de igualdad ante la ley aparece, ante todo, como la exigencia de que todos los ciudadanos (en el Derecho Constitucional clásico), todas las personas (en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) se hallen sometidas a las mismas normas y tribunales<sup>287</sup>, que se les apliquen las mismas leyes, con las mismas consecuencias, cuando se encuentren en los mismos supuestos y se les diferencie cuando no lo están<sup>288</sup>. Esto es, que la ley debe ser idéntica para todos y todas, sin que exista ningún tipo de privilegio, ni jurisdicción especial para unos cuantos, sin que se considere como tal una diferencia objetiva y razonable que

---

<sup>283</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*, p. 71. El texto original que se cita dice: “todos los hombres”.

<sup>284</sup> *Cfr.* Koopmans, T. (Ed.), *Constitutional Protection of Equality*, Sijthoff, Leyden, Netherlands, 1975, pp. 6, 221-230.

<sup>285</sup> *Cfr.* Comanducci, Paolo, “Igualdad liberal”, *op. cit.*, p. 86.

<sup>286</sup> *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, “La igualdad y sus garantías”, *op. cit.*, pp. 312-316.

<sup>287</sup> *Cfr.* Pérez Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>288</sup> *Cfr.* Cobreros Mendazona, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 81, septiembre-diciembre 2007, pp. 74, 81, 88-97.

busque eliminar la desigualdad. La cláusula de igual protección no sólo prohíbe la discriminación, sino también la creación de cualquier estructura cercana a una casta<sup>289</sup>, prohíbe el sometimiento<sup>290</sup>.

Con lo cual, el principio de igualdad entendido como igualdad ante la ley es de carácter positivo<sup>291</sup>, al prescribir que sean distribuidos sin distinción individual los derechos y deberes contenidos en las leyes por imperativo mandato constitucional. Lo cual suele identificarse de manera concreta con los requisitos de generalidad, duración indefinida<sup>292</sup> y abstracción de las normas jurídicas, con la exigencia de que las normas jurídicas se formulen en términos impersonales y universales<sup>293</sup>.

Eso significa que “[l]a igualdad se configura como «valor superior» que impregna todo el orden constitucional y el orden jurídico, con una función reguladora omnicompreensiva que va mucho más allá de las tipificaciones específicas que de la propia igualdad cabe extraer de la propia Constitución”.<sup>294</sup> Con lo cual,

“[l]a igualdad aparece así como una «supernorma», presupuesto justificativo del orden jurídico, y «carácter del entero sistema normativo», ya que, por decirlo con Paladín, este principio «no está referido a un preciso grupo de materias, a una determinada serie de relaciones, a un círculo definido de clasificaciones normativas, sino que constituye

---

<sup>289</sup> Cfr. Fiss, Owen, “The immigrant as pariah”, in *Boston Review*, Vol. 23, No. 5, October-November 1998, pp. 4-5.

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>291</sup> Cfr. Stanton-Ife, Jhon, “Should Equality Be A Constitutional Principle?”, en *King's Law Journal*, Vol. 11, 2000, p. 138; Comanducci, Paolo, “Igualdad liberal”, *op. cit.*, p. 86.

<sup>292</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, No. 31, enero-abril 1991, p. 23.

<sup>293</sup> Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel, “El principio de igualdad y las relaciones laborales”, en *Revista de Política Social*, No. 121, Madrid, 1979, pp. 386-387.

<sup>294</sup> *Ibidem*. p. 383.

una norma general de máximo grado, o sea, concierne al ordenamiento jurídico en su totalidad»<sup>295</sup>.

De este entendimiento, un aspecto que en algún momento fue controvertido<sup>296</sup>, aunque ya ha sido superado, es si la igualdad ante la ley es una obligación que debe cumplir el legislador o el juez. Resultando de manera casi unánime que, son las dos, al ser un mandato que necesariamente tiene dos momentos: la creación de la ley y la aplicación/evaluación de dicha ley<sup>297</sup>, de ahí que tiene un mandato inicial dirigido al legislador y un mandato derivado al juez<sup>298</sup> o quien materialmente tenga esas funciones.

Con lo que la también conocida como *igualdad formal*<sup>299</sup> supone el reconocimiento de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos<sup>300</sup>, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación (igualdad en la ley —creación) y en su implementación (igualdad frente a la ley —aplicación)<sup>301</sup>.

Así, de manera inicial, la igualdad ante la ley implicaba solamente igualdad en el contenido de ésta en cuanto norma general, abstracta y atemporal, además de dotar de igual capacidad jurídica a todas las personas sin distinción alguna, porque buscaba eliminar los privilegios y arbitrariedades generados por los regímenes

---

<sup>295</sup> *Idem*.

<sup>296</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*, p. 72.

<sup>297</sup> *Cfr.* Cobreros Mendazona, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”; *op. cit.*, p. 99; Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *op. cit.*, p. 26.

<sup>298</sup> *Cfr.* Castilla Juárez, Karlos, “Igualdad ante la ley”, *op. cit.*, p. 405; Jowell, Jeffrey, “Is Equality a Constitutional Principle?”, *op. cit.*, pp. 13, 15-18.

<sup>299</sup> *Cfr.* Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2008, pp. 46-54.

<sup>300</sup> El termino *ciudadanía* lo entendemos en este trabajo como algo separado y distinto que la idea de nacionalidad, véase *infra* apartado 2.2 B.

<sup>301</sup> *Cfr.* Pérez Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, *op. cit.*, p. 19, que cita a: Leibholz, G., *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, C.H. Beck, München, Berlin, 2ª ed., 1959, pp. 16 y ss.

monárquicos y la estructura social estamental<sup>302</sup>. Sin embargo, ello no era suficiente en sí mismo, ya que la amplitud de la norma permitía que en su aplicación se diera algún tipo de discriminación.

Ahora, en esa vertiente de *creación*, la igualdad en la ley obliga al legislador al establecimiento de las diferencias normativas que sean razonables dentro de la generalidad y abstracción de la ley para que toda persona tenga el mismo trato frente a ésta<sup>303</sup>. De esa manera, en la creación de la norma el poder legislativo se ve cada día más obligado a realizar el valor igualdad, mediante la distinción de los rasgos o características que deben ser objeto de regulación normativa<sup>304</sup>. Para ello, debe conocer la realidad social con la finalidad de establecer diferencias razonables en el contenido de la ley.

Esto también significa que ni el legislador, ni el Ejecutivo cuando realiza funciones que son materialmente legislativas<sup>305</sup>, son más la medida de la igualdad, sino que cualquier legislador está sometido al principio de igualdad (como principio constitucional), a no establecer discriminación, a no establecer diferencias arbitrarias, exigiéndole que haga todo lo posible para conseguir que quienes estén en situación de inferioridad puedan conseguir una posición de igualdad real, pero siempre justificando el porqué de ello, su racionalidad y el objetivo que pretende alcanzarse.

Lo que al final significa que el mandato de trato paritario ante las normas obliga a establecer un tratamiento *igual para todas y todos* que *no sea discriminatorio*, pero no impide una *diferenciación*

---

<sup>302</sup> Cfr. Jiménez Campo, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 9, 1983, pp. 77 y ss.

<sup>303</sup> Cfr. Cobreros Mendazona, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”; *op. cit.*, p. 102.

<sup>304</sup> Cfr. Gavara De Cara, Juan Carlos, “El principio de igualdad”, en Gavara De Cara, Juan Carlos (Ed.), *Constitución. Desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV Aniversario (1978-2003)*, Bosch-ICPS, Barcelona, 2004, pp. 63-65.

<sup>305</sup> Cfr. Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, *op. cit.*, p. 48.

basada en causas *objetivas y razonables*<sup>306</sup>, que sirvan justamente para alcanzar ello. Esto es, el legislador debe tratar a toda persona por igual, con la obligación de establecer las diferencias que sean necesarias para alcanzar ello<sup>307</sup>, mismas que en todo caso debe justificar de manera amplia y detallada, en la medida de que sólo serán admisibles si son objetivas y razonables.

En el plano de la *aplicación*, los debates que generaba eran en cuanto a si se trataba de una manifestación del principio de igualdad, porque se le identificaba con el principio de legalidad, con el imperio de la ley<sup>308</sup>. Esto, porque la igualdad en esta vertiente implica que los órganos encargados de dicha labor no deben hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no establezca previamente, es decir, que la igualdad frente a la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que quien aplica pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas<sup>309</sup>.

Con lo que la igualdad ante la ley en esta manifestación se reduciría en principio a una aplicación de la ley tal y como está descrita y sin consideraciones de ningún tipo<sup>310</sup>. Es, podría pensarse por algunos, una limitante a la labor del juez o de cualquier aplicador del derecho, pero más bien, es una fórmula que asegura que la distinción o ausencia de distinción, se debe aplicar tal y como se encuentra, sin poder hacer una distinción particular en un caso concreto, porque se pre supone que el legislador ya hizo previamente la operación racional y objetiva de justificación,

---

<sup>306</sup> Cfr. García Morillo, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”, en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, V. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 177.

<sup>307</sup> Cfr. Cobreros Mendazona, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”; *op. cit.*, pp. 80-83.

<sup>308</sup> Cfr. Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 61.

<sup>309</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Madrid, 1995, pp. 110-111.

<sup>310</sup> Cfr. Pérez Portilla, Karla, *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas*, *op. cit.*, p. 54 y ss.



necesidad y objetivos a cumplir con el supuesto contenido en la norma.

Esto no significa que al final y en todos los casos el juez sea un mero aplicador mecánico de la ley<sup>311</sup>, sino tan sólo que, si no tiene la facultad para evaluar la regularidad de la constitucionalidad de una norma, tampoco está autorizado para incluir distinciones, privilegios, salvedades o excepciones, donde la ley no lo ha hecho<sup>312</sup>. Y, cuando tiene un margen de apreciación o incluso una discrecionalidad, se le exige que no haya arbitrariedad en la aplicación del Derecho, en el establecimiento de diferencias<sup>313</sup>; “a no tomar decisiones judiciales injustificadamente discrepantes cuando se trata de casos y personas que se encuentran en situaciones similares.”<sup>314</sup>

“La igualdad en la aplicación de la ley, aunque se dirige no al creador de las normas respecto de su contenido abstracto, sino a su aplicador en su cumplimiento en un caso concreto, no es en su raíz un principio diferente ni autónomo del de igualdad ante la ley. Su común denominador con la igualdad en la ley está en la misma exigencia: que no se establezcan desigualdades injustificadas en los criterios utilizados por el legislador o por el juez —tomados uno y otro como prototipo respectivo del creador y del aplicador de normas— para atribuir derechos y deberes, bien genéricamente o bien, en su aplicación, individualizadamente”<sup>315</sup>.

---

<sup>311</sup> Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 19, 1996, p. 69.

<sup>312</sup> Cfr. Cobreros Mendazona, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”; *op. cit.*, pp. 89-97; Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *op. cit.*, p. 32.

<sup>313</sup> Cfr. Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 62; Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, *op. cit.*, pp. 21-22.

<sup>314</sup> Cfr. Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>315</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 69.

De esta manera, la igualdad ante la ley de manera simple, resumiendo, se refleja de dos maneras e incluye dos mandatos específicos<sup>316</sup>: uno al legislador ó quien materialmente tenga esa facultad, para crear leyes que generales y abstractas<sup>317</sup> den un tratamiento igual para todas y todos que no sea discriminatorio, y que, en caso de que exista la necesidad de hacer una diferenciación, ésta sólo será válida si está basada en causas objetivas y razonables, que sirvan justamente para alcanzar ello<sup>318</sup>. Otro al aplicador de la ley, sea juez o cualquier ente del Estado, para no incluir ni hacer distinciones que las normas no hagan y aplicar la ley de manera igual para toda persona, en tanto no tenga facultades para evaluar la regularidad constitucional de la norma y para dejar de aplicar esa por no garantizar la igualdad ante la ley, aplicando otra que sí lo haga<sup>319</sup> o planteando una cuestión de inconstitucionalidad bajo el modelo europeo de control de constitucionalidad<sup>320</sup>.

Pero no sólo eso es relevante en el análisis del principio de igualdad, ya que también se discute<sup>321</sup> y se afirma que es asimismo un derecho<sup>322</sup>, al “constitu[ir] un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias

---

<sup>316</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la aplicación de la ley”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 1, Madrid, 1997, p. 146.

<sup>317</sup> Cfr. Bobbio, Norberto, “Para una clasificación de las normas jurídicas”, en Ruiz Miguel, Alfonso (Ed.), *Contribución a la teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, pp. 292.

<sup>318</sup> Cfr. Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>319</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *op. cit.*, p. 32.

<sup>320</sup> Cfr. Groppi, Tania, “¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional?”, en *Revista de Derecho Político*, No. 62, 2005, p. 47; Pérez Tremps, Pablo, “La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 3, No. 1, 2005, pp. 133 y ss.

<sup>321</sup> Cfr. Stanton-Ife, Jhon, “Should Equality Be A Constitutional Principle?”, *op. cit.*, p. 133-152.

<sup>322</sup> Cfr. Gavara De Cara, Juan Carlos, “El principio de igualdad”, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

arbitrarias”<sup>323</sup>. Con lo cual, la igualdad ante la ley es entendida en el actual siglo XXI occidental<sup>324</sup>, como desde el siglo pasado<sup>325</sup>, tanto como un principio constitucional, como un derecho subjetivo<sup>326</sup> (humano o fundamental) de toda persona.

Por lo que atendiendo a ello, la igualdad ante la ley significa que las situaciones iguales deben ser tratadas iguales y que las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente siempre de manera justificada objetiva, razonable y proporcionalmente, siendo inconstitucional tratar igualmente a hipótesis jurídicas diferentes, como asimismo, es inconstitucional tratar de manera diferente a quiénes se encuentran en una misma hipótesis jurídica, desde la creación de la ley y en su aplicación<sup>327</sup>. Como mandato constitucional y como derecho de las personas.

De esa forma, a supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas consecuencias jurídicas que también sean iguales y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados<sup>328</sup>. Por lo que, no hay duda alguna,

---

<sup>323</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 10, 2006, p. 806.

<sup>324</sup> Cfr. Weiwei, Li, “*Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law*”, en *Research notes*, 03/2004, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, Norway, 2004, pp. 14-16; Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, 2000, pp. 79-90.

<sup>325</sup> Cfr. Suay Rincón, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, pp. 149-152; Koopmans, T. (Ed.), *Constitutional Protection of Equality*, Sijthoff, Leyden, Netherlands, 1975, pp. 230-233.

<sup>326</sup> Cfr. González Beilfuss, Markus, “Delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad en la ley”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, No. 42, septiembre-diciembre 1994, p. 134.

<sup>327</sup> Cfr. Cobreros Mendazona, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”; *op. cit.*, pp. 71-114.

<sup>328</sup> Cfr. Añón, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001, p. 39.

la exigencia de la igualdad ante la ley actúa en el momento de legislar y en la aplicación del derecho. Como principio y como derecho subjetivo en ambos casos.

No es el momento ni objetivo de este trabajo profundizar en todos los debates que derivan de algunas ideas que antes se han expresado en relación al principio de igualdad, ni en aspectos teóricos en discusión y construcción del derecho a la igualdad ante la ley. Por lo que, ante los fines propuestos, preferimos dejar únicamente planteados algunos de los puntos de análisis de la igualdad ante la ley<sup>329</sup> en la medida de que cómo ha sido señalado, la igualdad es un concepto tan abierto y complejo que al no ser nuestro objeto central de estudio sólo nos permite describir más o menos ordenadamente una serie de tesis o posiciones<sup>330</sup>.

Como también sobrepasa los objetivos de este trabajo el desarrollar diversos análisis y debates doctrinales relativos a los distintos tipos, niveles y manifestaciones de la igualdad ante la ley derivados de los dos principales que antes se han señalado, así como su relación con otros valores y principios como la justicia, la libertad, la seguridad jurídica y la legalidad<sup>331</sup>. Temas que un análisis profundo y exclusivo de la igualdad ante la ley no pueden dejar de ser analizados por la relevancia de los debates a los cuales dan lugar.

Pero en este trabajo, sólo nos interesan por ahora sus elementos clave y descriptivos fundamentales, así como su clara distinción, ya que como más adelante se verá (*infra* capítulos IV y V), nuestro análisis se apoyará más en el principio de igualdad manifestado con

---

<sup>329</sup> Algunos aspectos de esos debates se pueden ver, además de los textos que han sido antes citados, en: San Miguel, Luis García (Ed.), *El principio de igualdad*, Dykinson-Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2000; Garrido Gómez, Ma. Isabel, *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009.

<sup>330</sup> *Cfr. mutatis mutandis* Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 39.

<sup>331</sup> Véase en ese sentido, entre otros: Cabañas García, Juan Carlos, *El Derecho a la igualdad en la Aplicación Judicial de la Ley*, Aranzandi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010; Garrido Gómez, Ma. Isabel, *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, *op. cit.*; Pérez Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, *op. cit.*; Koopmans, T. (Ed.), *Constitutional Protection of Equality*, *op. cit.*

la idea de la igualdad en la ley, al tratarse de un análisis abstracto de una consecuencia jurídica derivada de una situación de hecho en la que, en principio, sólo las personas migrantes extranjeras se pueden colocar.

## A. El principio de igualdad en el sistema jurídico español y mexicano.

### a) España

En el caso de España, se dice que el principio de igualdad está recogido en la Constitución como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1), como principio formal y derecho subjetivo (artículo 14), y como mandato a los poderes públicos como igualdad material (artículo 9.2)<sup>332</sup>.

Pero también, por mandato<sup>333</sup> del artículo 10.2 de la Constitución, lo anterior se ve reforzado con el contenido del preámbulo<sup>334</sup> del Protocolo No. 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>335</sup>, ya que el referido Convenio no contiene una cláusula de igualdad ante la ley<sup>336</sup>, en el

---

<sup>332</sup> Cfr. Garrido Gómez, Ma. Isabel, *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, op. cit., pp. 54-80; Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 33; Pérez Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, op. cit., pp. 83-97; Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op. cit., pp. 26-90.

<sup>333</sup> Cfr. Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 205 y ss.

<sup>334</sup> Considerando el principio fundamental según el cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a la misma protección por la ley.

<sup>335</sup> Ratificado por España el 13 de febrero de 2008, BOE de 14 de marzo de 2008, núm. 64.

<sup>336</sup> Cfr. Deop Medinabeitia, Xabier, “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: el Protocolo adicional No. 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, No. 16, 2000, p. 368.

sentido positivo que antes hemos descrito, sino una de no discriminación en su artículo 14<sup>337</sup>.

Además, obviamente, de estar contenido en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (igualdad ante la ley).

Pero también se encuentra reconocido por medio de las normas jurídicas provenientes de la Unión Europea, tales como el artículo del 9 del Tratado de la Unión Europea<sup>338</sup>, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>339</sup>, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico<sup>340</sup>, como normas más generales, ya que existen al menos dos directivas más relacionadas con la igualdad de trato entre hombre y mujer<sup>341</sup>.

---

<sup>337</sup> Lo entendemos así, en la medida de que, el señalamiento de un tratamiento contrario al principio de igualdad en el sistema del Convenio debe hacerse no de manera aislada o independiente, sino en relación con alguno de los derechos y libertades ahí garantizados. Esto es, no se activa respecto de cualquiera otras relaciones jurídicas al margen de aquéllos derechos y libertades al referirse a la no discriminación en los derechos que el Convenio reconoce. No así con el contenido del Protocolo 12, que es una cláusula general de igualdad en todos los derechos reconocidos por la ley nacional de cada Estado. Véase en sentido similar: Cobreros Mendazona, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”; *op. cit.*, p. 80 y nota al pie 21.

<sup>338</sup> BOE 27 noviembre 2009, núm. 286; rect. BOE 16 febrero 2010, núm. 41(castellano).

<sup>339</sup> Se traspone, por Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE número 313 de 31/12/2003)

<sup>340</sup> Se traspone, por Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE número 313 de 31/12/2003)

<sup>341</sup> Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006,

Sumándose a lo anterior, lo establecido en los artículos 1 (principio) y 7 (igualdad ante la ley) de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 (igualdad ante tribunales) y 26 (igualdad ante la ley) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como normas genéricas que recogen el principio, pues en éstos y otros tratados suele incluirse una norma genérica y alguna relativa a la igualdad entre hombres y mujeres, como una expresión específica del principio<sup>342</sup>.

Jurisdiccionalmente, sin variaciones sustantivas relevantes<sup>343</sup> ni evolución conceptual<sup>344</sup>, el Tribunal Constitucional de España (TCE), desde sus primeras interpretaciones del artículo 14 constitucional ha establecido que:

“La igualdad consagrada en el art. 14, de carácter jurídico, vincula a todos los poderes públicos porque así lo afirma taxativamente el art. 53.1 de la Constitución en relación a los derechos y libertades contenidos en el Capítulo Segundo de su Título I, que comprende el art. 14.<sup>345</sup>

[E]l principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o

---

relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

<sup>342</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el mismo artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Aquí no los incluimos, no porque no sean relevantes, sino porque sólo estamos tratando de destacar el principio que es aplicable a toda persona y no así sus manifestaciones específicas.

<sup>343</sup> *Cfr.* Suay Rincón, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, *op. cit.*, p. 209.

<sup>344</sup> *Cfr.* Cabañas García, Juan Carlos, *El Derecho a la igualdad en la Aplicación Judicial de la Ley*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>345</sup> Tribunal Constitucional de España, STC- 34/1981, de 10 de noviembre de 1981, fundamento jurídico 3. Criterio que se repite, por ejemplo, once años después en la STC- 14/1992, de 10 de febrero de 1992, fundamento jurídico 5, e indirectamente treinta y cuatro años después en la STC-66/2015, de 13 de abril de 2015, fundamento jurídico 3.

conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el art. 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable.<sup>346</sup>

La igualdad a que el art. 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.<sup>347</sup>

La regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el art. 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la Ley o igualdad en la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene

---

<sup>346</sup> *Idem.*

<sup>347</sup> Tribunal Constitucional de España, STC- 49/1982, de 14 de julio de 1982, fundamento jurídico 2. Criterio que se repite, por ejemplo, veinticuatro años después en la STC- 307/2006, de 23 de octubre de 2006, fundamento jurídico 4, e indirectamente treinta y tres años después en la STC-66/2015, de 13 de abril de 2015, fundamento jurídico 3.



que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.”<sup>348</sup>

Aunque incluso antes que establecer eso, el Tribunal Constitucional español, siguiendo lo establecido por el TEDH en relación al artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, señaló que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación y, por tanto:

“[L]a igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.<sup>349</sup> [De suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos].”<sup>350</sup>

Sin olvidar que el artículo 9.2 de la Constitución española, al inicio citado, ha sido interpretado<sup>351</sup> como una cláusula de transformación social que impone a los poderes públicos la promoción de las condiciones para que hagan que la libertad y la igualdad de las personas y los grupos en que se integran sean reales y efectivas<sup>352</sup>.

---

<sup>348</sup> *Idem.*

<sup>349</sup> Tribunal Constitucional de España, STC- 22/1981, de 2 de julio de 1981, fundamento jurídico 3. Criterio que se repite, por ejemplo, treinta y tres años después en la STC- 156/2014, de 25 de septiembre de 2014, fundamento jurídico 4.

<sup>350</sup> Esta parte final ha sido agregada a ese argumento desde la STC-200/2001, de 4 de octubre, fundamento jurídico 4.

<sup>351</sup> Tribunal Constitucional de España, STC-83/1984, de 24 de julio; STC 3/1983, de 25 de enero, entre otras.

<sup>352</sup> Linde Paniagua, Enrique, “Presupuestos constitucionales de la intervención de la administración en la sociedad”, en *Parte Especial del Derecho Administrativo*, Colex, Madrid, 2007, pp. 59-73; Carmona Cuenca, Encarnación, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 84, abril-junio 1994, pp. 273 y ss.

En rasgos generales y sin ser nuestro fin entrar a profundizar en los contenidos, interpretaciones y debates alrededor de todo lo antes descrito, podemos afirmar que lo anterior da muestra de la configuración básica, pero completa del principio de igualdad (igualdad ante la ley) en el sistema jurídico español.

#### *b) México*

Por lo que hace a *México*, en la Constitución no existe una norma que recoja de manera expresa el principio de igualdad en su formulación positiva como aquí ha sido analizado<sup>353</sup>, ni la igualdad ante la ley de manera genérica, sino que contiene expresiones dedicadas a grupos específicos. Así, encontramos la igualdad de oportunidades de los pueblos indígenas (artículo 2, apartado B), la igualdad ante la ley del varón y la mujer (artículo 4), la prohibición de conceder títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios (artículo 12), la igualdad ante tribunales (artículo 13) o la igualdad de salario sin importar sexo o nacionalidad (artículo 123, apartado A, fracción VII y apartado B, fracción V).

A esas normas, habría que sumar, por mandato del artículo 1º constitucional, segundo párrafo<sup>354</sup>, lo establecido en los artículos 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (igualdad ante la ley), y 26 del PIDCP (igualdad ante la ley). Además de normas específicas contenidas en tratados especializados y no generales como éstos<sup>355</sup>. Esto porque al igual que en España, en México, el derecho internacional es un insumo fundamental<sup>356</sup>.

---

<sup>353</sup> Cfr. Carbonell, Miguel (Comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 15.

<sup>354</sup> Cfr. Orozco Henríquez, José de Jesús, “Los derechos humanos y en nuevo artículo 1º constitucional”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, No. 28, julio-diciembre 2011, pp. 87-90; Castilla Juárez, Karlos A., “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año 9, No. 2, 2011, pp. 142-149.

<sup>355</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos, "Igualdad ante la ley", *op. cit.*, pp. 408-415.

<sup>356</sup> Cfr. Salazar, Pedro, “Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución mexicana”, en Salazar Ugarte, Pedro (Coord.), *La reforma constitucional de*

Lo anterior, sin olvidar la importancia interpretativa que tiene el artículo II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (igualdad ante la ley), así como los artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos que antes se han citado para el caso español.

La ausencia de una formulación expresa en sentido positivo del principio de igualdad como igualdad ante la ley, ha generado que sean escasos los desarrollos en este sentido en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Los análisis que por muchos años (1990-2001) se hicieron cuando se planteaban temas relativos a la igualdad se centraban principalmente en determinar<sup>357</sup>:

- Si lo que se cuestionaba se regulaba de forma abstracta, general e impersonal.
- Si la norma otorgaba un trato desigual a los desiguales e igual entre iguales, si se colocaban en el mismo supuesto normativo.

La manera de analizar la igualdad ante la ley en la SCJN cambió<sup>358</sup> de manera importante al resolverse por el Pleno la acción de inconstitucionalidad 2/2002 el 19 de febrero de 2002<sup>359</sup>. En esta se introducen por primera vez nuevos elementos de análisis, que no se han modificado hasta el año 2015, y se establece que la igualdad ante la ley:

- No implica necesariamente que todos los individuos deben encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en

---

*derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, p. 274.

<sup>357</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos, "Igualdad ante la ley", *op. cit.*, pp. 400-403.

<sup>358</sup> Cfr. Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, *op. cit.*, pp. 57-59.

<sup>359</sup> En gran medida, consideramos, que el cambio se debió a que el 15 de agosto de 2001 entró en vigor una reforma al artículo 1º de la Constitución, en la que se incluyó en su entonces tercer párrafo el principio de no discriminación que será analizado en el siguiente apartado de este capítulo.

condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato, que aquéllos que se encuentran en similar situación de hecho.

- No toda desigualdad de trato es violatoria de garantías, sino sólo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello una justificación razonable e igualmente objetiva; por ello, a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas, pues en este sentido el legislador no tiene prohibición para establecer en la ley una desigualdad de trato, salvo que ésta resulte artificiosa o injustificada<sup>360</sup>.

Han sido tan pocos los análisis genéricos del principio que ni siquiera en una tesis aislada<sup>361</sup> intitulada “IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN. SU CONNOTACIÓN JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL”<sup>362</sup> se aporta alguna definición o elementos que permitan identificar de mejor forma lo que la SCJN entiende por igualdad ante la ley<sup>363</sup>.

---

<sup>360</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos, "Igualdad ante la ley", *op. cit.*, pp. 410-411.

<sup>361</sup> En relación a la forma en la cual se integra actualmente la jurisprudencia mexicana, véase: Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “La jurisprudencia en la nueva ley de amparo”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 35, 2013, pp. 189-219.

<sup>362</sup> SCJN, Primera Sala, tesis aislada: 1a. CXLV/2012 (10a.), Libro XI, agosto de 2012.

<sup>363</sup> El texto de la tesis aislada antes citada es el siguiente: “Si bien es cierto que estos conceptos están estrechamente vinculados, también lo es que no son idénticos aunque sí complementarios. La idea de que la ley no debe establecer ni permitir distinciones entre los derechos de las personas con base en su nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social es consecuencia de que todas las personas son iguales; es decir, la noción de igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que se reconocen a quienes no se consideran en tal situación de inferioridad. Así pues, no es admisible crear diferencias de trato entre seres humanos que no correspondan con su única e idéntica naturaleza; sin embargo, como la igualdad y

A lo cual se suma el escaso número de estudios académicos dedicados al análisis de la igualdad ante la ley o del principio de igualdad en su formulación positiva. Los existentes, se ocupan de análisis de igualdad específicos: hombre-mujer, indígenas, niños, personas con discapacidad o haciendo referencia a la forma en la cual entiende la igualdad ante la ley en otros países<sup>364</sup>.

Con el creciente interés en el derecho internacional de los derechos humanos, al menos en cuanto a su vertiente interamericana y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible que en los próximos años se tengan mayores desarrollos y precisiones si los jueces, pero también otros actores jurídicos, logran jugar un papel determinante<sup>365</sup>.

Por lo que en ese sentido, es relevante tener en cuenta que el referido tribunal interamericano tampoco tiene un gran número de resoluciones que se ocupen del derecho a la igualdad ante la ley. Sin embargo, sí tiene elementos en su jurisprudencia que resultan muy útiles para hacer la distinción entre el principio general de igualdad

---

la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Por tanto, la igualdad prevista por el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, más que un concepto de identidad ordena al legislador no introducir distinciones entre ambos géneros y, si lo hace, éstas deben ser razonables y justificables.”

<sup>364</sup> Véanse, entre otros: “Igualdad y no discriminación”, en *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014, pp. 261-442; Ruiz Carbonell, Ricardo, “La evolución histórica de la igualdad entre hombre y mujer en México” en Maqueda Abreu, Consuelo y Martínez Bullé Goyri, Víctor (Coord.), *Derechos humanos: temas y problemas*, UNAM-CNDH, México, 2010, pp. 69-136; Soberanes Fernández, José Luis, “Igualdad, discriminación y tolerancia en México”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, No. 22, enero-junio 2010, pp. 261-274; Carbonell, Miguel (Comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, op. cit.

<sup>365</sup> Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, “Camino a la democracia constitucional en México”, en *Isonomía*, No. 36, abril de 2012, pp. 188-206.

y no discriminación, y la igualdad ante la ley<sup>366</sup>. En ese sentido, a manera de síntesis, se puede señalar que la CoIDH ha establecido que la diferencia entre los dos artículos que hablan de la igualdad en la CADH radica en que, la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana<sup>367</sup>, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”.

En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24<sup>368</sup>. Entendiendo que “el artículo 24 [...] es aplicable en el caso de que la discriminación se refiera a una protección desigual de la ley interna o su aplicación”<sup>369</sup>.

Precisando el Tribunal interamericano que “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, ha ingresado, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, en el dominio del *jus cogens*”<sup>370</sup>.

---

<sup>366</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos, "Igualdad ante la ley", *op. cit.*, pp. 415-418.

<sup>367</sup> Con lo que el artículo 1.1 de la Convención Americana es similar al 14 del Convenio Europeo (*supra* nota 337) y, por esa razón, no lo incluimos al inicio de este sub-apartado al incluir una cláusula de no discriminación y no una de igualdad en el sentido que lo estamos analizando en este trabajo.

<sup>368</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209.

<sup>369</sup> Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 333.

<sup>370</sup> Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No, párr. 101; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 269; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 248.

Siendo lo más destacado de sus pronunciamientos en relación al artículo 24 de la Convención, que es lo que nos interesa en este subapartado, lo que estableció en su primer interpretación en relación a dicho artículo<sup>371</sup>, misma que ha repetido a lo largo de su jurisprudencia<sup>372</sup> y que es coincidente con lo que antes vimos ha señalado la SCJN, al establecer esencialmente que la igualdad ante la ley prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal, aunque no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.

Añadiendo en ese sentido el tribunal interamericano que sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable, porque no hay discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas.

De esta forma, podemos concluir que en las líneas básicas y generales, tanto la escasa jurisprudencia nacional mexicana, como la más abundante española, son coincidentes, y éstas a su vez lo son con esas mismas bases que se han establecido por los tribunales de derechos humanos de cada una de las regiones en que se encuentran ambos países, a pesar de algunas diferencias en sus contenidos normativos, pero atendiendo a la esencia del principio de igualdad que describimos al inicio de este apartado.

En el último apartado de este capítulo estableceremos de manera concreta la forma en la cual el TCE y la SCJN han evaluado la existencia e inexistencia de igualdad en casos concretos y la forma en la que ello se debe llevar a cabo. Por ahora, nos basta con esta mirada general de su regulación y entendimiento descriptivo.

---

<sup>371</sup> Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 54-58.

<sup>372</sup> Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 205.

De este amplio panorama desarrollado en el presente apartado, podemos afirmar que el principio de igualdad y derecho (igualdad ante la ley) es la manifestación jurídica más acabada, que no perfecta de la idea de igualdad que describimos al inicio. Ésta nació en el derecho nacional, en el Derecho Constitucional y de ahí pasó como hemos visto al derecho internacional de los derechos humanos con sus dos principales manifestaciones: igualdad en la ley (creación) e igualdad frente a la ley (aplicación).

## **2.2 La prohibición de la discriminación como elemento transversal y permanente en los ordenamientos jurídicos desde el siglo XX.**

Por muchos años, el Diccionario de la Real Academia Española al definir la palabra *discriminar* establecía que significaba: separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra<sup>373</sup>. Fue hasta su decimonovena edición en 1970<sup>374</sup>, cuando se incluyó como una de las definiciones de esa palabra lo siguiente: “Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.” Esa misma definición se ha mantenido idéntica<sup>375</sup> hasta su vigésimo tercera edición publicada en el año 2014, que es la última y la que se difunde en el año 2015<sup>376</sup>.

Si bien lo anterior no tiene gran relevancia analítica, ni proporciona una definición que sea del todo satisfactoria, su importancia radica en el hecho de que contrario a lo que ocurre con la idea de igualdad, la de no discriminación es más moderna<sup>377</sup>. Incluso, por el conjunto

---

<sup>373</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Décimo octava edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1956.

<sup>374</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Décimo novena edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1970.

<sup>375</sup> *Cfr.* Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>376</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Decimotercera edición, Espasa, Madrid, 2014.

<sup>377</sup> *Cfr.* Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, *op. cit.*, p. 37. Estos autores señalan, por ejemplo, que el significado jurídico del concepto de



de estudios a los que se ha podido acceder para ésta investigación, podríamos afirmar que es un concepto jurídico introducido en el siglo XX occidental. Antes de 1945, la prohibición de discriminación sólo había sido mencionada de manera muy limitada en cuanto a sus alcances en los llamados tratados sobre minorías<sup>378</sup>.

Lo anterior, sin olvidar que un antecedente de lo que hoy entendemos por no discriminación, podríamos encontrarlo en la sección 1, de la enmienda XIV, de la Constitución de Estados Unidos, ratificada en 1868, por medio de la cual, los esclavos se convirtieron en ciudadanos<sup>379</sup> y expresamente se dijo que: “Ningún Estado aprobará o hará cumplir ley alguna que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos; ni ningún Estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido procedimiento legal; ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la protección de las leyes en un plano de igualdad.”

Eso, como resultado de que, pese a que desde la Declaración de Independencia de 1776 se habló de igualdad por los colonos de Virginia pensando en ellos frente a la Corona Británica, esa igualdad no alcanzó reconocimiento respecto a los esclavos negros hasta más de cien años después<sup>380</sup>, cuando en esa misma enmienda XIV se estableció que “Toda persona nacida o naturalizada en Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de Estados Unidos y del Estado en el que resida”. Con lo que se prohibió que estos continuaran excluidos de la igualdad.

---

discriminación, así como el contenido y el alcance del derecho, caso por caso, se ha precisado en las últimas seis décadas.

<sup>378</sup> Shestack, Jerome “The Jurisprudence of Human Rights”, in Theodor Meron (Ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, The Clarendon Press-Oxford University Press, 1984, p. 101.

<sup>379</sup> Cfr. Horowitz, Harold W., “Fourteenth Amendment. Aspects of Racial Discrimination in ‘Private Housing’”, en *California Law Review*, Vol. 52, No. 1, March 1964, pp. 2-3.

<sup>380</sup> Cfr. Fredman, Sandra, *Comparative Study of Anti-discrimination and Equality Laws of the US, Canada, South Africa and India*, European Commission, Luxembourg, 2012, pp. 14-15.

Aunque como sabemos, tuvo que ser con la *Civil Rights Act* de 1964 y con la *Voting Rights Act* de 1965<sup>381</sup>, es decir, nuevamente más de un siglo después de lo anterior cuando se impulsó un cambio para poner fin a la exclusión de algunas minorías, especialmente las afroamericanas<sup>382</sup>. Con lo que sólo a partir del siglo XX occidental se puede hablar formalmente de no discriminación<sup>383</sup>.

De igual forma que la Declaración francesa de 1789 que se proclamaba por los burgueses, hombres blancos y pudientes, frente a los privilegios feudales y estamentales, pero no precisamente frente a quienes a éstos servían por sus más precarias condiciones económicas y sociales<sup>384</sup>. Lo cual ha tenido que evolucionar para incluir a los formalmente excluidos de esas históricas reivindicaciones, pese a que en la actualidad la *ciudadanía-nacionalizada* representa un nuevo o vigente reto de la no discriminación<sup>385</sup>.

Pero todos estos antecedentes no hicieron en realidad más que poner en evidencia los puntos ciegos del principio de igualdad, lo que a su

---

<sup>381</sup> Sin olvidar la importancia previa a las normas citadas de la sentencia del caso *Brown Vs. Board of Education of Topeka* de 17 de mayo de 1954. Un estudio interesante de este caso véase en: Patterson, James T., *Brown v. Board of Education: A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy*, Oxford University Press, New York, 2001.

<sup>382</sup> Cfr. Smith, Rogers, “Vuelta sobre las castas”, en Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales*, Miño y Dávila Editores, Madrid, 2002, p. 58.

<sup>383</sup> Cfr. Rosenberg, Gerald, “The 1964 Civil Rights Act: The Crucial Role of Social Movements in the Enactment and Implementation of Anti-Discrimination Law”, en *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 49, 2004, pp. 1147-1154.

<sup>384</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, “La igualdad y sus garantías”, *op. cit.*, pp. 322-323.

<sup>385</sup> Cfr. Castilla, Karlos, “Igualdad y ciudadanía en un contexto de migración mundial ¿Son conceptos compatibles desde una perspectiva de derechos humanos?”, *op. cit.*, pp. 89-93; Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, *op. cit.*, p. 385; Appiah, Anthony K., “Ciudadanos del mundo” en Gibney, Matthew J., *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2004, p.203; Ferrajoli, Luigi, “Cittadinanza e diritti fondamentali”, en Zolo, D. (Ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma/Bari, 1994, p. 288.

vez ha servido para sentar las bases de las ideas antidiscriminatorias<sup>386</sup>.

La no discriminación, como prácticamente todo término jurídico que también tiene contenido político, económico y social ha dado lugar a muchos debates respecto a su significado<sup>387</sup>. Aunque sin duda, menos que el de igualdad por su más reciente aparición en escena.

Desde el derecho hay quien duda de que se trate de un principio<sup>388</sup>. También hay quien afirma que es sólo una de las manifestaciones del principio de igualdad o el principio negativo de éste<sup>389</sup>. Como también quien los entienden como dos principios separados<sup>390</sup>, y también quien considera que son un solo principio<sup>391</sup>.

Para nosotros, es un principio<sup>392</sup>. Es independiente, pero complementario del principio de igualdad y es una protección

---

<sup>386</sup> Cfr. Fredman, Sandra, *Comparative Study of Anti-discrimination and Equality Laws of the US, Canada, South Africa and India*, op. cit., p. 15.

<sup>387</sup> Véase, por ejemplo: Lippert-Rasmussen, Kasper, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, Oxford University Press, 2014, pp. 13-53; Hellman, Deborah, *When Is Discrimination Wrong?*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 2011, pp. 1-9; Fiss, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", en *Philosophy and Public Affairs*, No. 5, 1976, pp. 107-177.

<sup>388</sup> Carbonell, Miguel (Comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, op. cit., pp. 12 y 14.

<sup>389</sup> Véase, por ejemplo: Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, op. cit., p. 79; McKean, Warwick, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford University Press, New York, 1983, pp. 288.

<sup>390</sup> Véase, por ejemplo: Cerdá Martínez-Pujalte, Carmen María, "Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación", en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de Valencia, No. 50/51, 2005, p. 197; Koopmans, T. (Ed.), *Constitutional Protection of Equality*, Sijthoff, Leyden, Netherlands, 1975, pp. 246-248.

<sup>391</sup> Véase, por ejemplo: Bayefsky, Anne F., "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", in *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, No. 1-2, p. 1.

<sup>392</sup> Entendiendo por ello "los estándares que han de ser observados porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad"

reforzada de éste, que surgió al ser evidente que las personas que dominan e históricamente han dominado los entornos políticos, sociales y económicos sólo alcanzan a ver como iguales a quienes tienen características similares a ellas, pero no a todas las personas que pudiendo estar o no en su entorno, tienen características diferentes.

Lo anterior se demostró de manera grave y lamentable —aunque tal vez por cercana en tiempo se ha considerado más así ya que hechos del pasado y la existencia de la esclavitud misma demostraban claramente los vacíos de la igualdad reconocida—, después de las guerras mundiales, específicamente por todo lo ocurrido previa y durante la segunda guerra mundial<sup>393</sup>, en donde millones de personas por su origen nacional, su religión o su pertenencia a un grupo específico fueron afectadas en sus derechos y libertades al considerarse inferiores, diferentes, no puras, como la mayoría dominante en el momento.

Situación que, según se ha documentado, se ha presentado en el año 2015 con el trato que se le ha dado a algunas personas refugiadas, que huyen de las guerras y dictaduras africanas, principalmente en Hungría<sup>394</sup> y Eslovaquia<sup>395</sup>, pero no exclusivamente y por citar los

---

como lo define Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 72; o si se quiere, porque son “normas [mandatos de optimización] que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” siguiendo a Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 86-87.

<sup>393</sup> Cfr. Cerdá Martínez-Pujalte, Carmen María, “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación”, *op.cit.*, p. 212.

<sup>394</sup> El portavoz del gobierno húngaro declaró: “Hungary says it is duty-bound to protect the borders of the European Union the refugees, most of them Muslims who Hungary says threaten the prosperity, security and "Christian values" of Europe”. Véase: Aljazeera, “Refugees enter Slovenia after Hungary closes border”, Refugees, 17 October 2015, disponible en: <http://www.aljazeera.com/news/2015/10/refugees-slovenia-hungary-151017154353488.html>

<sup>395</sup> El Ministro del Interior eslovaco declaró: “We only want to choose the Christians”. Véase: Tharoor, Ishaan, “Slovakia will take in 200 Syrian refugees, but they have to be Christian”, *The Washington Post*, World Views, August 19 2015, disponible en:

casos más graves pero no los únicos, en que se ha rechazado dar ayuda a las personas por su origen nacional o creencias religiosas.

“El término discriminación, todavía en un sentido bastante neutro, comienza a ser familiar entre los estudiosos del Derecho Internacional”<sup>396</sup>, abriéndose paso en ese ámbito<sup>397</sup>. Aunque con ese mismo sentido neutro<sup>398</sup>, es decir, sin la expresa prohibición de discriminación, fue recogido en algunas constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, como la italiana de 1947 (artículo 3.1)<sup>399</sup>, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (artículo 3.3) o la francesa de 1958 (artículo 1)<sup>400</sup>. Por lo que de manera más coincidente se considera que el origen del principio de no discriminación como prohibición se encuentra en el derecho internacional, de manera especialmente notable con los tratados de derechos humanos aprobados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) después de la Segunda Guerra Mundial<sup>401</sup>.

De esta manera, será en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la entonces todavía naciente ONU<sup>402</sup> el primer

---

<https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2015/08/19/slovakia-will-take-in-200-syrian-refugees-but-they-have-to-be-christian/>

<sup>396</sup> Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>397</sup> Cfr. Añón Roig, María José, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, en *Isonomía*, No. 39, octubre 2013, p. 152.

<sup>398</sup> Cfr. Wedderburn, K.W., *The Worker and The Law*, Harmondsworth, 1971, p. 16.

<sup>399</sup> Cfr. Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2011, p. 51.

<sup>400</sup> Cfr. Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 79-80.

<sup>401</sup> Cfr. Schiek, Dagmar, Bell, Mark and Waddington, Lisa, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, Portland and Oxford, 2007, p. 8.

<sup>402</sup> Cfr. Weiwei, Li, “Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law”, *op. cit.*, pp. 5-6.

documento que recoge de manera precisa la distinción que se ha señalado<sup>403</sup>.

Así, en su artículo 1º el referido instrumento internacional establece el principio de igualdad siguiendo las ideas de las primeras proclamas históricas y las reproducciones constitucionales de dicho principio, para establecer que:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Pero, por si no fuera claro aquello de que todos los seres humanos nacen iguales en derechos, en el artículo 2 de esa Declaración que no sólo por su nombre, sino también por su difusión e importancia<sup>404</sup> es casi universalmente conocida<sup>405</sup>, se establece:

“1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo

---

<sup>403</sup> Si bien la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada seis meses antes que la Universal (mayo 1948) y en su artículo 2, incluye ya una referencia al respecto, su formulación es más limitada al sólo establecer que: “los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

<sup>404</sup> Véase: Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.

<sup>405</sup> Cfr. Ventura Robles, Manuel E., “El valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en *El mundo moderno de los derechos humanos. Ensayos en Honor a Thomas Burgenthal*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, pp. 256-257.

administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”

Ideas que en conjunto, pero como igualdad ante la ley y no discriminación, se recogen también en el artículo 7 de esa misma Declaración.

Si bien en el texto antes citado se utiliza el término distinción y no el de discriminación, en el momento más bien parece que se utilizaban como sinónimos, pues si se revisan los textos originales de la Declaración en castellano, inglés y francés (*sans distinction*), se puede observar como en inglés sí se utiliza el término: *without any discrimination*. Esto parece normal, ya que como ha sido señalado desde el inicio de éste apartado, el término discriminación ha adquirido el entendimiento que hoy la mayoría de personas le damos a partir del siglo XX occidental, por los desarrollos teóricos que indican que toda distinción o diferenciación arbitraria es discriminación<sup>406</sup>.

La formulación utilizada en el primer párrafo del artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido reproducida de manera similar en prácticamente todos los tratados internacionales de derechos humanos, universales y regionales<sup>407</sup>. De igual forma, en un número muy importante de instrumentos internacionales y proclamaciones de derechos que sin ser tratados, reconocen o desarrollan algunos derechos humanos. Pero también, en un número muy importante de constituciones<sup>408</sup>.

Incluso, en algunos tratados más recientes como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que es uno de los tratados con mayor aceptación por el número de ratificaciones que

---

<sup>406</sup> *Cfr.* Lieberwitz, Risa, “Employment Discrimination Law in the United States: On the Road of Equality?”, en *New Developments in Employment Discrimination Law*, The Japan Institute for Labor Policy and Training, Report No. 6, 2008, pp. 1-2.

<sup>407</sup> *Cfr.* Bayefsky, Anne F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>408</sup> *Cfr.* Glendon, Mary, “Rights in Twentieth-Century Constitutions”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, 1992, pp. 523-532.

tiene en el mundo<sup>409</sup>, se ha ampliado el listado de supuestos que merecen especial protección para no ser excluidos del goce de derechos y libertades que se reconocen, para señalar<sup>410</sup>: la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición.

Esto, sin olvidar que algunos tribunales nacionales e internacionales, no siempre de manera bien justificada<sup>411</sup>, al interpretar dichas normas, han dado contenido a la expresión *cualquier otra condición*<sup>412</sup> establecida en la Declaración Universal y las similares que se incluyen en la norma que les corresponde interpretar<sup>413</sup>.

Aunque lamentablemente en ese paso de las normas del llamado *soft law* a los tratados y constituciones se perdió el segundo párrafo<sup>414</sup> del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos

---

<sup>409</sup> Para el 8 de noviembre de 2015 son Parte a este tratado 196 Estados, incluyendo a México y España. Información disponible en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en)

<sup>410</sup> Véase su artículo 2.

<sup>411</sup> Véase en este sentido: Dulitzky, Ariel E., “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No. 3, Santiago, 2007, pp. 15-32.

<sup>412</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen *cualquier otra condición social*; en tanto que el Convenio Europeo de Derechos Humanos dice *cualquier otra situación*. Estos, como tratados genéricos.

<sup>413</sup> Un ejemplo de esto en España se encuentra en la STC 41/2006, de 13 de febrero, en la que en su fundamento jurídico tercero se establece: “la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitablemente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación”.

<sup>414</sup> Artículo 2 [...] “Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.



Humanos o se consideró que se daba por incluido con lo establecido en el primer párrafo. No siendo menor ello cuando se piensa en la migración, al hacer explícito en éste que además del origen étnico, nacional y racial, también debía cuidarse el no hacer distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona<sup>415</sup>. Lo cual, de mantenerse en los textos jurídicos con mayor fuerza jurídica, sería una muy importante herramienta de trabajo en la búsqueda de que de manera real y efectiva se garanticen y respeten los derechos a toda persona, sin importar las fronteras que hayan cruzado<sup>416</sup>.

De esta manera, la prohibición de discriminación puede ser vista como un blindaje del principio de igualdad que busca que en verdad ninguna persona quede fuera de protección. Un principio que si se quiere, ha servido para venir actualizando y modernizando el principio de igualdad.

Con lo que en la práctica el principio de no discriminación es en gran medida una garantía reforzada del principio de igualdad, por medio del cual se busca que las personas y grupos que históricamente han sido excluidos de protección de sus derechos y libertades, sean especialmente protegidas al no ser *per se* su condición o sus diferencias con las mayorías justificación suficiente (y menos si es única) para distinguir en el ejercicio, goce y protección de derechos humanos.

---

<sup>415</sup> En nuestra opinión, esto serviría para que se evitara, por ejemplo, la imposición de visados u otras condiciones que se basan exclusivamente en el país del que es nacional una persona y no en la persona. Esto es, que actualmente los pasaportes “pesan” según la condición del país que los respalda o emite y, con ello, muchas veces se condicionan los derechos que se pueden ejercer.

<sup>416</sup> Debe tenerse presente que dicho segunda párrafo (*supra* nota 414) no se refiere solo a las “colonias”, ni a los países sometidos a algún tipo de “administración fiduciaria” y que, por tal razón ya no trascendió a los textos modernos de derechos humanos al ir desapareciendo los países bajo esas condiciones. Ya que una lectura cuidadosa de ese párrafo nos permite establecer que sí se establece a estos que hemos señalado, pero también, como lo dice expresamente a cualquier “país independiente”, con lo que la razón de su exclusión no es clara y de haber trascendido sería muy relevante. En relación a debates relativos a ese párrafo véase: Bartolomé Clavero Salvador, “Derechos (no tan) humanos”, en *Jueces para la democracia*, N° 30, 1997, pp. 41-43.

De igual forma, porque el principio de no discriminación está dirigido a establecer de manera enfática qué personas tampoco pueden estar excluidas de esa igualdad formal reconocida en los textos legales. Esto es, que no sólo están cubiertos por ese manto de igualdad un grupo de personas específico y que históricamente han sido los social, económica y políticamente dominantes y que, generalmente son quienes han creado las normas jurídicas, instituciones y órganos dentro de un Estado; sino también otras personas, que, por su parte, han sido históricamente relegadas<sup>417</sup>. Siendo desde este punto de vista enteramente aplicables las ideas que señalan que es justo eso lo que prohíbe el sometimiento y la creación de una estructura de cuasi-castas<sup>418</sup>.

Así, el principio de no discriminación provee a los sistemas jurídicos las bases de lo que algunos han llamado “*the attack on caste barriers*”<sup>419</sup> o “*antidifferentiation principle*”<sup>420</sup>, esto es, una defensa en contra de las barreras que históricamente los grupos dominantes han ido creando respecto a específicos grupos que, pese a las cláusulas de igualdad, habían (y en muchos casos siguen) quedado excluidos al no estar comprendidos en las categorías: hombre, ciudadano<sup>421</sup>, persona, etc.

---

<sup>417</sup> Cfr. Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, op. cit., p. 35-37; Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, United Nations, New York and Geneva, 2003, p. 651.

<sup>418</sup> Cfr. Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales*, Miño y Dávila Editores, Madrid, 2002, pp. 31 y 35.

<sup>419</sup> Cfr. Sunstein, Cass R., “The Anticaste Principle”, en *Michigan Law Review*, No. 92, 1994, pp. 2410-2455; Lusky, Louis and Botein, Michael, “The Law of Equality in the United States”, en Koopmans, T. (Ed.), *Constitutional Protection of Equality*, Sijthoff, Leyden, Netherlands, 1975, pp. 19-26, 246.

<sup>420</sup> Sunstein (*supra* nota 419, pp. 2439-2440.) señala que en el siglo veinte se le debe llamar así debido a que se aplica caso por caso en la corte en lugar de los intentos legislativos generales.

<sup>421</sup> Véase: Castilla, Karlos, “Igualdad y ciudadanía en un contexto de migración mundial ¿Son conceptos compatibles desde una perspectiva de derechos humanos?”, op. cit., pp. 89-93; Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta-Ilsa, Bogotá, 2009, p. 385.; Ferrajoli, Luigi, “Cittadinanza e diritti fondamentali”, op. cit., p. 288.

La previsión en un importante número de textos legales del principio de no discriminación obliga a justificar de manera estricta toda diferencia de trato a personas ubicadas en las categorías que se enuncian en las diferentes pero muy similares formulaciones<sup>422</sup>, pues nadie objeta que el Estado tiene la facultad de tratar a las personas de un modo diferente, que no toda diferenciación de trato es discriminatoria, pero que si se hace sólo en razón de alguna de las categorías especialmente protegidas de no discriminación o particularmente sospechosas de discriminación, la justificación es mayor, lo cual es una tarea compleja por la irrazonabilidad que en principio tienen las referidas categorías para justificar *casi cualquier* tipo de diferencia de trato que se funde en ellas<sup>423</sup>.

Por la forma en la cual ha sido generalmente formulado, los debates del principio de no discriminación han dado origen a las que por grandes sectores de la doctrina y de tribunales, nacionales e internacionales, se denominan como *categorías sospechosas*, que no son otras que las personas (grupo/categoría/condición) que suelen ser enlistadas y aquéllas que caben en esa cláusula enunciativa, pero no taxativa ni cerrada. Como tampoco perfecta, ni fácil de determinar<sup>424</sup>.

Esos listados de prohibición específica de discriminación no son absolutos<sup>425</sup>, ni significan que *per se* su uso da lugar a una discriminación. Sino que, las distinciones que el Estado realice

---

<sup>422</sup> Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, *op. cit.*, pp. 636-648.

<sup>423</sup> *Cfr.* Saba, Roberto, “Igualdades, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 703; y Bayefsky, Anne F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>424</sup> Véase en este sentido: Saba, Roberto, “Igualdades, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, *op. cit.*, pp. 696-742 y Fiss, Owen, “Grupos y la clausula de igual protección”, en Gargarella, Roberto (Comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1999, pp. 137-167.

<sup>425</sup> *Cfr.* Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 81.

dirigidas a justificar un trato diferente y que estén basadas en los supuestos que se enlistan se presumen discriminatorios (inconstitucionales<sup>426</sup>/contrarios a tratados)<sup>427</sup>, se *sospecha* de una ausencia de distinción legítima y admisible, de una irrazonabilidad palmaria y primaria del criterio escogido para hacer la distinción entre personas, por lo que habrá que examinarse con más rigor su razonabilidad<sup>428</sup>.

De considerarse como absolutos, impedirían que se tomaran también respecto de esas categorías diferenciaciones que les permitan disminuir o eliminar desventajas que tienen de origen, ponerlas en igualdad en determinados supuestos, esto es, el desarrollo de las conocidas como *acciones afirmativas*<sup>429</sup>. Por lo que es importante entender el alcance correcto de la prohibición.

Por ello es por lo que el principio de no discriminación es un principio negativo, ya que prohíbe que se justifique la desigualdad teniendo como única justificación a alguna de las categorías sospechosas, que ello sea la única o principal base de la distinción. Exigiendo que las distinciones admisibles no estén basadas en un ser o pertenecer, en algo históricamente contingente porque no se ha elegido autónomamente, sino en un hacer<sup>430</sup> que busque igualar en condiciones, dar las mismas oportunidades, equilibrar la balanza.

Siguiendo lo establecido por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, podría entenderse que la discriminación no sólo incluye toda distinción, sino también toda exclusión, restricción o preferencia<sup>431</sup>. Aspecto

---

<sup>426</sup> Cfr. Jiménez Campos, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 9, 1983, p. 107.

<sup>427</sup> Cfr. Saba, Roberto, “Igualdades, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, *op. cit.*, p. 696.

<sup>428</sup> Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>429</sup> Cahn, Steven M. (Ed.), *The Affirmative action debate*, Routledge, New York, 1995; Rosenfeld, Michel, *Affirmative action and justice: a philosophical and constitutional inquiry*, Yale University Press, 1991.

<sup>430</sup> Cfr. Comanducci, Paolo, “Igualdad liberal”, *op. cit.*, p. 87.

<sup>431</sup> Cfr. Weiwei, Li, “Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law”, *op. cit.*, pp. 7-9.

que es muy importante en razón de que comúnmente nos centramos sólo en la distinción, pero olvidamos (intencionadamente o no) las otras tres acciones con las cuales también se discrimina.

Por lo que si cualquiera de esas cuatro acciones se hace por motivos de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición, de cualquier persona, se podría estar discriminando si se toman en cuenta también los elementos antes señalados. “La acción estatal discriminatoria sería aquella conducta estatal que empeora el estatus de un grupo especialmente desaventajado”<sup>432</sup>.

Debiéndose destacar en este sentido que según se ha ido construyendo en la doctrina de la no discriminación, la discriminación puede ser directa e indirecta<sup>433</sup>. *Directa* cuando los actos, leyes o políticas públicas desventajosas están dirigidas expresamente a una categoría, grupo o persona. *Indirecta* cuando esos actos, leyes o políticas públicas en los que se aplica un criterio aparentemente neutral al no dirigirse a una categoría, grupo social o persona, pero se impone a éstos una carga desproporcionada o desventaja particular con respecto a otras personas que les perjudica o imposibilita colocarse en el supuesto previsto<sup>434</sup>.

Una definición única de lo que significa no discriminación no existe, ni siquiera en el conjunto de tratados internacionales

---

<sup>432</sup> Fiss, Owen, “Grupos y la clausula de igual protección”, *op. cit.*, p. 146.

<sup>433</sup> Cfr. Lippert-Rasmussen, Kasper, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, *op. cit.*, pp. 55-78; Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales*, *op. cit.*, p. 50; Moreau, Sophia, “What is Discrimination?”, en *Philosophy and Public Affairs*, No. 38, 2010, pp. 143-179; Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 86; Bindman, Geoffrey, “Proof and Evidence of Discrimination”, en Hepple, Bob and Szyszczak, Erika (Eds.), *Discrimination: The Limits of Law*, Mansell, London, 1992, pp. 52-62.

<sup>434</sup> Cfr. Altman, Andrew, “Discrimination”, en Zalta Edward. N. (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2011 Edition, en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/discrimination/>, p. 8. (consultado el 24 de mayo de 2015); Garganté, Sixte, Pajares, Miguel, Cachón, Lorenzo y Egenberger, Vera, *La discriminación racial. Propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España*, Icaria, Barcelona, 2003, pp. 42-43.

derivados de un mismo organismo internacional como las Naciones Unidas. A nivel nacional ocurre lo mismo, las configuraciones jurídicas varían de país en país en los elementos que las componen<sup>435</sup>.

Una parte positiva pese a lo anterior, es que ello se refiere a los entendimientos jurídicos estrictos, pues la palabra discriminación de manera aislada es cada vez más entendida en diferentes ámbitos y lenguajes con un sentido peyorativo, como una conducta injusta, irrazonable, injustificable o arbitraria frente a otra persona<sup>436</sup>.

La parte negativa de la no discriminación en su vertiente jurídica es que, pese a todos esos intentos por evitar que ciertos grupos continúen bajo opresión y salgan del aislamiento, del menosprecio y no sean objeto de discriminación, todas las acciones atienden aspectos concretos desde la formalidad del derecho<sup>437</sup>, pero poco han alcanzado a transformar la *desigualdad estructural* que heredada de las primeras discriminaciones (ahí donde no llegó el principio de igualdad) se ha transmitido en la historia de la humanidad y prevalece hasta nuestros días<sup>438</sup>. Algunas de las cuales, no se puede ignorar, tienen que ver con el establecimiento de las fronteras territoriales, pues bien se sabe “que las fronteras existentes son en su mayoría el producto de injusticias históricas<sup>439</sup>”.

Aquí, nos es imposible proponer una única definición o caracterización de la no discriminación y entrar a todos los debates actuales respecto a la no discriminación. Sin embargo, estableceremos cómo podría ser entendida en México y España,

---

<sup>435</sup> Cfr. Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales*, op. cit., pp. 46-49.

<sup>436</sup> Cfr. Hellman, Deborah, *When Is Discrimination Wrong?*, op. cit., p. 2; Weiwei, Li, “Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law”, op. cit., p. 11.

<sup>437</sup> Cfr. Young, Iris, “Activist Challenges to Deliberative Democracy”, en *Political Theory*, Vol. 29, No.5, October 2001, pp. 679-681.

<sup>438</sup> Véase: Stolte, Jhon F., “The Legitimation of Structural Inequality: Reformulation and Test of the Self-Evaluation Argument”, en *American Sociological Review*, Vol. 48, No. 3, June 1983, pp. 331-342.

<sup>439</sup> Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, op. cit., p. 38.

respectivamente, a partir del contenido de las diversas normas que integran sus sistemas jurídicos y recogen dicho principio.

## A. El principio de no discriminación en el sistema jurídico mexicano y español.

### *a) México*

En México<sup>440</sup>, tomando en consideración lo establecido en los artículos 1, párrafo quinto, constitucional; 1.1 de la CADH; 3 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se puede afirmar que:

- Está prohibido todo tipo de discriminación;
- Todos los derechos humanos y libertades deben ser ejercidos, respetados y garantizados sin discriminación;
- Lo anterior aplica a toda persona o todo individuo que se encuentre en el territorio de México y esté sujeta a su jurisdicción, y
- Los motivos especialmente protegidos son: origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición y origen social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil, la raza, el color, el idioma, el nacimiento, posición económica o cualquier otra condición social u cualquiera que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en su jurisprudencia ha establecido respecto a la no discriminación que:

---

<sup>440</sup> En esta parte se utilizarán sólo las normas genéricas, sin acudir a los tratados especializados como podrían ser el de mujeres, niños, indígenas, personas con discapacidad y otros existentes. Tanto para el caso de México como para el de España.

- El derecho a la no discriminación reconocido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos proscribire la distinción motivada por razones de género, edad, condición social, religión o cualquier otra análoga que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas, o bien, la igualdad real de oportunidades<sup>441</sup>.
- Sin embargo, no es cualquier distinción de trato entre las personas, sino sólo aquellas que atenten contra la dignidad humana.<sup>442</sup>

Esos criterios se encuentran recogidos en prácticamente toda su jurisprudencia en la que se desarrolla algún análisis relacionado con la discriminación. Pero, a lo anterior, recientemente se agregó lo siguiente:

“La discriminación puede operar de manera legal o de hecho, por objeto o resultado (directa o indirecta), o a través de la omisión de adoptar medidas temporales diferenciadas para responder o evitar perpetuar situaciones de discriminación estructural. Además, la discriminación puede tener un efecto único en el tiempo o puede operar también de manera continuada. La mera vigencia de una ley puede discriminar directamente a una persona o grupo de personas, o bien, puede discriminar indirectamente debido a un impacto diferenciado.”<sup>443</sup>

---

<sup>441</sup> SCJN, Segunda Sala, jurisprudencia, *2a./J. 114/2014 (10a.)*, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014; de rubro: “PENSIÓN DE LOS TRABAJADORES DE LOS SECTORES PRIVADO Y PÚBLICO. LA EXISTENCIA DE DISTINCIONES LEGALES EN LA INTEGRACIÓN DEL SALARIO BASE DE COTIZACIÓN PARA SU CÁLCULO, NO TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN”.

<sup>442</sup> SCJN, Pleno, jurisprudencia: *P./J. 114/2008 (9a.)*, Tomo XXVIII, octubre de 2008; de rubro: “ISSSTE. EL ARTÍCULO QUINTO TRANSITORIO DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLA LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 2007)”.

<sup>443</sup> SCJN, Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J. 45/2015 (10a.)*, Libro 19, Tomo I, junio de 2015; de rubro: “LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR.



Con lo que podemos ver que la SCJN ha avanzado un paso más allá de las tradicionales enumeraciones de categorías sospechosas y de un entendimiento amplio de lo que caracteriza a una discriminación, para incluir también a la discriminación indirecta, como ámbito cubierto por las normas integrantes del sistema jurídico mexicano.

No profundizaremos en lo acertado o no de lo antes sintetizado, ni en muchos interesantes debates que eso<sup>444</sup> y otros criterios recogidos en la jurisprudencia de la SCJN invitan a desarrollar, por no ser el objeto de este trabajo y ser de nuestro interés sólo por ahora el contar con una descripción de la forma en la que el principio de no discriminación es entendido en este sistema constitucional. Lo mismo ocurrirá en el siguiente sub-apartado.

#### *b) España*

Por lo que hace a España, tomando en consideración lo establecido en los artículos 14 de la Constitución; 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 1 del Protocolo número 12 al Convenio, 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se puede afirmar que:

- Todos los derechos humanos y libertades deben gozarse, y ser respetados y garantizados sin discriminación;
- Lo anterior aplica a toda persona que se encuentre en el territorio de España y esté sujeta a su jurisdicción, y
- Los motivos especialmente protegidos son: nacimiento, raza, sexo, color, idioma, lengua religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, posición económica o cualquier

---

ESTÁ LIMITADA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN QUE OPERAN DE MANERA TRANSVERSAL.”

<sup>444</sup> Para una mirada de eso, véase: De la Torre, Carlos, *El derecho a la no discriminación en México*, Porrúa, México, 2006.

otra condición o circunstancia personal o social.

Además de que, cuando se apliquen normas derivadas de la Unión Europea, resulta especialmente relevante el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>445</sup>, que establece:

“Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de las disposiciones particulares.”

Lo antes citado, sin poder entenderlo en sus términos literales, ya que las personas nacionales de los llamados “terceros Estados”, es decir, de aquéllos Estados que no integran la Unión Europea, generalmente no nos ubicamos dentro del ámbito de aplicación de la cláusula de no discriminación de las normas de la Unión<sup>446</sup>, pese a que hay algunas excepciones que no es el momento de precisar<sup>447</sup>.

Por su parte, el TCE en su jurisprudencia ha establecido de manera concreta en relación a la no discriminación que:

“[Los] motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como

---

<sup>445</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, No. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403.

<sup>446</sup> En el ámbito europeo esto es considerado un trato diferenciado compatible con el Derecho de la Unión Europea. Véase *infra* notas 1115 a 1117.

<sup>447</sup> *Cfr.* Schiek, Dagmar, Bell, Mark and Waddington, Lisa, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, *op. cit.*, p. 64.

por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2, y 145/1991, de 1 de julio, FJ 2)”<sup>448</sup>.

“Las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6)”<sup>449</sup>.

Los contenidos legales y jurisprudenciales que se han citado antes son en gran medida coincidentes con las descripciones que con una naturaleza más académica se desarrollaron al inicio de este apartado. Con lo cual, tenemos ya elementos comunes de lo que se entiende en ambos países como no discriminación.

De todo ello, un aspecto central es que el principio de no discriminación está presente de manera transversal en los sistemas jurídicos de ambos países, lo que genera en muchos casos que haya quienes afirman que el principio de no discriminación es una de las manifestaciones jurídicas de la igualdad ante la ley, aunque éste tiene su origen en el Derecho Internacional Público, y de manera específica, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de ahí ha pasado a muchos textos constitucionales modernos.

---

<sup>448</sup> Tribunal Constitucional de España, STC-66/2015, de 13 de abril de 2015, fundamento jurídico 3.

<sup>449</sup> *Idem*.

## B. Discriminación racial, discriminación por origen nacional

Como ha quedado establecido, tanto en España como en México, aunque más bien en prácticamente todas las normas jurídicas que recogen el principio de no discriminación alrededor del mundo, una de las categorías protegidas contra la discriminación es el *origen nacional* de las personas.

Su inclusión parece obvia si se atiende al momento histórico en el que empezó a desarrollarse el principio de no discriminación, es decir, después de los grandes conflictos mundiales en los cuales algunos grupos de personas por su origen nacional fueron objeto de graves violaciones y negación de sus derechos humanos, de exterminio y otras prácticas inhumanas.

Pero además, no sólo ese momento histórico es relevante para su consideración en los listados enumerativos ejemplificativos; también lo es el hecho de que el lugar en el que se nace nadie lo escoge<sup>450</sup>, con lo cual, el *origen nacional* (nacionalidad) es una característica personal contingente que en principio ninguna persona decide autónomamente al nacer. Motivo suficiente para no considerar razonable *per se* un trato desigual o discriminatorio sobre la única base accidental del nacimiento en algún lugar<sup>451</sup>.

Ahora bien, el origen nacional tiene dos vertientes, una interna y otra externa de las fronteras territoriales de los Estados<sup>452</sup>. La primera, hace referencia a aquéllos casos en los cuales los Estados tienen una composición *plurinacional*<sup>453</sup> o cuentan con grupos

---

<sup>450</sup> Cfr. Modood, Tariq, "A defense of Multiculturalism", en *Soundings. A Journal of Politics and Culture*, No. 29, 2005, p. 66; y *mutatis mutandis*: Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1999, p. 118.

<sup>451</sup> Cfr. Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>452</sup> Cfr. Weis, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, Sijthoff & Noordhoff, The Netherlands, 1979, p. 3.

<sup>453</sup> Véase por ejemplo un reconocimiento expreso de ello en la Constitución de Bolivia: Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. [...]

nacionales subestatales<sup>454</sup> (histórico-biológica<sup>455</sup>). La segunda, se refiere a la comúnmente más conocida que se vincula jurídicamente con el término nacionalidad, esto es, con la pertenencia a un país-Estado determinado, especialmente en el contexto inter-nacional, es decir, cuando se cruzan fronteras territoriales (político-legal)<sup>456</sup>.

Ambas entran en la descripción de origen nacional, ambas están protegidas especialmente por la no discriminación y, por tanto, ambas son categorías sospechosas y deben sujetarse a un escrutinio estricto cuando sean utilizadas para diferenciar y ser parte de una medida apremiante para los intereses estatales<sup>457</sup>. Por el objeto de estudio de este trabajo, sólo continuaremos analizando la segunda.

En ese sentido, el origen nacional hace referencia al país o tierra del que es originaria una persona, aquel en el que nació<sup>458</sup> (*ius soli*)<sup>459</sup> o en el que le ha sido otorgada la nacionalidad. Aunque hay quien señala que también el país en el cual nacieron sus antecesores<sup>460</sup> (*ius sanguinis*)<sup>461</sup>.

---

<sup>454</sup> Cfr. Kymlicka, Will, *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Paidós, Barcelona, 2007, pp. 82-85.

<sup>455</sup> El término biológico puede parecer extraño, pero busca hacer referencia justo a esos aspectos (ascendencia-descendencia) antes de que a estos se les asigne una carga cultural, fuente de estereotipos y discriminación, pero también de ideas como raza y etnia. Para discusiones sobre ello, véase: Young, Iris Marion, “A Multicultural Continuum: A Critique of Will Kymlicka’s Ethnic-Nation Dichotomy”, en *Constellations*, Vol. 4, Issue 1, April 1997, p. 51.

<sup>456</sup> Cfr. Weis, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>457</sup> Cfr. Rivera, Jenny, “An Equal Protection Standard For National Origin Subclassifications: the Context that Matters”, en *Washington Law Review*, Vol. 82, 2007, pp. 897, 899, 913.

<sup>458</sup> Cfr. Borjas, George J, and Trejo, Stephen J., “National origin and immigrant welfare reciprocity”, en *Journal of Public Economics*, Vol. 50, No. 3, March 1993, p. 333.

<sup>459</sup> Cfr. Dummett, Ann and Nicol, Andrew, *Subjects, Citizens, Aliens and Others. Nationality and Immigration Law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1990, p. 7

<sup>460</sup> Perea, Juan F., “Ethnicity and Perjudice: Reevaluating ‘National Origin’ Discrimination Under Title VII”, en *William and Mary Law Review*, Vol. 35, No. 3, Williamsburg, Virginia, Spring 1994, pp. 821, 823 y 832.

<sup>461</sup> Cfr. Dummett, Ann and Nicol, Andrew, *Subjects, Citizens, Aliens and Others. Nationality and Immigration Law*, *op. cit.*, p. 7

El origen nacional debe ser diferenciado, tal y como lo hizo la Corte Suprema de los Estados Unidos, de la ciudadanía<sup>462</sup>. Aunque por desgracia, cada vez más ambos términos se utilizan indistintamente e incluso como sinónimos<sup>463</sup>, a pesar de sus claras diferencias<sup>464</sup>, de que no representan lo mismo<sup>465</sup>.

Desde el Derecho, lo común es entender a la nacionalidad de dos principales formas<sup>466</sup>: a) como vínculo jurídico que une a una persona con un Estado, y b) como un derecho humano. En el primer caso, ello se traduce en una manifestación de la soberanía del Estado, pues es éste el que de manera unilateral determina quienes conforman la parte *pueblo* de los tradicionales elementos configuradores del Estado. Éste crea un *estatus político* de

---

<sup>462</sup> Cfr. *Espinoza v. Farah Manufacturing Co.*, 414 U.S. 86 (1973). Véase: Soltero, Carlos R., "Espinoza v. Farah Mfg. Co. (1973) and 'national origin' discrimination in employment", en *Latinos and American Law: Landmark Supreme Court Cases*, University of Texas Press, 2006, pp. 95–106.

<sup>463</sup> Cfr. Preuss, U.K., Koenig-Archibuig, M. and Lefebvre, E., "Traditions of citizenship in the European Union" in *Citizenship Studies*, No. 7, pp. 3-14; Martínez Del Pinsón, José, "Ciudadanía e inmigración", en Bernuz Benítez y Betrán Susín (Coords.), *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, Universidad de la Rioja, Logroño, 2003, p. 75.

<sup>464</sup> Cfr. Aláez Corral, Benito, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 2; López De la Riva Carrasco, Federico, "Nacionalidad y ciudadanía, un esfuerzo de síntesis", en *Ciudadanía y derechos fundamentales: extranjería*, Vol. IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 94-95.

<sup>465</sup> Cfr. Lister, Ruth, *Citizenship: Feminist Perspectives*, MacMillan Press, London, 1997, pp. 55-65; Tamir, Yael, *Liberal nationalism*, Princeton University Press, 1993, pp. 10-11.

<sup>466</sup> Cfr. McDougal, Myres S, Lasswell, Harold D., and Chen, Lung-chu, *Nationality and Human Rights: The Protection of the Individual an External Arenas*, Faculty Scholarship Series, Yale Law School, paper 2654, 1974; Weis, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, *op. cit.*, p. 3; *Nationality and Statelessness: A Handbook for Parliamentarians*, United Nations High Commissioner for Refugees – Inter-parliamentary Union, No. 11, 2005, Lausanne, Switzerland; Bauböck, Rainer, et. al., (Ed.), *Acquisition and Loss of Nationality. Policies and Trends in 15 European States*, Vol. 1: Comparative Analyses, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006; Aláez Corral, Benito, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?*, *op. cit.*, pp. 99-124.

identificación de naturaleza pública con importante relevancia internacional, pero también un *estatus jurídico* de naturaleza privada que crea un concreto estatuto civil para determinar derechos y obligaciones con especial importancia en los ámbitos internos.

En el segundo caso, representa el derecho<sup>467</sup> que tiene toda persona a estar vinculada con un Estado a fin de que pueda gozar de otro conjunto de derechos humanos y también de asumir deberes, más allá de un concreto estatuto civil como atributo de la personalidad. Derecho del que ninguna persona puede ser privada arbitrariamente. Lo que al final se traduce en un límite a la soberanía del Estado en favor de la persona para evitar que haya *apátridas*<sup>468</sup>, pues ello, en el modelo actual de Estados-nación, presupone (lamentablemente) la imposibilidad de contar con determinados derechos al entenderse a la nacionalidad como un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos<sup>469</sup>.

En ambos casos se muestra como el vínculo que garantiza la protección de (*status jurídico*) y pertenencia (*status político*) a un Estado con la correspondiente asignación de derechos y obligaciones<sup>470</sup>. Así, en gran medida, la nacionalidad desde el ámbito jurídico es una moneda con dos caras, una que se muestra como potestad soberana del Estado, otra que se representa como atributo del que debe gozar toda persona. Ninguna de las dos decidida autónomamente por las personas.

---

<sup>467</sup> Derecho a la nacionalidad: véase el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo XIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

<sup>468</sup> El ACNUR en su informe *Aquí estoy, aquí pertenezco. La urgente necesidad de acabar con la apatridia infantil*, noviembre 2015; señala que cada diez minutos nace un niño apátrida en alguna parte del mundo (pp. I y 8), calculando que hay 10 millones de personas apátridas en el mundo. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10234> (consultado el 9 de noviembre de 2015).

<sup>469</sup> Cfr. Lavopa, Federico, “Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad”, en Alonso Reguelia, Enrique (Dir.), *La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 337-353.

<sup>470</sup> Cfr. Fernández Masiá, Enrique, *Nacionalidad y extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 20.

Todo lo cual, es lo que determina de manera formal el *origen nacional* de una persona. Lo que permitiría señalar que, la no discriminación prohíbe *per se*, en esta vertiente, el trato desigual a las personas extranjeras, a las personas migrantes, a toda persona que estando en un Estado determinado no posea la nacionalidad de éste. Pero también, la discriminación de los nacionales de ese Estado frente a los de otro origen nacional. Es decir, a toda nacionalidad independientemente el origen de ésta, para que ninguna esté por encima de la otra.

“[Lo que en el fondo también busca la protección] de la identidad nacional sin sucumbir a un nacionalismo irracional que sólo nos dice que tiremos a donde nos lleve la sangre, sin preocuparnos de donde pueda conducirnos. Los horrores que sigue infligiendo este tipo último de nacionalismo son demasiado conocidos como para necesitar mayor explicación.”<sup>471</sup>

De conformidad con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de la que son parte tanto México como España, *discriminación racial* incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u *origen nacional* o étnico<sup>472</sup>.

Lo anterior significa que, a los efectos de la citada Convención, la discriminación racial, incluye a la discriminación por origen nacional. Con lo que toda discriminación con motivo del origen nacional, es una discriminación racial. Pero no toda discriminación racial es con motivos del origen nacional. Aunque también es cierto que varios componentes culturales y étnicos pueden estar incluidos en el origen nacional<sup>473</sup>.

---

<sup>471</sup> Miller, David, *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 224.

<sup>472</sup> Cfr. Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>473</sup> Rivera, Jenny, “An Equal Protection Standard for National Origin Subclassifications: the Context that Matters”, *op. cit.*, p. 898.



Hablar de racismo, no puede pasar por alto que ello se refiere a una construcción de tipo sociológico, ya que en sentido biológico no existe la raza en la especie humana<sup>474</sup>. Así, esa construcción social es la que suele asociarse con todos aquellos aspectos que se consideran hereditarios: color de piel, ascendencia, origen étnico o nacional, etc.<sup>475</sup>.

En esta investigación, la discriminación con motivo del origen nacional es esencialmente relevante ya que las leyes dirigidas a regular la inmigración, emigración y extranjería están dirigidas principalmente, aunque no de manera exclusiva<sup>476</sup>, a las personas no nacionales, a personas que por su origen nacional no pertenecen al Estado al que pretenden entrar, en el que se encuentran o en el que quieren permanecer. “En las leyes de inmigración, el origen nacional ha sido la base explícita para discriminar en razón del país de origen.”<sup>477</sup>

“Un extranjero se convierte en extranjero como resultado directo de haber nacido en otro país que en el que se está. Por lo que, el diferente origen nacional es lo que prácticamente define a un extranjero. Discriminación por extranjería, por lo tanto, podría decirse que presenta uno de los más claros casos de discriminación por el *origen nacional*”.<sup>478</sup>

---

<sup>474</sup> Cfr. Blum, Lawrence, *I'm Not a Racist, But... The Moral Quandary of Race*, Cornell University Press, Ithaca, 2002, pp. 131-146; Cavalli-Sforza, Luca y Francesco, *Quiénes somos. Historia de la diversidad humana*, Crítica-Drakontos, Barcelona, 1994, p. 140.

<sup>475</sup> Cfr. Garganté, Sixte, Pajares, Miguel, Cachón, Lorenzo y Egenberger, Vera, *La discriminación racial. Propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España*, op. cit., pp. 17-20.

<sup>476</sup> Pero ejemplo, la Ley de Migración mexicana también se aplica a las personas nacionales de ese país: “Artículo 1. Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de observancia general en toda la República y tienen por objeto regular lo relativo al ingreso y salida *de mexicanos* y extranjeros al territorio de los Estados Unidos Mexicanos ...” (cursivas agregadas por nosotros).

<sup>477</sup> Perea, Juan F., “Ethnicity and Perjudice: Reevaluating ‘National Origin’ Discrimination Under Title VII”, op. cit., p. 811.

<sup>478</sup> *Ibidem*, p. 824.

Ciertamente, ha sido en las leyes de migración donde de forma más extensa se ha aceptado que los no nacionales pueden ser tratados de forma diferente que los nacionales<sup>479</sup>. Ello es así, porque muchas de esas normas que incluyen las leyes y políticas de migración están dirigidas sólo a personas extranjeras, o mejor dicho, sólo personas que por su origen nacional no pertenecen a un país específico, son las destinatarias de esas normas, las únicas que se pueden colocar bajo los supuestos previstos en esas leyes.

Eso significa que ningún acto, ley o política pública que regule la migración y extranjería<sup>480</sup> —por estar dirigidos a las personas que no tienen un origen nacional específico, el del Estado que emite dichos actos jurídicos—, puede considerarse *per se* admisible en los sistemas constitucionales que, como hemos visto, tienen al principio de no discriminación como un elemento transversal. Siempre y en todo caso, se debe *sospechar* de su inconstitucionalidad, de la irrazonabilidad del criterio que se utiliza para distinguir. Y si no es en lo general, sí lo puede ser en aspectos concretos y particulares que integren esas leyes o políticas públicas (regulación de derechos, libertades y deberes). Esto es, que diferenciar entre nacionales y no nacionales o entre diferentes tipos de orígenes nacionales es algo que no se puede presumir siempre como correcto, ya que la importancia del principio de no discriminación nos coloca en uno de esos pocos casos en los que hay una presunción contra el legislador<sup>481</sup>.

Lo anterior no significa que las distinciones entre nacionales y extranjeros sean *per se* discriminatorias. Pero, ni se puede presumir que lo son, ni se puede presumir que no lo sean. En todo caso deben ser analizadas de manera estricta o como lo ha establecido el

---

<sup>479</sup> Cfr. Schiek, Dagmar, Bell, Mark and Waddington, Lisa, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, op. cit., p. 66.

<sup>480</sup> Nos referimos de manera más específica con esa expresión a lo largo de éste trabajo a: regular los derechos, libertades y deberes de las personas migrantes extranjeras.

<sup>481</sup> Cfr. Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, op. cit., p.p. 167-170.

TEDH: distinciones basadas en esos motivos deben ser justificadas por “*very weighty reasons*” (razones de mucho peso)<sup>482</sup>.

Porque además, no podemos perder de vista que muchas leyes migratorias no sólo distinguen entre nacionales y extranjeros, sino entre extranjeros entre sí de acuerdo a su origen nacional, por lo que también deben ser sometidas a un análisis detallado y no presumirse como ajustadas al principio de no discriminación o al menos repensarse ello<sup>483</sup>.

En todo caso, lo que no se debe perder de vista es que la distinción entre nacionales y extranjeros o entre extranjeros entre sí, esto es, por el origen nacional de una persona no es en todos los casos una distinción válida, sino que puede ser discriminatoria.

“El material jurídico internacional sugiere que los motivos que merecen la mayor atención, de cuya invocación debe sospecharse o que con mayor probabilidad serán injustificados son la raza, el sexo y la religión”<sup>484</sup>. El especial interés en esas tres categorías ha generado que haya numerosos estudios, debates y desarrollo relativos a esas tres categorías que, incluso, podría afirmar son la gran mayoría de análisis existentes<sup>485</sup>. Pero escasos respecto a otras categorías. Especialmente cuando se habla de *nacionalidad*<sup>486</sup> en la

---

<sup>482</sup> TEDH, *caso Gaygusuz c. Austria*, Sala, Aplicación No. 19391/90, Sentencia de 16 de septiembre 1996, párr. 42; *caso Koua Poirrez c. Francia*, Segunda Sección, Aplicación No. 40892/98, Sentencia de 30 de septiembre de 2003, párr. 46; *caso Dhabhi c. Italia*, Segunda Sección, Aplicación No. 17120/09, Sentencia de 8 de abril de 2014, párr. 53.

<sup>483</sup> *Cfr.* Brouwer, Evelien and De Vries, Karin, “Third-country nationals and discrimination on the ground of nationality: article 18 TFEU in the context of article 14 ECHR and EU migration law: time for a new approach”, en Van den Brink, Marjolein; Burri, Susanne en Goldschmidt, Jenny (Eds.), *Equality and Human Rights: Nothing But Trouble?*, Liber amicorum Titia Loenen, 2015, pp. 123-146.

<sup>484</sup> Bayefsky, Anne F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>485</sup> *Cfr.* Rivera, Jenny, “An Equal Protection Standard for National Origin Subclassifications: the Context that Matters”, *op. cit.*, p. 900.

<sup>486</sup> *Cfr.* Pierné, Guillaume, “Hiring discrimination based on national origin and religious closeness: results from a field experiment in the Parias area”, en *IZA Journal of Labor Economics*, Vol. 2, No. 4, 2013, p. 2.

que, por su estrecha vinculación con la soberanía del Estado<sup>487</sup> suele presumirse sin mayor análisis la existencia de razonabilidad en las medidas que se establecen para distinguir.

El origen nacional de una persona es una de las llamadas categorías sospechosas y, por tanto, razón suficiente para que toda legislación que regule la inmigración, emigración y extranjería (especialmente en cuanto a derechos, libertades y deberes) sea sometida a una estricta y minuciosa revisión a fin de determinar que no está discriminando, no sólo en lo general, sino también en lo particular.

### **2.3 Los principios de igualdad y no discriminación ¿límite al monopolio de la regulación migratoria y de extranjería del Estado?**

Como quedó establecido en el primer capítulo de este trabajo, el Estado tiene el monopolio en la regulación de la migración y la extranjería<sup>488</sup>. “El legislador interno a la hora de establecer un determinado sistema de extranjería no está sometido, en principio, a ninguna mediatización por parte del legislador internacional”<sup>489</sup>. Es el responsable de crear los sistemas normativos que establezcan quién, cuándo, dónde y cómo puede salir, pero principalmente entrar a su territorio. Lo que algunos entienden que por lógica incluye determinar qué derechos tienen quienes sin ser sus

---

<sup>487</sup> Cfr. Schiek, Dagmar, Bell, Mark and Waddington, Lisa, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, op. cit., p. 66.

<sup>488</sup> Cfr. Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, op. cit., p. 73; González Martín, Nuria, *Derechos de los inmigrantes*, Cámara de Diputados-UNAM, México, 2000, p. 4; Verona Martínez, Gema, *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 1994, p. 27.

<sup>489</sup> Fernández Rozas, José Carlos, “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General”, en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, No. 11, marzo 1991, p. 39. Esta afirmación tiene una excepción desde la existencia de Unión Europea, aunque en ese mismo ámbito el “sometimiento” tampoco es absoluto respecto a todas las normas del legislador supranacional.

nacionales, se encuentran de manera temporal o permanente en su territorio<sup>490</sup>.

Lo anterior, por si quedara alguna duda, es de tal magnitud que incluso abarca el dramático supuesto de las personas que salen de su país de origen bajo las peores condiciones en las que está en riesgo la vida o la integridad, mismas que tienen reconocido el derecho a salir del país para ser consideradas como refugiadas e incluso para solicitar el asilo<sup>491</sup>, pero éste último y la entrada al territorio que ello conlleva queda en la discrecionalidad del Estado receptor otorgarlo, pese a que en el derecho nacional e internacional esté reconocido el derecho a ser refugiado<sup>492</sup>. “Varias convenciones, y declaraciones sobre derechos humanos, instan a los estados a conceder asilo por razones humanitarias, pero todas reconocen la absoluta discrecionalidad de los estados”<sup>493</sup>.

En los casos de México y España ese monopolio como facultad del Estado está contenido en sus respectivos textos constitucionales.

En México, de manera específica está en el artículo 73, fracción XVI de la Constitución, que la recoge como una de las facultades con las que cuenta el Congreso Federal (Cámara de Diputados y Cámara de Senadores) para legislar. De manera textual, el referido artículo establece:

---

<sup>490</sup> Cfr. Joppke, Christian, *Challenge to the Nation-State: Immigration in Western Europe and the United States*, op. cit., pp. 11 y 20; Weis, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, op. cit., p. 45-49.

<sup>491</sup> Situación que en el año 2015 han dejado muy en claro los países miembros de la Unión Europea, a pesar de los sistemas legales existentes en ese ámbito.

<sup>492</sup> Cfr. Einarsen, Terje, “The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum” in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 2, No. 3, 1990, pp. 361-389; Marino Menéndez, Fernando, “El concepto de refugiado en un contexto de Derecho internacional general”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXV, No. 2, 1983, pp. 337-369; Hathaway, James C., “Can International Refugee law be made relevant again?”, Hathaway, James C. (ed.), *Reconceiving international Refugee Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, pp. XVII-XXIX.

<sup>493</sup> Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, op. cit., p. 73.

“Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.”

Esa norma, encuentra estrecha relación con el artículo 11 de la misma Constitución que es el que reconoce, por una parte, el derecho de *toda persona* para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. Y, por otra parte, el derecho a solicitar asilo por motivos políticos y a recibir refugio por causas de carácter humanitario.

En España, el monopolio de la regulación de la migración está contenido en el artículo 149, inciso 1, 2ª, que considera como una de las competencias exclusivas del Estado la materia de: Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.

Dicha norma tiene estrecha relación con lo establecido en el artículo 19 de la misma Constitución, que establece el derecho de los españoles a elegir libremente la residencia y a circular por el territorio nacional. Así como el derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Precizando que este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.

Si bien el referido artículo establece dicho derecho para los españoles, el artículo 13 constitucional establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I, que es en donde se encuentra el artículo 19. No obstante, ello será en los términos que establezcan los tratados y la ley.

De esa manera, el referido artículo 149, inciso 1, 2ª, se vincula con ambos artículos (13 y 19) y, por tanto, será en la ley y los tratados en donde se establezcan los términos en que se ejercerá la inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.

Pero, frente a esa facultad constitucional, qué papel juega el principio de igualdad incorporado en las ideas políticas y jurídicas prácticamente junto con el Estado-nación, pero también anteriores a

la existencia de éste<sup>494</sup>. Cuál es la incidencia del principio de no discriminación, incorporado en los debates jurídico políticos del siglo XX, en el ejercicio de la referida facultad constitucional.

Lo primero que podríamos afirmar es que no podemos asumir ese monopolio como absoluto<sup>495</sup>, pese a que teóricos igualitarios como Rawls no intenten aplicar los principios del liberalismo igualitario a la cuestión de las fronteras y la pertenencia al asumir que esos temas han sido resueltos con anterioridad a la teoría<sup>496</sup>, pues una sociedad democrática, como cualquier sociedad política, debe verse como un sistema completo y cerrado.

Rawls ve a los individuos como miembros de pueblos y no como ciudadanos cosmopolitas y, por tanto, las migraciones se vuelven materia de la teoría no ideal<sup>497</sup>. Tal y como también lo hacen otros liberales que lo siguen o hacen desarrollos similares al tomar las fronteras como algo fijo y la construcción de comunidades liberales pero sólo bajo esas fronteras estatales<sup>498</sup>.

De forma similar que lo hace Owen Fiss cuando a pesar de que propugna por el no sometimiento, ni el establecimiento de castas como parte del entendimiento de la no discriminación, confirma que el cumplimiento de leyes migratorias se puede lograr con vallas en fronteras, procedimientos de deportación o sanciones penales<sup>499</sup>, al entender eso como atribución del Estado.

---

<sup>494</sup> Véase a ese respecto: Simón Yarza, Fernando, “De la igualdad como límite a la igualdad como tarea del Estado. Evolución histórica de un principio”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, Madrid, enero-abril 2013, pp. 73-113.

<sup>495</sup> Cfr. Joppke, Christian, *Challenge to the Nation-State: Immigration in Western Europe and the United States*, *op. cit.*, p. 12; Fernández Rozas, José Carlos, “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General”, *op. cit.*, p. 39.

<sup>496</sup> Cfr. Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>497</sup> Cfr. Benhabib, Seyla, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 63 y 64.

<sup>498</sup> Véase en este sentido un muy buen artículo que resume todo ello: Galloway, Donald, “Liberalism, Globalism, and Immigration” in *Queen’s Law Journal*, Queen’s University, Faculty of Law, Vol. 18, No. 2, summer 1993, p. 266-305.

<sup>499</sup> Cfr. Fiss, Owen, “The Immigrant as Pariah”, *op. cit.*, p. 6.

Aunque también, se debe tener presente que, pese a esas posiciones teóricas, las fronteras territoriales son y han sido una fuente de desazón para los liberales de todo tipo y, en particular, para los liberales igualitaristas.

“[N]o queda claro si el igualitarismo liberal puede justificar satisfactoriamente la existencia de fronteras territoriales, sobre todo si estas fronteras impiden a los individuos circular libremente, vivir, trabajar y votar en cualquier parte del globo que juzguen conveniente”<sup>500</sup>.

Lo anterior era irrelevante para el Estado-nación en su concepción original al no existir un concepto de *igualdad-no discriminación* de las personas como lo conocemos ahora, al menos en su concepción jurídica reconocida en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Y lo sería probablemente si se mantuvieran las mismas condiciones de entonces en la medida de que sería difícil pensar en que el poder soberano que se refleja en las fronteras puede ser limitado cuando al interior de éstas no necesariamente lo era, al menos no por el derecho positivo<sup>501</sup>.

Sin embargo, como lo señala Garzón Valdés<sup>502</sup>, pensar en establecer limitaciones al soberano entendido como persona o grupo de personas a quienes la ley atribuye este derecho (la regulación jurídica de la conducta social) no es una *contradictio in terminis* al ser dichas limitaciones lo que permiten mantener el equilibrio en el orden constitucional que a su vez es lo que le permite al soberano ser considerado como tal. Lo que si bien, señala Garzón, no es garantía absoluta frente al despotismo, establece una distinción tajante entre legalidad y golpe de Estado o revolución.

---

<sup>500</sup> Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales, op. cit.*, p. 35.

<sup>501</sup> Cfr. Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, 1954, pp. 254-255.

<sup>502</sup> Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 181-200.



Esto es así, además, pues incluso el propio Rawls, pese a lo anteriormente citado, reconoció que el derecho de gentes<sup>503</sup> restringe la soberanía interna del Estado, es decir, su derecho a disponer de la población dentro de sus fronteras. “En consecuencia, en esta búsqueda del derecho de gentes importa advertir que un gobierno, en tanto organización política de su pueblo, no es, como antes, el autor de su propio poder”<sup>504</sup>.

Derecho de gentes que, como lo cita Rawls, históricamente se ha identificado con el derecho internacional<sup>505</sup>. Y como bien se sabe, desde la segunda guerra mundial, el derecho internacional se ha hecho mucho más exigente que en el pasado, especialmente en el ámbito de los derechos humanos<sup>506</sup>. “Tiende a restringir el derecho del Estado a librar la guerra a los casos de legítima defensa, lo cual permite la seguridad colectiva, y tiende también a limitar el derecho del Estado a la soberanía interna”<sup>507</sup>.

“La función de los derechos humanos se relaciona de manera más obvia con este último cambio, como parte del esfuerzo por ofrecer la definición y los límites adecuados de la soberanía interior del Estado, aunque no está desvinculada del primer aspecto”<sup>508</sup>.

---

<sup>503</sup> Por *derecho de gentes* entiende Rawls una concepción política del derecho y la justicia que se aplique a los principios y preceptos del derecho y la práctica internacionales.

<sup>504</sup> Rawls, John, “El derecho de gentes” en Shute, Stephen y Hurley, Susan, (Eds.) *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Trotta, Madrid, 1998, p. 47.

<sup>505</sup> Debemos advertir que Rawls distingue entre el derecho de gentes y el derecho de las naciones o derecho internacional. Este último lo entiende como un orden legal existente o positivo, en tanto que el primero es una familia de conceptos políticos como principios de derecho, justicia y bien común, que especifica el contenido de una concepción liberal de la justicia aplicable al derecho internacional.

<sup>506</sup> Cfr. Stolleis, Michael, Paulus, Andreas y Gutiérrez, Ignacio, *El Derecho constitucional de la globalización*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp. 77-79.

<sup>507</sup> Hoffman, Stanley, *Janus and Minerva*, Westview Press, Boulder, CO, 1987, p. 347.

<sup>508</sup> Rawls, John, “El derecho de gentes”, *op. cit.*, p. 54.

Los derechos humanos surgidos bajo ese término en el Derecho Internacional Público, son un reflejo de los derechos fundamentales del Derecho Constitucional. Por lo que son, no sólo un compromiso al interior de cada Estado, sino también un compromiso con la comunidad internacional<sup>509</sup>. Con lo que se puede confirmar que son una cesión de soberanía formal de los órganos del Estado en favor de los derechos de la persona humana. Basta con revisar la formulación de los tratados que los recogen para confirmar ello.

“La tensión entre soberanía del estado y derechos humanos internacionales no debe considerarse asentada en una doble base, interna y externa: el régimen de derechos humanos opera parcialmente dentro del estado nacional”<sup>510</sup>.

De esta manera, un aspecto altamente relevante de los derechos humanos es que han cambiado la histórica soberanía westfaliana del siglo XVII occidental<sup>511</sup>, no al grado de alterar el principio de integridad territorial, pero sí en cuanto a los poderes soberanos del Estado frente a los derechos de las personas en ese territorio. “Una de las funciones de los derechos humanos es precisamente fijar los límites de esa soberanía”<sup>512</sup>. “La inmigración es, pues, una especie de ‘llave’ con la que acogotar las teorías sobre la soberanía”<sup>513</sup>.

Pero más aun, cuando esos mismos derechos humanos del Derecho Internacional son los mismos derechos humanos o fundamentales del Derecho Constitucional, la limitación de la soberanía es todavía más clara, al no ser sólo un compromiso ante la comunidad internacional, sino también a nivel interno. No sólo se trata de ceder soberanía con cara a la comunidad internacional de Estados, sino

---

<sup>509</sup> Cfr. Fernández Rozas, José Carlos, “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General”, *op. cit.*, p. 39.

<sup>510</sup> Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>511</sup> Cfr. Rosas, Allan, “State Sovereignty and Human Rights: towards a Global Constitutional Project”, in Beetham, David (ed.), *Politics and Human Rights*, Blackwell Publishers, Cambridge, MA., 1995, p. 74.

<sup>512</sup> Rawls, John, “El derecho de gentes”, *op. cit.*, p. 74.

<sup>513</sup> Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, *op. cit.*, p. 75.

reconocer constitucionalmente que todo poder estatal tiene ineludiblemente como límite a los derechos humanos<sup>514</sup>, especialmente aquéllos que, como la igualdad ante la ley y la no discriminación son considerados incluso como principios que permean transversalmente en todo el ordenamiento jurídico, tal y como quedó establecido páginas antes.

Igualdad de derechos que sin importar el origen nacional se expresa como aspiración de todos los Estados que han firmado la Carta de las Naciones Unidas de 1945 (entre ellos España y México), la cual en su preámbulo reafirma la “igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.

De esa manera, se puede concluir que las facultades para regular la migración y la extranjería por parte de los Estados no son ilimitadas. Menos cuando se trata de regular los derechos, libertades y deberes de las personas migrantes extranjeras, no sólo porque se trate de derechos humanos en la mayoría de supuestos, sino también porque los principios de igualdad y no discriminación no deben ser sólo retórica, sino una constante en los sistemas jurídicos.

“Si los valores y principios constitucionales están presentes en todos los campos del ordenamiento jurídico, no lo están menos en el derecho de extranjería”<sup>515</sup>. En ese sentido, un límite en todo caso lo serán los derechos humanos, sea uno en lo particular como aquí lo analizamos o sea el conjunto de estos como sistema interrelacionado e interdependiente. Pero especialmente, cuando se está frente a un principio que, como los que aquí han sido analizados, guían a todo ese sistema jurídico.

El principio de igualdad y el principio de no discriminación encarnan de manera perfecta lo que Dworkin entiende por principio en sentido estricto: estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la

---

<sup>514</sup> Cfr. Joppke, Christian, *Challenge to the Nation-State: Immigration in Western Europe and the United States*, Oxford University Press, 1998, p. 12.

<sup>515</sup> Fernández Rozas, José Carlos, “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General”, *op. cit.*, p. 40.

equidad o alguna otra dimensión de la moralidad<sup>516</sup>. Y, por tanto, son oponibles a esa facultad del Estado para regular la migración y la extranjería.

Lo que supone, como ya decíamos antes, que ninguna regulación de la migración y extranjería (derechos, libertades y deberes) *per se* es constitucionalmente válida aunque por deferencia con el legislador democrático se pueda presumir su constitucionalidad<sup>517</sup>, sin olvidar que ya que la importancia del principio de no discriminación nos deberíamos colocar en uno de esos pocos casos en los que hay una presunción contra el legislador<sup>518</sup>. En todo caso habrá que revisar la situación particular en ambos sentidos. Aunque lo relevante en cualquier situación es tener presente que la facultad de regular la migración tiene límites pre establecidos en la propia Constitución.

En los apartados anteriores ya se estableció en qué consisten ambos principios, pero ¿en qué se traduce ese límite?

Al tratarse, como antes quedó establecido, el principio de igualdad de un principio de naturaleza positiva, que prescribe la igual distribución de derechos, deberes y libertades, significa que al regularse la migración y extranjería se deben generar las mismas consecuencias para quienes se encuentren en los mismos supuestos.

No alcanza para prohibir una distinción justificada, necesaria y proporcional entre nacionales y extranjeros, pero sí a que cuando éstos estén bajo los mismos supuestos, reciban las mismas consecuencias. Y más aún, que entre extranjeros entre sí la distribución de derechos, deberes y libertades se haga de idéntica

---

<sup>516</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 72

<sup>517</sup> Sobre la presunción de constitucionalidad véase, entre otros: Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 124; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª. ed., Civitas, Madrid, 2006, p. 102; Magnet, Joseph Eliot, "The Presumption of Constitutionality" en *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 18, No.1, March 1980, pp. 87-145; Lemos, Margaret H., "The Commerce Power and Criminal Punishment: Presumption of Constitutionality or Presumption of Innocence?", in *Texas Law Review*, Vol. 84, No. 5, April 2006, pp. 1203-1264.

<sup>518</sup> *Cfr.* Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p.p. 167-170.

forma para todos y todas salvo que de igual forma exista una diferenciación justificada, necesaria y proporcional.

Por su parte, el principio de no discriminación, por su naturaleza negativa se traduce en la prohibición de crear desigualdades sustentadas de manera exclusiva en el *origen nacional* de las personas. Esto es, que deben existir razones de peso que de manera apremiante e imperativa sustenten esa diferenciación.

No alcanza para que en ninguna caso, ni bajo ningún supuesto se distinga entre personas por su origen nacional. Pero sí para que por más que la facultad del Estado esté vinculada con una parte del ejercicio de su soberanía, toda medida que involucre al origen nacional sea sospechosa de inconstitucionalidad, de irrazonabilidad.

De manera más específica, significa que el Estado al regular la entrada y permanencia a su territorio y los derechos de quienes ello hacen, en el ejercicio del monopolio que posé en ese ámbito, no puede obviar que el principio de igualdad y el principio de no discriminación están inmersos en ese derecho y en el ejercicio de su facultad aun cuando se entienda como potestad soberana.

Sin que todo lo anterior pueda pasar por alto que, como en seguida se verá con mayor precisión, los propios sistemas constitucionales y de tratados de derechos humanos han establecido ámbitos en los cuales de inicio y mientras no se cumpla con determinadas condiciones, los principios de igualdad y no discriminación no resultan aplicables al encontrar claros (y cuestionables<sup>519</sup>) límites ó ámbitos en los que la diferenciación es un mandato constitucional y/o de tratado<sup>520</sup> y, por tanto, los referidos principios desde el ámbito estrictamente jurídico poco o nada pueden hacer<sup>521</sup>. Siendo

---

<sup>519</sup> Cfr. Waldron, Jeremy, "Immigration: A Lockean Approach", *op. cit.*, p. 31.

<sup>520</sup> Cfr. Bauder, Harald, "Equality, Justice and the Problem of International Borders: The Case of Canadian Immigration Regulation", en *An International E-Journal for Critical Geographies*, Vol. 2, 2003, p.170; Cole, Phillip, *Philosophies of Exclusion: Liberal Political Theory and Immigration*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2000, pp. 87, 154-160, 165-191.

<sup>521</sup> Sin que esto signifique que desde ámbitos filosóficos, políticos, sociológicos, etc., se pueda sostener una conclusión diferente que sería deseable que en el futuro modificara a la jurídica. Ejemplo de esto puede verse en: Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, *op. cit.*, pp.

dichos ámbitos o diferencias fácticas, como a continuación se establecerá, concretos y mencionados explícitamente en muchas Constituciones modernas y tratados de derechos humanos<sup>522</sup>.

## **2.4 Qué derechos humanos no tienen reconocidos las personas migrantes extranjeras en igualdad de condiciones que las nacionales de México y España.**

Después de lo establecido en los apartados y sub apartados anteriores, el título de este apartado podría parecer en principio contradictorio. Especialmente porque, como se ha adelantado, la condición de extranjería ya no está desprovista de derechos. La extranjería es en forma creciente una condición protegida por las cortes, una condición que está bajo “estricta vigilancia en casos de discriminación incluso contra extranjeros [irregulares]”<sup>523</sup>.

No obstante ello, al hacer una lectura detallada de diversos textos legales, es fácil descubrir que hay algunos derechos que expresamente están excluidos de reconocimiento a las personas extranjeras pese a la existencia de los principios de igualdad y no discriminación. No sólo en los textos constitucionales-democráticos<sup>524</sup>, sino también en el texto de los tratados de derechos humanos.

---

73-106; Carens, Joseph H., “Aliens and citizens: The Case for Open Borders”, en *Review of Politics*, No. 49, 1987, pp. 251-273 y “Open borders and liberal limits: A response to Isbister”, en *International Migration Review*, Vol. 34, Issue 2, 2000, pp. 636-643.

<sup>522</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *op. cit.*, p. 30.

<sup>523</sup> Benhabib, Seyla, Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos, *op. cit.*, p. 95.

<sup>524</sup> Cfr. Aláez Corral, Benito, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?*, *op. cit.*, p. 235.

Eso se muestra como una aplicación selectiva<sup>525</sup> y una evidente contradicción frente a los principios de igualdad y de no discriminación, entendidos como límites a los poderes soberanos en el sentido antes descrito. Por lo que filosófica<sup>526</sup>, sociológica o políticamente puede ser muy debatida y cuestionada esa situación, pero jurídicamente es una realidad al ser los propios textos constitucionales y de tratados de derechos humanos los que de manera expresa excluyen de los alcances de los principios de igualdad y no discriminación a algunos derechos específicos<sup>527</sup>, pese a lo que apartados antes se establecía. Las reglas, normas, estándares y convenciones del Derecho no son las mismas que definen la práctica de la interpretación filosófica<sup>528</sup>.

Con lo cual, se puede afirmar que, pese a que se insiste en la universalidad de los derechos humanos, la igualdad y la no discriminación, en la formalidad jurídica expresada en normas de tratados y constituciones por la comunidad internacional y muchas comunidades nacionales, respectivamente. Incluidas en éstas últimas la española y la mexicana, se ha admitido que hay determinados derechos de los cuales sólo pueden gozar quienes satisfagan el requisito de nacionalidad de cada respectivo Estado ó de los que pueden gozar los no nacionales sólo si cumplen con todos y cada uno de los requisitos que el Estado exige para reconocérselos temporal y condicionadamente. Ámbitos que constitucional y convencionalmente se ha excluido el alcance del principio de igualdad y no discriminación.

---

<sup>525</sup> Cole, Phillip, *Philosophies of Exclusion: Liberal Political Theory and Immigration*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>526</sup> Desde la filosofía del derecho, uno de los cuestionamientos más resientes se encuentra en: Waldron, Jeremy, "Immigration: A Lockean Approach", *op. cit.*

<sup>527</sup> Esto no significa que no se pueda cuestionar jurídicamente, especialmente si se pretendiera ampliar el número de derechos históricamente excluidos (principio de no regresividad). Sino que, desde dentro del mismo sistema jurídico es una labor casi imposible por estar prevista la exclusión en los máximos ordenamientos jurídicos en que se sustenta y surge cada uno de los sistemas normativos.

<sup>528</sup> Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven and London, 1991, p. 137.

Esos (ámbitos) derechos, son los que históricamente se han considerado como inherentes al concepto de nacionalidad: el derecho a establecerse y residir en el territorio del Estado de su nacionalidad o, inversamente, el deber del Estado de garantizar y permitir dicha residencia a sus nacionales<sup>529</sup>. Así como los estrecha y lógicamente vinculados con estos: el derecho de entrar y salir de ese territorio nacional al cual están vinculadas las personas<sup>530</sup>.

Aunque también, el frecuente uso como sinónimo de nacionalidad y ciudadanía (*supra* 2.2.B), que mucho tiene que ver con los antecedentes históricos de los Estados, esto es, por su concepción Romana o Feudal de la nacionalidad<sup>531</sup>, han hecho que erróneamente se vinculen también derechos que denotan un estatus político por la pertenencia y participación en una comunidad local con los de pertenencia a un Estado<sup>532</sup> que, como hemos visto, son más generales al sólo denotar el vínculo legal que une al individuo con un determinado poder o autoridad soberano<sup>533</sup>.

---

<sup>529</sup> Cfr. Miquel Calatayud, José Antonio, “Análisis de la posición constitucional del extranjero en España”, en Borrás, Alegria (Ed.), *Diez años de la Ley de Extranjería: balance y perspectivas*, Fundación Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1995, pp. 60-65; Weis, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>530</sup> Cfr. Aláez Corral, Benito, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?*, *op. cit.*, p. 121-122; Roig Molés, Eduardo, “Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación”, en *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, No. 3, julio-septiembre 2003, p. 125.

<sup>531</sup> En la concepción Romana nacionalidad y ciudadanía son sinónimos, en la concepción feudal la ciudadanía es usada para denotar no un estatus político sino la pertenencia a una comunidad local.

<sup>532</sup> Cfr. Aláez Corral, Benito, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?*, *op. cit.*, pp. 32-35; Weis, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, *op. cit.*, p. 4; Morales Sánchez, Julieta, “Migración irregular en México: una visión desde los derechos humanos”, en *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, CNDH, Año 3, No. 7, 2008, pp. 107-108.

<sup>533</sup> Cfr. Costa, Pietro, “La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione archeologica”, en Zolo D. (Ed.), *La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti*, Latereza, Roma-Bari, 1997, p. 57.



Afortunadamente, los derechos que entran en esos dos entendimientos generales son muy pocos<sup>534</sup>: el derecho a votar y ser electo, ocupar determinados cargos públicos y el derecho de entrada (libertad de circulación) y permanencia en un país<sup>535</sup>. Aunque por desgracia, el que existan estos, especialmente cuando se les vincula más con la ciudadanía, muchas veces sirve de fundamento para intentar justificar, no necesariamente de manera admisible<sup>536</sup>, restricciones (o exclusiones) a otros derechos que en principio no debían distinguir entre nacionales y extranjeros<sup>537</sup>.

## A. Derechos políticos de participación

El primero de estos derechos que no es reconocido en igualdad a las personas nacionales y extranjeras, como adelantábamos, es el de *participación política*. Derecho vinculado más con el concepto de ciudadanía que con el de nacionalidad<sup>538</sup> (*supra* 2.2.B).

---

<sup>534</sup> Cfr. Blitz, Brad K., *Migration and Freedom. Mobility, Citizenship and Exclusion*, *op. cit.*, p. 3-9.

<sup>535</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras en México*, *op. cit.*, pp. 21-28; Gómez-Ferrer, Rafael Jover, Ortega Carballo, Carlos y Ripol Carulla, Santiago, *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 117.

<sup>536</sup> Un ejemplo de que el no reconocimiento de unos derechos (entrar, permanecer, votar) no justifica extender eso a otros derechos, como los sociales, lo expone Owen Fiss en su artículo “The Immigrant as Paria”. En donde expresamente señala que el cumplimiento de leyes migratorias se puede lograr con vallas en las fronteras (entrada), procedimientos de deportaciones (permanencia) o sanciones penales, pero no con restricciones sociales. Señalando además que la legitimidad de las restricciones políticas (derecho al voto) no legitima la imposición de restricciones sociales. Con lo que, al igual que nosotros (aunque nosotros sin pensar en las sanciones penales), desde una mirada constitucional ve los mismos límites impuestos a la “clausula de igual protección” que prohíbe la discriminación.

<sup>537</sup> Cfr. Salama, Pierre, *Migrants and fighting discrimination in Europe*, Council of Europe Publishing, White Paper Series, Vol. 2, Strasbourg, 2011, pp. 31-55; Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, México, 2005, pp.186-196.

<sup>538</sup> Cfr. Claro da Fonseca, Sara, “Immigrants and members of visible minorities as candidates for elective office”, en Bird, Karen, Saalfeld, Thomas and Wüst, Andreas M. (Eds.), *The Political Representation of Immigrants and Minorities. Voters, parties and parliaments in liberal democracies*, Routledge, London and New York, 2001, pp. 113-114.

En el caso de España el artículo 13.2 de la Constitución dice de manera enfática que solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23<sup>539</sup>, siendo estos:

- i. El derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, y
- ii. El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

No obstante ello, deja abierta la posibilidad de que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley el derecho de sufragio activo y pasivo<sup>540</sup> en las elecciones municipales. Situación que se viene implementando de manera efectiva desde hace algunos años<sup>541</sup>, por lo que además de los ciudadanos de la Unión Europea (artículo 20.2.b del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) también los nacionales de Noruega, Ecuador, Nueva Zelanda, Colombia, Chile, Perú, Paraguay, Islandia, Bolivia, Cabo Verde, Corea y Trinidad y Tobago pueden ejercer actualmente su derecho de voto activo en elecciones locales en España<sup>542</sup>.

---

<sup>539</sup> El artículo 23 es un claro ejemplo de la forma en la cual se utiliza de manera indistinta en muchos textos legales el término de nacionalidad y ciudadanía, generando que éste último difícilmente pueda ser desvinculado del primero.

<sup>540</sup> El término “pasivo” se agregó en 1992 a la Constitución española, es una de las dos reformas que tiene el texto constitucional en noviembre de 2015. La inclusión de esta salvedad de participación política tiene especial importancia en el marco de la Unión Europea ya que, por ejemplo, el artículo 40 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce a todo *ciudadano* de la Unión el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los *nacionales* de dicho Estado.

<sup>541</sup> *Cfr.* Sagarra Trías, Eduard, “Los derechos políticos y públicos de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre de 2000”, en *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 53-64.

<sup>542</sup> *Cfr.* Fernández Masiá, Enrique, *Nacionalidad y extranjería*, *op. cit.*, p. 99; Ministerio del Interior, página web: <http://www.infoelectoral.mir.es/web/guest/inicio> (consultada el 28 octubre 2015).

Esa posibilidad de limitar la participación política de personas extranjeras en España se confirma con el contenido del artículo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual establece que ninguna de las disposiciones de los artículos 10 (libertad de expresión), 11 (libertad de reunión y asociación) y 14 (prohibición de discriminación) podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a los Estados imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.

En el caso de México, la situación es similar aunque extendida a todos los derechos de ciudadanía política<sup>543</sup>, pues el artículo 33 constitucional establece que los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país. Lo que se confirma al sólo reconocer en el artículo 35 a los *ciudadanos mexicanos* los derechos a:

- i. Votar en las elecciones populares;
- ii. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley.
- iii. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;
- iv. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes;
- v. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.
- vi. Poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley;
- vii. Iniciar leyes, en los términos y con los requisitos que señalen esta Constitución y la Ley del Congreso; y
- viii. Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional.

---

<sup>543</sup> Cfr. Aláez Corral, Benito, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?*, op. cit., p. 243.

Lo cual a su vez se ve respaldado con lo establecido en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reserva a todos los *ciudadanos*<sup>544</sup> el derecho a:

- i. Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- ii. Votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- iii. A tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La misma formulación utiliza el artículo 25 del PIDCP de Naciones Unidas, aplicable tanto a México como España y que, de idéntica forma utiliza el término *ciudadanía* para referirse a nacionalidad, según lo confirman las palabras utilizadas al final de ambos artículos: “de su país”.

Mismas palabras que utiliza el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al establecer que *toda persona* tiene derecho a:

- i. Participar en el gobierno *de su país*, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
- ii. Tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas *de su país*.

Por lo que, aunque sea muy debatible esta falta de reconocimiento y otorgamiento condicionado (limitación) en la participación

---

<sup>544</sup> El término ciudadano es utilizado una vez más aquí como en la Constitución como equivalente a nacionalidad o entendiendo una *ciudadanía nacionalizada*. Lo que se confirma por el hecho de que éste es el único artículo de dicho tratado que hace referencia al reconocimiento de un derecho a partir de esa condición o calidad de ciudadanía.

política<sup>545</sup>, principalmente por los efectos negativos que genera<sup>546</sup> en otros derechos humanos de las personas migrantes extranjeras, así es como lo ha considerado y llevado a las normas jurídicas hasta hoy la comunidad internacional y nacional de México y España. Es derecho positivo vigente desde hace muchos años a pesar de lo cuestionable y debatible que puede resultar<sup>547</sup>.

## B. Derecho de entrada al país (¿y residencia?)

El segundo derecho diferenciado entre personas nacionales y extranjeras es el de *entrar al país*, que parece sólo lo tienen reconocido los nacionales del Estado del que se trate.

Aunque, en todo caso, esta diferenciación parece ser clara en el caso de España por la forma en la que está formulada su norma constitucional que reconoce ese derecho sólo a los españoles, pero es menos claro en el caso de México como más adelante se verá.

En España, el artículo 19 de la Constitución establece que los españoles tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Con ese contenido, parecería que los extranjeros no pueden salir, ni entrar libremente y sólo las personas nacionales de España lo pueden hacer.

No obstante ello, con el contenido del artículo 2.2 del Protocolo número 4 al Convenio Europeo y del artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como del artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos resulta claro que toda persona tendrá derecho a abandonar o salir

---

<sup>545</sup> Véase, por ejemplo: Bauböck, Rainer (Ed.), *Migration and Citizenship. Legal Status, Rights and Political Participation*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2006.

<sup>546</sup> *Cfr.* Smith, Rogers, “Vuelta sobre las castas”, *op. cit.*, pp. 56-57.

<sup>547</sup> En derechos políticos de participación avanzamos cuando se dio el gran paso de reconocerle éstos, especialmente el del voto a la mujer. Eso ha generado muchos cambios, entre otros, que el sexismo sea visto como algo incorrecto aunque aún queda mucho por hacer. La pregunta es ¿cuándo se avanzará de manera similar respecto a los derechos de migrantes extranjeras? ¿Cuándo la xenofobia será como el sexismo generalmente visto como algo incorrecto?

libremente de cualquier país, incluso del propio. Aunque ese supuesto también presenta complicaciones y debates<sup>548</sup>.

Con lo cual, al interpretar el referido artículo 19 constitucional como lo ordena el artículo 10.2 de la misma Constitución española<sup>549</sup>, resulta evidente que el derecho de salir está reconocido no sólo a personas españolas, sino también a personas extranjeras. Lo que además, si se atiende a lo ordenado en el artículo 13 constitucional y se acude a la Ley de Extranjería (artículo 28) se puede confirmar que las salidas del territorio español podrán realizarse libremente<sup>550</sup>.

Pero, el derecho a entrar sólo está reconocido en la Ley de Extranjería (*contrario sensu* artículos 25-28) y en todos los tratados de derechos humanos a las personas nacionales de cada Estado<sup>551</sup>. Éste derecho se reconoce sólo para entrar al propio país<sup>552</sup>. Así lo establece la referida Declaración Universal en su artículo 13 al reconocer a toda persona el derecho a regresar a su país. De igual forma que lo hace el citado Pacto Internacional en el artículo 13.4 al establecer que: “Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.”

---

<sup>548</sup> En relación a esos debates se recomienda: McAdam, Jane, “An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law: The Right to Leave as a Personal Liberty”, en *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 12, 2011, pp. 1-30; Harvey, Colin and Barnidge, Robert P. Jr., “Human Rights, Free Movement and the Right to Leave in International Law”, en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 19, Issue 1, 2007, pp. 1-21.

<sup>549</sup> Cfr. Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, *op. cit.*

<sup>550</sup> Cfr. Fernández Miranda, Alfonso F., “Artículo 19. La libertad de circulación y residencia”, en Alzaga Villaamil, Oscar (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1996, pp. 490.

<sup>551</sup> Cfr. Van Dijk, P., “Protection of ‘Integrated’ Aliens Against Expulsion Under the European Convention on Human Rights”, en Minderhoud, Paul and Guild, Elspeth (Eds.), *Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2001, p. 23.

<sup>552</sup> Cfr. Vidal Fueyo, Ma. Del Camino, *Constitución y extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 205-212.

El TCE ya tuvo oportunidad de analizar este derecho en su sentencia STC-72/2005 de 4 de abril, y después de hacer un análisis similar al antes señalado concluyó que:

“No hay, pues, ambigüedad ninguna ni en la literalidad del art. 13.1 CE ni en la interpretación sistemática que lo proyecta sobre el art. 19 CE en relación con los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, de suerte que hemos de concluir que el derecho a entrar en España, con el carácter de fundamental, sólo corresponde a los españoles y no a los extranjeros.”

Al desarrollar ese análisis el Tribunal Constitucional todavía no había sido ratificado por España el Protocolo número 4 del CEDH que en su artículo 2 habla, como ya quedó antes establecido, del derecho de abandonar el país, pero no prevé el derecho a entrar, ni para nacionales, ni para extranjeros.

Tal vez ello no habría modificado en absoluto la conclusión a la que llegó, pues el Tribunal incluso hace referencia en su análisis a esa norma, pero sí habría resultado interesante debatir al menos a cuál norma se le daba mayor importancia: si a la que sólo reconoce derechos a los nacionales o si aquella que no reconoce el derecho de entrada para nadie. Por el contenido de la norma constitucional, insistimos, nos parece que la conclusión habría sido la misma.

En el caso de México la situación es más compleja, ya que el artículo 11 de la Constitución reconoce *a toda persona* el “derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes.”

Aunque subordina ello a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. Con lo cual, todo parece indicar que el derecho no es tan amplio, pero tampoco hay distinciones constitucionales para el ejercicio de éste entre personas nacionales y extranjeras<sup>553</sup>.

---

<sup>553</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras en México*, op. cit. pp. 28-33.

Al revisar la Ley de Migración, que es la norma a la cual se remite, ésta establece que:

“La libertad de toda persona para ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional tendrá las limitaciones establecidas en la Constitución, los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables.”

Atendiendo a ello, como acabamos de ver, la Constitución no tiene limitación expresa alguna. Por su parte, el artículo 22.5 de la Convención Americana y el artículo 12.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sólo reconocen el derecho a ingresar o entrar al propio país, al territorio del Estado del cual se es nacional. Esto es, son las normas internacionales de derechos humanos las cuales no reconocen el derecho de entrar a cualquier país<sup>554</sup>.

Si se observa lo ordenado en el artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución mexicana que establece que: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con [la] Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”; resulta evidente que en este caso la protección más amplia es la que se contiene en el texto constitucional, por lo que, podemos hacer de lado las normas internacionales antes mencionadas.

Con ello, volvemos al inicio. Esto es, una norma constitucional que reconoce el derecho a entrar y que, sólo para el ejercicio de éste se subordinará a las facultades de la autoridad administrativa establecidas en la ley<sup>555</sup>.

---

<sup>554</sup> Cfr. Uprimny Yepes, Rodrigo y Sánchez Duque, Luz María, “Artículo 22. Derecho de circulación y residencia”, en Steiner Christian y Uribe Patricia (Coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, México, 2014, pp. 535-536.

<sup>555</sup> El artículo establece también una subordinación a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil. No lo destacamos en este análisis, ya que eso amerita un tratamiento diferente a lo relativo a la emigración e inmigración, que son el objeto de este documento y de los cuales también habla la citada norma constitucional.



En nuestra opinión, eso significa que el derecho está reconocido a personas nacionales, como a personas extranjeras por igual, aunque su contenido no necesariamente debe coincidir. Que la Constitución no establece, ni autoriza distinción alguna para esa entrada entre nacionales y extranjeros<sup>556</sup>. Y que, como todo derecho humano, puede ser restringido, pero no eliminado (no reconocido). Por lo que, en todo caso, la subordinación de su ejercicio a la ley lo puede modular, pero nunca hacer nugatorio<sup>557</sup>.

El derecho de *toda persona* a entrar a México puede estar limitado, pero debe estar. El legislador no puede negar tal derecho, aunque sí puede establecer condicionamientos respecto de su ejercicio. El negarlo es dejar sin sentido un derecho humano reconocido sin distinción alguna a toda persona<sup>558</sup>.

Si esta interpretación es errónea, lo primero que habría que establecer, en todo caso, es en qué parte de la Constitución se distinguen los derechos de personas nacionales y extranjeras. Así como en dónde está la restricción constitucional dirigida expresamente a las personas extranjeras. Superado ello, sería interesante encontrar los elementos que llevan a una conclusión distinta.

Bajo esta perspectiva, para el caso de México ya no es tan sencilla la distinción que suele darse como cierta e irrefutable respecto a este segundo derecho analizado. En nuestra opinión, no es sencillo porque simplemente no existe dicha distinción prevista constitucionalmente en este país. Este aspecto deberá tenerse en cuenta en el análisis que se hará en el capítulo V de este trabajo.

---

<sup>556</sup> En el mismo sentido, véase: Guevara Bermúdez, José Antonio, “Conexiones entre los derechos humanos de las personas migrantes y la seguridad ¿Es posible afirmar que el derecho mexicano criminaliza la migración indocumentada?, en *Cuestiones Constitucionales*, No. 31, julio-diciembre 2014, pp. 85-86.

<sup>557</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras en México*, op. cit. p. 31.

<sup>558</sup> *Idem*.

### C. Derecho a no ser expulsado

El tercer derecho que tanto las legislaciones nacionales como las internacionales diferencian de manera clara entre nacionales y extranjeros, es el derecho a *no ser expulsado del país*<sup>559</sup>, pues éste, al igual que los derechos políticos antes analizados, sólo se garantiza expresamente a las personas nacionales. O si se quiere ver de otra forma, sólo las personas migrantes extranjeras tienen reconocidos derechos en caso de expulsión. Por lo que, toda persona extranjera puede ser expulsada<sup>560</sup>.

La *permanencia* de una persona extranjera en el territorio de un país no está garantizada. Eso, muy a pesar de que la realidad, que no es la realidad jurídica, nos muestra que existen muchos casos en los cuales las personas extranjeras no son extraños<sup>561</sup> al contar con vínculos tan fuertes con una comunidad o sociedad de un país del que no son nacionales, que hacen que dicha nacionalidad sea tan sólo un elemento formal que no refleja el genuino vínculo que ya existe, situación que debería hacernos replantear a fondo desde el derecho los límites y alcances de la expulsión<sup>562</sup>.

Respecto al derecho a no ser expulsada, en España la Constitución no reconoce dicho derecho de manera expresa a sus nacionales. Esto es, no existe en el texto constitucional español norma alguna que prohíba expulsar a un nacional. Tampoco se establece de manera expresa la posibilidad de que un extranjero sea expulsado. Sin embargo, toda la regulación legal que existe relativa a la expulsión está dirigida sólo a las personas extranjeras.

De esta manera, como lo ordena la Constitución (artículo 13), es la Ley de Extranjería (artículo 57 en cuanto a las reglas generales) y

---

<sup>559</sup> Un análisis histórico y comparado de la expulsión en varios países puede verse en: Dowty, Alan, *Closed Borders. The Contemporary Assault on Freedom of Movement*, *op. cit.*, pp. 166-180.

<sup>560</sup> Para un análisis interesante que compartimos respecto a la *no expulsion* como regal general, véase: Carens, Joseph H., *Immigrants and the Right to Stay*, The MIT Press, A Boston Review Book, Cambridge-London, 2010.

<sup>561</sup> *Cfr.* Bosworth, Mary, *Inside Immigration Detention*, *op. cit.*, p. 213.

<sup>562</sup> *Cfr.* Van Dijk, P., “Protection of ‘Integrated’ Aliens Against Expulsion Under the European Convention on Human Rights”, *op. cit.*, pp. 37-39.

los tratados en donde se establecen de manera específica los términos en los cuales se puede llevar a cabo la expulsión de migrantes extranjeros<sup>563</sup>.

De los tratados destaca el artículo 3 del Protocolo número 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del que es parte España, que establece de manera expresa la prohibición de expulsión de nacionales. Lo cual se confirma con el contenido de los artículos 5.2 f) del referido Convenio; 4, del mencionado Protocolo 4, y 1, del Protocolo número 7 del Convenio Europeo, que establecen algunas garantías que deberán observarse para la expulsión de extranjeros.

En el caso de México la Constitución tampoco reconoce el derecho de las personas nacionales a no ser expulsadas. Lo que sí establece (artículo 33) es la facultad que tiene el Ejecutivo de la Unión para expulsar del territorio nacional<sup>564</sup> a las personas extranjeras<sup>565</sup>.

Es también, como en el caso de España, un tratado el que reconoce el derecho a no ser expulsado del territorio del Estado del cual se es nacional, tal y como lo establece el artículo 22.5 de la CADH. Tratado que al igual que como ocurre en Europa, en ese mismo artículo 22, reconoce algunas garantías que en todo caso deberán respetarse en la expulsión de extranjeros.

Por su parte, el PIDCP que es aplicable tanto en México como en España, tampoco reconoce el derecho de los nacionales a no ser expulsados. Pero sí, en su artículo 13 establece algunas garantías que deberán observarse en los supuestos de expulsión de personas extranjeras.

---

<sup>563</sup> Cfr. Dorado Noguera, Francisco Miguel y Rodríguez Candela, José Luis, "Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador", en Moya Escudero, Mercedes (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería (L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000*, Comares, Granada, 2001, pp. 873-874.

<sup>564</sup> Un buen resumen del surgimiento y desarrollo de la expulsión en México puede verse en: Bernal, Beatriz, "México y Cuba: caminos divergentes en materia de expulsión de extranjeros", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 8, 1996, pp. 15-37.

<sup>565</sup> A pesar de su previsión constitucional, cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015) no ha sido aprobada la ley que debe regular tanto la expulsión, como la detención con ese fin.

De esta forma, bien se podría decir que las garantías frente a la expulsión, sólo están reconocidas a las personas extranjeras y no a los nacionales, siendo un derecho que claramente está diferenciado. Aunque más bien, se debe afirmar que sólo las personas nacionales tienen reconocido el derecho a no ser expulsadas del Estado que les ha reconocido esa calidad.

Como puede observarse, dos de los tres derechos antes analizados tienen estrecha relación con la soberanía del Estado que se expresa por medio de la nacionalidad (pueblo), las fronteras (territorio) y la administración de éste (gobierno). Siendo justamente en ello, en dónde han encontrado su, formalmente desde el ámbito jurídico, irrefutable justificación de existencia, validez y permanencia<sup>566</sup>. Pues al final, es el Estado y el sistema internacional de Estados, el que reconoce u otorga de manera formal los derechos humanos.

Afortunadamente, fuera de estos tres derechos no encontramos ninguno otro que no se reconozca de manera categórica a las personas extranjeras. No obstante ello, hay algunos más que contienen expresas restricciones o autorizan modulaciones cuando son ejercidos por personas extranjeras.

Así, en el caso de México, el derecho a la propiedad privada tiene expresas restricciones constitucionales en el caso de extranjeros cuando se pretenden adquirir tierras, aguas y sus accesorios (artículo 27, fracción I), así como para obtener concesiones (artículo 32). También las tiene la libertad de trabajo ya que las personas extranjeras no pueden servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública, ni obtener en condiciones de igualdad que una persona mexicana todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno (artículo 32)<sup>567</sup>.

En tanto que en España, los derechos que se refieren explícitamente a personas españolas son el derecho de igualdad (artículo 14),

---

<sup>566</sup> No así desde otros ámbitos, véase *infra* notas 643 y 644.

<sup>567</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras en México*, *op. cit.*, pp. 42-43; Witker, Jorge, *Derechos de los extranjeros*, Cámara de Diputados – Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 17-23.

derecho de petición (artículo 29), derecho y deber de defender a España (artículo 30), deber y derecho de trabajar (artículo 35). Mientras los que se refieren explícitamente a los ciudadanos son el derecho a la limitación en el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar (artículo 18.4), derecho a la atención y amparo de los disminuidos (artículo 49) y el derecho a la suficiencia económica en la tercera edad (artículo 50)<sup>568</sup>.

Del listado anterior, el Tribunal Constitucional español ya se ha referido al derecho al trabajo e igualdad ante la ley<sup>569</sup> (STC-107/1984 de 23 de noviembre), así como al derecho a la limitación en el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar (STC-17/2013 de 31 de enero).

Con relación al primero, concluyó que al no existir tratado ni Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo —lo hay para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación, con excepciones—, como por lo establecido en la propia Constitución, el derecho al trabajo sólo se reconoce para los españoles<sup>570</sup>. Conclusión muy cuestionable si se toma en cuenta que el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual es parte España desde el 27 de abril de 1977 en que lo ratificó, establece que:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.”

---

<sup>568</sup> Cfr. Borrajo Iniesta, Ignacio, “El status constitucional de los extranjeros”, en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo 2, Madrid, Civitas, 1991, pp. 699-701.

<sup>569</sup> También destacan las sentencias STC-150/1994, de 23 de mayo y STC-130/1995, de 11 de septiembre.

<sup>570</sup> Cfr. Gómez-Ferrer, Rafael Jover, Ortega Carballo, Carlos y Ripol Carulla, Santiago, *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, op. cit., pp. 191-192.

Aunque esa conclusión es modulable al momento en que comienza la relación laboral, no hay duda que la interpretación del artículo 35 bien merecía que se hiciera junto con otras normas constitucionales (artículos 40, 41 y 42), y tal y como lo ordena el artículo 10.2 de la Constitución, es decir, acudiendo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y otras normas internacionales<sup>571</sup>.

Respecto a la igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional, como ya señalamos antes, no estableció una conclusión única, sino que estableció que si bien la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, el problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, depende del derecho afectado<sup>572</sup>.

Esa ambigua conclusión se puede atacar con lo que aquí venimos señalando, esto es, que sólo será admisible el no reconocimiento (exclusión) si se trata de los derechos que aquí se han enumerado, no de los demás. Los derechos no excluidos en todo caso podrán ser regulados de manera diferenciada, pero no teniendo como única base de justificación a la nacionalidad o el origen nacional de las personas y ello, con las reservas que hemos señalado (*supra* 2.3).

Por lo que hace al derecho fundamental derivado del art. 18.4 CE (uso de información para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar), el TCE estableció que los extranjeros gozan en España de éste en las mismas condiciones que los españoles, pero que ello no impide el establecimiento de límites al mismo. En todo caso la limitación debe respetar el contenido constitucionalmente declarado y encontrar su fundamento en otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. Esto es, en el sentido señalado en el párrafo anterior.

En cuanto a los demás derechos antes enlistados, el TCE no se ha pronunciado de manera específica cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015). Sin embargo, consideramos que

---

<sup>571</sup> Cfr. Vidal Fueyo, Ma. Del Camino, *Constitución y extranjería, op. cit.*, pp. 275-276.

<sup>572</sup> *Ibidem*, p. 183. Para mayor claridad en este punto véase *infra* 2.5 y nota 581.

al menos los que se refieren a la atención y amparo de los disminuidos y el derecho a la suficiencia económica en la tercera edad, no debe haber duda de que su reconocimiento debería ser extensivo tanto a personas nacionales como a extranjeras, si en verdad se atiende el criterio relativo a la vinculación de los derechos con la dignidad humana, o mejor aún, si se observa y sigue lo que se ha establecido en esos aspectos en el ámbito internacional.

Por lo que hace al derecho de petición y al derecho y deber de defender a España, suponemos que ello dependería del grado de vinculación que se le dé a éstos con la participación política. Pero, en todo caso, de la lista inicial, serían los únicos que, posiblemente si así se analizan, no estarían reconocidos en condiciones de igualdad.

De este análisis, se puede concluir que sólo los derechos que están mencionados en este apartado, son los que podrían entrar en debate respecto a si las personas extranjeras pueden ser o no titulares de ellos en México y España, respectivamente. Ninguno más, si se atiende cabalmente el sistema constitucional de derechos humanos de ambos países y, sobre todo, a los principios de igualdad y no discriminación que han sido analizados en este capítulo.

Lo demás derechos podrían ser modulados o diferenciados, pero, al menos su contenido esencial<sup>573</sup> deben estar reconocidos, buscando la plena efectividad de los principios de igualdad y no discriminación. Especialmente porque estamos frente a derechos inherentes a la naturaleza humana, no al origen nacional de las personas, ni dependientes de las fronteras entre las cuales se esté.

Finalmente, no se debe perder de vista que todo lo antes señalado no significa que en ningún caso las personas migrantes extranjeras

---

<sup>573</sup> Cfr. Casal H. Jesús María, *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, pp. 80-85, 167-170; Bernstein, David Martin, "Stumbling on the essential content of a right: an insurmountable hurdle for the state?", en *University of South Africe*, Pretoria, 1996; Luciano Parejo, Alfonso, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. I, No. 3, Madrid, 1981.

van a poder gozar de los derechos antes enumerados, ya que en el momento en el que el Estado del cual no son nacionales les autoriza la entrada y permanencia en su territorio, las personas migrantes extranjeras bajo ciertas condiciones y modalidades en cada país, se convierten en titulares de ese derecho a entrar (circulación), permanecer (residencia) e incluso como quedó ejemplificado en el caso de España a tener una participación política (voto activo). Por lo que, de ninguna forma lo antes desarrollado se puede entender como que en ningún caso las personas migrantes extranjeras podrán tener reconocidos estos derechos en un país que no es el suyo, sino que, en todo caso, los tendrán reconocidos cuando el Estado dé su permiso para ello y bajo las modalidades que éste establezca.

Con lo que podríamos concluir señalando que, si esa falta de reconocimiento primario de los derechos que aquí se han enumerado no es obstáculo para su otorgamiento secundario o derivado, a pesar de esa histórica, constante e inamovible exclusión, el margen que se reserva para otorgarlos los evidencia como derechos que, al igual que los demás, deberían estar reconocidos primariamente a toda persona. Esto, porque al final, ningún derecho humano es absoluto, en todos se pueden establecer diferencias y restricciones objetivas, razonables y proporcionales y, con ello, se haría congruente el sentido y alcance que también históricamente se ha asignado (sin total éxito) a los principios de igualdad y no discriminación. Situación que se debe seguir reflexionando para transformar el sistema jurídico y que en verdad podamos tener una comunidad (nacional e internacional) de iguales.

## **2.5 Qué derechos humanos tienen reconocidos las personas migrantes extranjeras en igualdad de condiciones que las nacionales de México y España.**

Si atendemos a lo establecido en los apartados anteriores, la lógica nos llevaría a pensar que, salvo los derechos antes enumerados (*supra* 2.4 A, B y C), los demás derechos humanos o fundamentales reconocidos en España y México los tiene cualquier persona sin



discriminación alguna<sup>574</sup> o, al menos, que ningún otro derecho además de los anteriores puede tener como única justificación el origen nacional de una persona para distinguir su reconocimiento entre nacionales y extranjeras<sup>575</sup>.

Conclusión que se vería reforzada y, por tanto, entendida como cierta si además se lee lo que establece el primer párrafo del artículo 33 constitucional de México en cuanto a las personas extranjeras: “Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional<sup>576</sup> y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.”

Lo cual a su vez, se ve reforzado con lo establecido en el artículo 1, primer párrafo, de la misma Constitución, que establece que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Protección o reconocimiento de derechos en igualdad que se confirma en el artículo 6 de la Ley de Migración:

“El Estado mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano y en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria.”

Conclusión similar en el caso de España, pues de acuerdo con el artículo 13 constitucional: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título [I] en los términos que establezcan los tratados y la ley.”

---

<sup>574</sup> Esto significa que de manera primaria *toda persona* tiene reconocidos esos derechos, no que éstos no puedan tener modulaciones o diferenciaciones admisibles en el ámbito de los derechos humanos.

<sup>575</sup> *Cfr.* Roig Molés, Eduardo, “Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación”, *op. cit.*, p. 116.

<sup>576</sup> Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

Lo que a su vez, se reforzaría con lo que establece el artículo 3 de la Ley de Extranjería:

“1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.”

Ante las dudas que podría dejar la literalidad de las normas antes transcritas, para el caso de España, si atendemos a lo que estableció el TCE en el fundamento jurídico tercero de la sentencia STC-107/1984 de 23 de noviembre, que años más tarde confirmó en el fundamento tercero de la sentencia STC-236/2007 de 7 de noviembre, respecto a que la expresión “libertades públicas” utilizada en el precepto constitucional, en cuanto a que ésta no debe ser interpretada en sentido restrictivo, de manera que los extranjeros disfrutarán “no sólo de las libertades sino también de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución”.

Agregando en esas mismas dos sentencias y fundamentos jurídicos, respecto a la remisión que hace la Constitución a la ley y los tratados que:

“[N]uestro ordenamiento no desconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros, el cual tiene su fuente primera en el conjunto del texto constitucional. En concreto, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el título I, interpretados sistemáticamente.

[L]a Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades «que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la

protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal.”

Todo lo cual, dejaría prácticamente nulas posibilidades de entender otra cosa cuando la Constitución de cada uno de los países que se analizan en este trabajo y los tratados, de los que cada uno es parte, reconocen los derechos a *toda persona*, a *todo individuo*, o establecen que *nadie* o *ninguna persona* puede ser afectada en éstos<sup>577</sup>.

Pero además, en el caso de España (en México no se ha hecho un análisis similar), el Tribunal Constitucional en la antes citada STC-236/2007 hace una recapitulación no exenta de críticas<sup>578</sup> de diversas sentencias que ha dictado para establecer cuales derechos del Título I considera que corresponden a los extranjeros, por mandato constitucional, en condiciones plenamente equiparables o de igualdad que a los españoles. En ese sentido señala que:

“Estos derechos son los que “pertenece a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español” (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). También nos hemos referido a ellos como derechos “inherentes a la dignidad de la persona humana” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7).

---

<sup>577</sup> Cfr. Verona Martínez, Gema, *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, op. cit., p. 41; Manjón, J.R., “Inmigración y extranjería en los tratados internacionales”, en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, No. 11, Madrid, marzo de 1991, p. 144.

<sup>578</sup> Cfr. Vidal Fueyo, Ma. Del Camino, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 85, enero-abril 2009, pp. 353-379; Gómez Fernández, Itziar y Viana Garcés, Andrée, “El puente está quebrado: reflexiones sobre las causas y consecuencias de la SCT 236/2007 (RTC 2007, 236)”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, No. 27, 2008, pp. 347-377.

“En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), **el derecho a la libertad** y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva.”

Criterios que han sido confirmados recientemente en al STC-155/2015, en donde además de seguir lo anterior, el TCE establece que cuando el legislador busca conscientemente la exclusión o la negación de algún derecho suele utilizar expresiones como: “solo”, “únicamente”, etc.<sup>579</sup>.

Con esto, parecería ya no sólo por el texto constitucional, sino también por las interpretaciones que ha hecho el TCE que, en principio, si la Constitución y los tratados reconocen los derechos a *toda persona*, a *todo individuo*, o establecen que *nadie* o *ninguna persona* puede ser afectada en éstos, sin que la ley ni los tratados prevean una distinción, nada justifica hacer distinción alguna a ello. Y de pretender hacerla, en todo caso se debe justificar que un determinado derecho carece de conexión con la dignidad humana. Con toda la complejidad que esto último tiene.

Esto es, de una forma más simple e integradora del criterio de clasificación tripartita introducido por el TCE<sup>580</sup>: que hay derechos fundamentales ligados a la dignidad de la persona y que pertenecen

---

<sup>579</sup> *Cfr.* Tribunal Constitucional de España, STC-155/2015, de 9 de julio de 2015, fundamento jurídico 6.

<sup>580</sup> Criterio no exento de controversia. Véase: García Roca, Javier, “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos”, en Revenga Sánchez, Miguel (Coord.), *Problemas Constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, II Jornadas Hispano— Italianas de Justicia Constitucional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 102 y ss.

por igual a españoles y extranjeros (ciudadanas europeas y de terceros Estados). Hay otros que no pertenecen a los extranjeros por venir ligados a la ciudadanía como son los derechos políticos y, además, existe un tercer grupo de derechos, muy amplio e intermedio, que pertenecerán o no a los extranjeros según establezcan los tratados y las leyes<sup>581</sup>.

Pero aun cuando se pusiera en duda todo lo anterior, lo cierto es que al menos los derechos que han sido enumerados ejemplificativamente por el Tribunal Constitucional forman lo que se ha conocido como el contenido mínimo de derechos<sup>582</sup> de las personas migrantes extranjeras.

En México, pese a la ausencia de alguna interpretación constitucional por la SCJN en ese sentido cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015), la concusión puede ser la misma que para España atendiendo a los contenidos normativos que antes han sido citados<sup>583</sup>.

---

<sup>581</sup> Al no ser el objetivo de este trabajo entrar a todos los detalles y debates de lo antes citado, para comprender de mejor forma la “clasificación tripartita” del TCE se recomienda ver: Abarca Junco, Ana Paloma, *et. al.*, (Eds.), *El extranjero en el Derecho español*, UNED-Dykinson, Segunda edición, Madrid, 2015, pp. 34-43; Gómez-Ferrer, Rafael Jover, Ortega Carballo, Carlos y Ripol Carulla, Santiago, *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, *op. cit.*, Vidal Fueyo, Ma. del Camino, “La jurisprudencia del tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”, *op. cit.*, p.p. 353-379.

<sup>582</sup> *Cfr.* Aparicio Wilhelmi, Marco, “El reconocimiento constitucional de los derechos de las personas extranjeras: breve aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Derecho de la inmigración y derecho de la integración. Una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España, Quebec y Cataluña*, Institut d’Estudis Autònoms-Universitat de Girona, Girona, 2002, pp. 116-118; Tribunal Supremo, *Extranjeros, pero no extraños, ante la justicia*, Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Año Judicial 2001-2002, Madrid, 2002, pp. XXVII-XXVIII; Sagarra i Trias, Eduard, *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 59-63.

<sup>583</sup> *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional*, México, 2013, pp. 36-38; Witker, Jorge, *Derechos de los extranjeros*, *op. cit.*, p. 4; Morales Sánchez, Julieta, “Migración irregular en México: una visión desde los derechos humanos”, *op. cit.*, pp. 129-133.

No es el objetivo de este trabajo el analizar en lo particular cada uno de los derechos humanos o fundamentales reconocidos en México y España para confirmar en todos los casos lo anterior. Sin embargo, la conclusión a la que se ha llegado sí debe ser entendida como la regla, no sólo por lo señalado en este apartado, sino también por lo establecido en los apartados precedentes. Y más aún, consideramos que así debería ser entendido porque “la noción de los derechos humanos se construye sobre nuestra humanidad compartida. Estos derechos no se derivan de la ciudadanía en ningún país, o de la membresía en alguna nación, sino que se toman como títulos de todo ser humano”<sup>584</sup>.

Ahora bien, hasta ahora, como ha quedado establecido, salvo en el caso de los derechos de entrada (circulación), permanencia (residencia-expulsión) y políticos de participación (voto y de acceso a funciones públicas), en los demás casos, ni las constituciones de México y España, ni los tratados de los que son parte cada uno de los países hacen distinción alguna entre migrantes extranjeros con autorización de entrada al Estado del que no son nacionales y migrantes *sine permissum*. Por lo que si se reconocen los derechos a *toda persona* o *todo individuo*, no se está excluyendo a los seres humanos de distinta nacionalidad que se encuentren en el Estado *sine permissum*<sup>585</sup>. Sin que eso signifique que no se puedan establecer diferencias justificadas o modulaciones en el ejercicio de los derechos<sup>586</sup>, pero sí significando que si los tienen reconocidos unas, los tienen reconocidos todas las que se encuentren en la categoría migrantes extranjeros.

Ese aspecto es relevante en nuestro análisis, ya que como se puede observar, en nuestro objeto de estudio la medida se aplica siempre

---

<sup>584</sup> Sen, Amartya, “Derechos Humanos y Valores Asiáticos”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No. 35, 2001, p. 145.

<sup>585</sup> Cfr. Gómez-Ferrer, Rafael Jover, Ortega Carballo, Carlos y Ripol Carulla, Santiago, *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, *op. cit.*, pp. 66-67; Verona Martínez, Gema, *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, *op. cit.*, p. 41; Manjón Manjón, J.R., “Inmigración y extranjería en los tratados internacionales”, *op. cit.*, p. 144.

<sup>586</sup> Eso es lo que hace y establece el TCE en la STC-236/2007, fundamentos jurídicos 2 a 5.

sin causas penales, pero no en todos los casos se trata de personas *sine permissum*, ya que algunas pueden tener una estancia regular y autorizada pero cometer una infracción administrativa que los colocaría bajo la posibilidad de ser expulsados. En ese sentido ¿cuál sería la diferencia entre unas y otras personas en términos de derechos humanos? En nuestra opinión, desde ese punto de vista, ninguna. Una y otras son personas, personas migrantes extranjeras.

En el caso de México, lo anterior es confirmado expresamente por el contenido de las normas que han sido citadas en este apartado, especialmente lo que establece la parte final del artículo 6 de la Ley de Migración en cuanto a que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y tratados se garantizarán a los extranjeros *con independencia de su situación migratoria*<sup>587</sup>. En el caso de España las interpretaciones constitucionales antes citadas parecen llevarnos a lo mismo<sup>588</sup>.

Pero en todo caso, y para los fines de este trabajo, debemos destacar que la *libertad personal*, tanto en España como en México se reconoce por igual a *toda persona* sin importar la nacionalidad o situación migratoria. Es decir, que está reconocida en condiciones de igualdad a nacionales y extranjeros en México y España o, lo que es lo mismo, no se autoriza constitucionalmente de forma expresa una restricción o regulación diferenciada para el caso de personas extranjeras<sup>589</sup>, que no sea admisible para las personas nacionales de ambos países. Esto, porque la *libertad personal* sin duda alguna forma parte del contenido o estándar mínimo de derechos

---

<sup>587</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras en México*, op. cit., pp. 64 y 66; Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional*, op. cit., p. 36.

<sup>588</sup> Cfr. Rubio-Marin, Ruth and Rodriguez, Cristina, “The Constitutional Status of Irregular Migrants: Testing the Boundaries of Human Rights Protection in Spain and the United States”, en Dembour, Marie, Tobias Kelly, (Eds.), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, Routledge, 2011, pp. 78.

<sup>589</sup> Como ya se estableció, la remisión que se hace a la ley y a los tratados, no desconstitucionaliza los parámetros en los cuales se deben regular los derechos, libertades y deberes. Lo que implica también, por tanto, que no se pueden apartar de los principios de igualdad y no discriminación.

reconocido a *toda persona*, como podrá confirmarse de manera más detallada en el siguiente capítulo de este trabajo.

## 2.6 ¿Cuándo se discrimina a las personas migrantes extranjeras?

Dar respuesta a la pregunta con la que titulamos este apartado parece sencillo si se atiende a todo lo establecido en los apartados precedentes de este capítulo. Sin embargo, la respuesta no es tan simple y su contenido final depende de varios factores, como veremos a continuación.

Lo primero que debemos reiterar a fin de establecerlo de manera clara es que “un régimen jurídico no puede ser calificado de discriminatorio por sí mismo, sino únicamente en relación a un término de comparación concreto”<sup>590</sup>. Esto, porque como sabemos, “la igualdad es pura y simplemente un tipo de relación formal”<sup>591</sup>, ya que “la igualdad, designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación [...]; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones”<sup>592</sup>. Con lo que no puede haber respuestas únicas y absolutas, sino que éstas dependerán de con quién sean comparadas las personas migrantes extranjeras y respecto a qué.

Lo que en todo caso debe tenerse especialmente presente si lo que nos interesa es determinar la existencia o inexistencia de discriminación en los casos que la comparación involucre a personas migrantes extranjeras, es el papel que tiene el origen nacional (nacionalidad), ya que de ser un factor relevante y en caso de encontrarse diferencias en la comparación, se debe sospechar de la existencia de discriminación.

---

<sup>590</sup> González Beilfuss, Markus, “Delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad en la ley”, *op. cit.*, p. 132.

<sup>591</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>592</sup> Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *op. cit.*, p. 12.



Así las cosas, si lo que nos interesa es determinar si las personas migrantes extranjeras son discriminadas en razón de su nacionalidad, lo primero que debemos hacer es establecer con quién las compararemos, para saber respecto a qué les comparamos o les podemos comparar, es decir: el término de comparación o *tertium comparationis*.

Para nosotros, esa comparación en su visión más amplia sólo se puede hacer en el caso de las personas migrantes extranjeras respecto a los derechos y deberes de dos categorías de personas: a) nacionales del país al que se llega y b) otras personas migrantes extranjeras.

Pero ¿qué es lo que nos interesa de esa comparación? En nuestro caso, por el objeto de este trabajo, lo que interesa es la forma en la cual se les reconocen los derechos humanos. Aunque eso resulta insuficiente, ya que “el término de comparación requiere la existencia de situaciones jurídicas concretas, sin que sea posible su articulación mediante referencias incorrectas a vagos conjuntos normativos, ni a la interpretación que se pueda dar a normas jurídicas”<sup>593</sup>. Con lo que resulta evidente que desde este punto de vista tampoco se pueden hacer generalizaciones.

De esa forma, para establecer de manera más precisa el término de comparación debemos siempre establecer una situación jurídica concreta<sup>594</sup> en la que se encuentren las personas migrantes extranjeras frente a las nacionales o frente a otras personas migrantes extranjeras.

Así, la mejor forma de establecer el término de comparación es a partir de colocar frente a sí dos supuestos de hecho iguales (uno a cargo de un nacional y otro a cargo de un no nacional ó entre dos no nacionales de nacionalidades diferentes) a los que se les aplican dos

---

<sup>593</sup> Gavara De Cara, Juan Carlos, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 86.

<sup>594</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *op. cit.*, p. 13, nota al pie 4.

consecuencias jurídicas distintas<sup>595</sup>. Esto, porque no habrá término de comparación si los supuestos de hecho son distintos, con independencia de que las consecuencias jurídicas sean iguales o distintas<sup>596</sup>.

En el caso de personas nacionales y no nacionales, nunca habrá término de comparación, por ejemplo, en los supuestos de expulsión<sup>597</sup>, en la medida de que un nacional no puede ser expulsado de su país y, por tanto, nunca se podrá colocar en el mismo supuesto de hecho que una persona migrante extranjera. Esto es, no hay término de comparación, en la medida de que no hay respecto a qué (aunque sí respecto a quién) hacer la comparación.

Situación similar, aunque más debatible, ocurre en los supuestos vinculados con la entrada al país, residencia y participación política<sup>598</sup> que sólo podrían ser comparables si después de serles otorgados a las personas migrantes extranjeras en una situación de hecho igual se producen consecuencias jurídicas distintas. Pero nunca previo a ese otorgamiento, pues como ha quedado establecido antes (*supra* 2.4), esos son derechos que las personas migrantes extranjeras no tenemos reconocidos en los textos constitucionales y de tratados de derechos humanos. Es decir, sólo cuando se otorgan hay respecto a qué hacer comparación, cuando no, desde el punto de vista jurídico es imposible tener un *tertium comparationis*.

---

<sup>595</sup> Cfr. Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 71-72; Gavara De Cara, Juan Carlos, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, *op. cit.*, pp. 33 y 91.

<sup>596</sup> *Idem.* p. 91.

<sup>597</sup> Nosotros no compartimos muchos aspectos de la expulsión y, por tanto, no justificamos su aplicación en todos los casos. Especialmente en aquellos casos en los que las personas se encuentran integradas y forman parte de una comunidad, ya que en esos supuestos la nacionalidad de la persona se convierte en un aspecto meramente formal que no refleja el genuino vínculo de la persona con la sociedad de un país. Sin embargo, eso es una realidad jurídica respecto a la cual en este trabajo no podemos dedicar espacio a cuestionarla. Para un análisis interesante que compartimos, véase: Carens, Joseph H., *Immigrants and the Right to Stay*, *op. cit.*

<sup>598</sup> Véase sobre el derecho al voto: Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, p. 260.

Lo anterior, como toda determinación del término de comparación, es un proceso complejo<sup>599</sup> y opinable<sup>600</sup>. Pero en todos los casos, la determinación de *tertium comparationis*, es una decisión libre<sup>601</sup>, aunque no arbitraria de quien pretende evaluar la igualdad y no discriminación. En ese sentido, lo que aquí presentamos es tan sólo un reflejo de ello, no el único<sup>602</sup>, pero consideramos que la forma propuesta es el camino más sencillo para establecer el término de comparación que se ocupará de establecer si hay o no discriminación en la forma en la cual han sido reconocidos y regulados los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras. Por lo que, para otros supuestos e intereses el término de comparación podría ser otro, siempre que se haga una construcción racional de éste.

El establecimiento del término de comparación es tan sólo el primer paso para evaluar la existencia o inexistencia de igualdad y no discriminación, ya que éste sólo nos dice si podemos comparar, si hay objeto de análisis, no el resultado de esa comparación.

De esa forma, “la aplicación del principio general de igualdad ha llevado a todas las jurisdicciones constitucionales a acuñar fórmulas (*reasonableness*, *Angemessenheit*, *ragionevolezza*, [*unreasonableness test*], razonabilidad) que remiten, fuera de la

---

<sup>599</sup> Aunque más complejo es cuando se pretende establecer el término de comparación para la igualdad en la *aplicación* de la ley en razón de que no se analizan hechos a partir de las consecuencias jurídicas que se atribuyen por una norma, sino por resoluciones o decisiones de un mismo órgano, en un mismo orden jurisdiccional, en la misma escala, ciudad, sala e incluso sección. Véase como ejemplo de esto en España las sentencia del Tribunal Constitucional STC-121/1986 (fj.3), STC-100/1988 (fj.4), STC-24/1990 (fj. 3), STC-134/1991 (fj. 2 y 3), STC-102/2000 (fj. 2), STC-122/2001 (fj. 5) ó STC-13/2004 (fj. 2).

<sup>600</sup> *Cfr.* Paladin, Livio, “Corte costituzionale e principio generale d’eguaglianza: Aprile 1979-Dicembre 1983”, en *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padova, 1985, pp. 609 y 620.

<sup>601</sup> *Cfr.* Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *op. cit.*, p. 13.

<sup>602</sup> Véase respecto a la dualidad de sentidos del término de comparación: González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 18.

Constitución, a un juicio de la razón práctica: la decisión sobre la validez de las diferencias establecidas por el legislador”<sup>603</sup>.

Esas fórmulas han sido denominadas comúnmente como *test* o juicio de igualdad y razonabilidad<sup>604</sup>, por lo que en algunas latitudes se entiende como lo mismo el juicio de razonabilidad que el juicio de igualdad<sup>605</sup> al formar parte uno del otro<sup>606</sup>, pero en otras se entiende al segundo como un ejercicio más acabado que el primero y, por tanto, diferente aunque con los mismos fines<sup>607</sup>.

El origen del *test de razonabilidad* no es fácil de atribuir a un solo tribunal<sup>608</sup>, por ser en esencia un método seguido por infinidad de tribunales<sup>609</sup> y ámbitos del derecho para dar diversas respuestas y como contraposición a la arbitrariedad en el Derecho<sup>610</sup>.

---

<sup>603</sup> *Ibidem.*, p. 31.

<sup>604</sup> *Cfr.* Jiménez Campos Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *op. cit.*, p. 72.

<sup>605</sup> Así lo entiende, por ejemplo, en España, Ramón Martínez Tapia, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, *op. cit.*, p. 116; al establecer que al que él llama *test* de constitucionalidad de igualdad también podría denominársele *test* de razonabilidad.

<sup>606</sup> Véase por ejemplo el caso de España en donde su Tribunal Constitucional así lo ha establecido, por todas la STC-96/2002, fundamento jurídico 7. Aunque David Giménez, *op. cit.*, pp. 55-56, establece que la doctrina no tiene muy en claro en qué consiste y la utilización que del mismo hace el referido Tribunal.

<sup>607</sup> *Cfr.* Alonso García, Enrique, “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución”, en *Revista de Administración Pública*, Núms. 100-102, enero-diciembre 1983, pp. 23-26.

<sup>608</sup> *Cfr.* Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>609</sup> Véase por ejemplo la variante inglesa con el conocido como *Wednesbury unreasonableness test* que ha merecido diversos estudios, por ejemplo: Varghese, Rajan, “The Relevance of *Wednesbury Unreasonableness* in the Light of Proportionality as a Ground for Judicial Review”, en *Indian Journal of Public Administration*, Vol. LX, No. 1, January-March 2014, pp. 88-104; Le Sueur, Andrew, “The Rise and Ruin on *Unreasonableness?*”, en *Judicial Review*, Vol. 10, Issue 1, 2005, pp. 32-51.

<sup>610</sup> *Cfr.* Alexy Robert, “Reasonableness of the Law” en Bongiovanni Giorgio, Sartor Giovanni, Valentini Chiara (Ed.), *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, 2009, pp. 3-15; Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, *op. cit.*, pp. 98-110.

Dicho test o juicio no está exento de debates en cuanto a su origen y denominación<sup>611</sup>, integración<sup>612</sup>, usos y relaciones con el test de proporcionalidad<sup>613</sup>, esto es, si es género o especie de éste<sup>614</sup>.

Por su parte, el *test de igualdad* encuentra una fuerte influencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos<sup>615</sup> sobre la aplicación de la cláusula de *equal protection* (décimo cuarta enmienda)<sup>616</sup> con sus tres niveles: escrutinio racional (*Rational Basis Review*), escrutinio intermedio (*Intermediate Standard of Review*), y escrutinio estricto (*Strict Scrutiny*) que está dirigido a evaluar las distinciones en las que está involucrada una categoría sospechosa. Por lo que hay quien afirma que ahí está su origen<sup>617</sup>. Sin embargo, de un análisis amplio de lo que se entiende por test de igualdad, resulta evidente que también tuvo desarrollos propios en Europa en la misma época<sup>618</sup>, por lo que no se puede afirmar un origen único.

---

<sup>611</sup> Cfr. Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 57-70.

<sup>612</sup> Cfr. García Amado, José Antonio, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, pp. 167-182.

<sup>613</sup> Cfr. Zorzetto, Silvia, “Reasonableness”, en *The Italian Law Journal*, Vol. 1, No. 1, March 2015, pp. 113-117; Sapag, Mariano A. “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, en *Revista Actualidad Jurídica Dikaion*, No. 17, diciembre 2008, pp. 157-198.

<sup>614</sup> Cfr. Castillo Córdova, Luis, “La aplicación del principio de proporcionalidad a través del *habeas corpus*”, en Castillo Córdova, Luis, *En defensa de la Libertad Personal. Estudios sobre el habeas corpus*, Palestra, Lima, 2008, pp. 241-242.

<sup>615</sup> Cfr. Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, op. cit., p. 41-100; Cianciardo, Juan, *El conflictivismo en los Derechos Fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000, p. 285.

<sup>616</sup> Cfr. Tussman, Joseph and Tenbroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws” en *California Law Review*, No. 37, September 1949, pp. 341-381.

<sup>617</sup> Por ejemplo: Araujo Rentería, Jaime, “Los métodos de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Montevideo, 2006, pp. 853 y 859.

<sup>618</sup> Cfr. Baer, Susanne, “Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court”, en *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 5, 1999, pp. 254-256.

Este test también ha merecido muchos análisis, críticas y estudios<sup>619</sup>, así como comparaciones con el test de proporcionalidad por las similitudes que presentan<sup>620</sup>. Pero al sobrepasar el objeto de este trabajo los debates que envuelven a ambos test o juicios nos centraremos en lo que de manera más uniforme aportan para la evaluación de la igualdad y no discriminación.

Lo primero que en ese sentido debemos establecer es que de la lectura de los diferentes textos académicos que antes han sido citados, así como de jurisprudencia de diversos tribunales que han hecho uso de éste<sup>621</sup>, podemos afirmar que no hay una formulación única —y menos uniforme— de los pasos, niveles y/o características que debe tener el test o juicio de igualdad<sup>622</sup>. Ni respecto a lo que significa o implica en realidad que sea estricto cuando se está frente a una categoría sospechosa. Todo es variable de acuerdo a la fuente a la que se acuda.

---

<sup>619</sup> Véase, entre otros: Goldberg, Suzzane B., “Equality Without Tiers”, in *Southern California Law Review*, Vol. 77, No. 481, 2004, pp. 481-583; Post Robert C., & Siegel, Reva B., “Equal Protection by Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel”, in *Yale Law Journal*, Faculty Scholarship Series, paper 188, Vol. 110, 2001, pp. 441-526; Lawrence, Tribe H., *American Constitutional Law*, 3a Ed., Foundation Press, Nueva York, 1998, capítulo 16; Russell W., Galloway Jr., “Basic Equal Protection Analysis”, in *Santa Clara Law Review*, Vol. 29, No.1, 1989, pp. 121-167; Sunstein, Cass R., “Naked Preferences and the Constitution”, in *Columbia Law Review*, Vol. 84, No. 7, November 1984, pp. 1689-1732.

<sup>620</sup> Cfr. Herdegen, Matthias, “The relation between the principles of equality and proportionality”, en *Common Market Law Review*, Vol. 22, Issue 4, 1985, pp. 683 y 690.

<sup>621</sup> En España algunos autores coinciden en que el uso de éste se inició con la sentencia del Tribunal Constitucional STC-22/1981, de 2 de julio de 1981. En tanto que en México algunos coincidimos que su uso más o menos sistematizado inicia con la sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte ADR-988/2004, de 29 de septiembre de 2004, de la cual derivó la tesis jurisprudencial (1ª./J 55/2006 (9a.), Tomo XXIV, septiembre de 2006) de rubro: “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”.

<sup>622</sup> Cfr. Gavara De Cara, Juan Carlos, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, op. cit., p. 54; Cerri, Augusto, “Uguaglianza (principio costituzionale di)”, en *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988-1997, p. 8.

Sin embargo, lo que sí es claro es que ambos —o ese juicio, para quien lo entiende como uno solo<sup>623</sup>— sirven para determinar si una distinción de trato cuenta o no con una justificación objetiva y razonable<sup>624</sup> acorde a los principios de igualdad y no discriminación.

Lo que de una manera más simple y en sentido negativo podría entenderse que, se incumple con la razonabilidad e igualdad cuando una persona o grupo de destinatarios de la norma o titulares de un derecho, por comparación a otra persona u otros grupos también destinatarios de esa norma o teniendo la titularidad de idéntico derecho, es tratado de forma distinta, siempre que entre estos grupos/personas no existan diferencias de tal clase y de tal peso que permitan justificar la diferencia de trato<sup>625</sup>. Es decir, cuando se hace de forma arbitraria, desprovista de fundamentos suficientes o de manera injustificada.

Esto sin olvidar que ninguna categoría sospechosa puede ser en sí misma justificación suficiente, sino que en esos supuestos se requieren razones de mayor peso que de manera apremiante e imperativa sustenten esa diferenciación, como tener fines perentorios y ser absolutamente necesaria<sup>626</sup>.

Pero, ante eso, ¿cómo determinar si la justificación es objetiva y razonable, sin que ello a su vez sea arbitrario? La respuesta a esa pregunta es lo que en la doctrina y en la práctica genera debates y diferencias. Nosotros seguiremos la fórmula más utilizada que

---

<sup>623</sup> Véase: Carrasco Perera, Ángel, “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 11, 1984, pp. 39-107.

<sup>624</sup> Cfr. Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op. cit., pp. 97-133; Alonso García, Enrique, “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española”, op. cit., p. 37.

<sup>625</sup> Cfr. Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 58, citando al Tribunal Constitucional alemán.

<sup>626</sup> Cfr. Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op. cit., p. 130.

consiste en analizar la justificación de la diferenciación en términos de proporcionalidad<sup>627</sup>.

De esa forma, para establecer si en un supuesto concreto existe o no discriminación o un trato desigual, proponemos analizar ello a partir de un test o juicio trimembre<sup>628</sup> o de tres fases<sup>629</sup>, integrado de la siguiente forma:

- a) Establecimiento del término de comparación.
- b) Determinación de la justificación de la diferenciación.
- c) Evaluación de proporcionalidad (adecuación, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto) de la justificación de distinción.

Con lo que, de esa manera, en el primer nivel corresponde establecer si existen dos situaciones de hecho iguales a las que se les aplican consecuencias jurídicas distintas<sup>630</sup>. Es decir, comprobar la existencia de la consecuencia jurídica que establece el trato desigual de dos supuestos de hecho iguales. De no existir, no hay forma de llevar a cabo la evaluación, ya que “lo normal es que la ausencia de un término de comparación adecuado impida seguir examinando el caso en términos del principio de igualdad”<sup>631</sup>.

---

<sup>627</sup> Cfr. Barnes, Javier, “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”, en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5, septiembre-diciembre 1998, p. 339.

<sup>628</sup> González Beilfuss, Markus, “Delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad en la ley”, *op. cit.*, p. 132, quien cita el artículo “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, de J. Jiménez Campo, p. 98.

<sup>629</sup> Cfr. Añón Roig, María José, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *op. cit.*, p. 138.

<sup>630</sup> No olvidemos que la igualdad ante la ley significa que las situaciones iguales deben ser tratadas iguales y que las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente, siendo contrario a ello el tratar igualmente a hipótesis jurídicas diferentes, como asimismo, afecta a la igualdad el tratar de manera diferente a quienes se encuentran en una misma hipótesis jurídica, tanto en la creación de la ley, como en su aplicación.

<sup>631</sup> Gavara De Cara, Juan Carlos, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, *op. cit.*, p. 67.



En el segundo nivel, se deben conocer las razones, fundamentos y/o justificaciones en que se sustenta la diferenciación de trato, la diferenciación de las consecuencias jurídicas<sup>632</sup>. Si no las hay, son insuficientes o irrazonables, podríamos estar en presencia de discriminación. Especialmente si, como en lo que en este trabajo interesa, la razón o justificación es el origen nacional de la persona o cualquier otra categoría sospechosa<sup>633</sup>.

El tercer nivel de análisis se activa si el anterior es dudoso, si se considera que es racional<sup>634</sup> o si se quiere reforzar la conclusión que califica como irrazonable la justificación o finalidad de la desigualdad<sup>635</sup>, ya que en éste se determina la proporcionalidad de la diferenciación<sup>636</sup>, es decir, si la medida que introduce la desigualdad es adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto<sup>637</sup> para no entrar en conflicto y salvaguardar los principios de igualdad y no discriminación.

Intentando ser más específicos en el análisis particular que proponemos, esto es, respecto a la determinación de igualdad y no discriminación en el reconocimiento y regulación de los derechos humanos de personas migrantes extranjeras, consideramos que el test antes propuesto debe complementarse de la forma que a

---

<sup>632</sup> Cfr. Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, op. cit., p. 113.

<sup>633</sup> Esto en razón de que, como fue establecido antes, el principio de no discriminación, por su naturaleza negativa se traduce en la prohibición de crear desigualdades sustentadas de manera exclusiva en el *origen nacional* de las personas.

<sup>634</sup> Cfr. Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 104.

<sup>635</sup> Cfr. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, pp. 411-416.

<sup>636</sup> Cfr. Gavara De Cara, Juan Carlos, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, op. cit., p. 62.

<sup>637</sup> Respecto al *test de proporcionalidad* no profundizaremos en este apartado, sino que ello lo haremos en el último apartado del capítulo siguiente (*infra* 3.9) en donde se analizarán las restricciones a derechos humanos. En ese sentido, para profundizar respecto a cómo se desarrolla éste, se pide a la persona que lee este trabajo ir a la parte antes indicada.

continuación se desarrollará a fin de responder a los siguientes cuatro elementos y preguntas:

- i. Descarte. ¿El derecho o libertad está expresamente excluido de reconocimiento en la Constitución y/o tratados a las personas migrantes extranjeras?
- ii. Comparación. ¿Nacionales y no nacionales (ó no nacionales de dos nacionalidades) están en la misma situación de hecho que genera consecuencias jurídicas distintas en el reconocimiento de un derecho o libertad?
- iii. Razón de mucho peso. ¿Existe una razón de mucho peso que justifique la distinción entre nacionales y extranjeros (ó dos tipos de extranjeros), para que migrantes extranjeros no tengan la misma consecuencia jurídica en el reconocimiento de un derecho o libertad ante un mismo supuesto de hecho?
- iv. Proporcionalidad. ¿Es proporcional (innegablemente adecuada, absolutamente necesaria, rigurosamente proporcional en sentido estricto) la justificación de mucho peso en que se sustenta la distinción en el reconocimiento del derecho o libertad?

Este método de análisis que se propone pudiera parecer repetitivo e incluso innecesario o intrascendente después del test trimembre que se introdujo, el cual sigue lo que de forma más o menos generalizada se considera como *test de igualdad*. Sin embargo, hacemos esta propuesta en razón de que nos parece necesario establecer de manera enfática que, por una parte, en el caso de las personas migrantes extranjeras estamos en presencia de una categoría sospechosa por lo que ello requiere de especial atención<sup>638</sup> y no sólo señalar que el análisis se debe desarrollar con una

---

<sup>638</sup> No para que en ninguna caso, ni bajo ningún supuesto se distinga entre personas por su origen nacional. Pero sí para que por más que la facultad del Estado esté vinculada con una parte del ejercicio de su soberanía, toda medida que involucre al origen nacional sea sospechosa de inconstitucionalidad, de irrazonabilidad.

intensidad *estricta*<sup>639</sup> que pocas veces se puede determinar con precisión lo que en realidad implica. Además de que, como antes ya se ha insistido, estamos en uno de los pocos casos en los que hay una presunción contra el legislador<sup>640</sup>.

Por otra parte, porque estamos frente a una categoría sospechosa diferente a las demás, al ser la única que tiene desde las constituciones y los tratados de derechos humanos expresamente excluidos de reconocimiento específicos y determinados derechos, lo que no ocurre actualmente con ninguna otra, por lo que ello se debe precisar para no hacer extensivas esas excepciones, ni motivo de justificación *per se* a éstas para afectar otros derechos.

Y, finalmente, porque consideramos necesario que sean claros los adjetivos que envuelven un análisis estricto de la igualdad y no discriminación, es decir, debe haber mayor certeza respecto a en qué partes el juicio de igualdad general se endurece para buscar salvaguardar de manera efectiva a la categoría sospechosa nacionalidad/origen nacional.

De la anterior propuesta es evidente que si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa, desde el ámbito jurídico poco podemos hacer<sup>641</sup> y no podremos afirmar que haya discriminación. Sin que eso signifique que no se pueda cuestionar (en tribunales) para romper con ello y evolucionar en la protección de los derechos humanos, a pesar de que parece imposible<sup>642</sup>. Sino que, como antes lo establecimos, son ámbitos en los que históricamente ni el

---

<sup>639</sup> Véase, por ejemplo: Treacy, Guillermo F., “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, No. 89, 2011, pp. 197-209.

<sup>640</sup> *Cfr.* Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 167-170.

<sup>641</sup> Especialmente cuando no perdemos de vista que desde el Derecho, por ejemplo, se presume como legítima toda diferenciación hecha por el legislador, cuanto más cuando ello se lleva a cabo por el constituyente o el poder reformador de la Constitución.

<sup>642</sup> *Cfr.* Preuss, Ulrich, “Derecho a la dignidad”, pp. 73-74; West, Robin, “Una responsabilidad moral”, p. 84; Fiss, Owen, “La respuesta: ¿una Tercera Reconstrucción?”, p. 124; todos en Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales*, *op. cit.*

principio de igualdad —inicialmente, ni el principio de no discriminación —de manera más moderna— han logrado tener una efectividad que se refleje en el Derecho positivo y en la realidad de *toda persona*.

Tampoco se puede traducir en que hacemos una autorización implícita para la creación de nuevos *ámbitos vetados de la igualdad y no discriminación*, ni a la exclusión constitucional o en tratados de derechos humanos de más derechos, sino que son éstos y sólo éstos los vedados, porque históricamente así lo han sido y no hemos podido evolucionar como sociedad o comunidad para revertirlos desde el Derecho, en el derecho vigente (a pesar de su inmoralidad y la debilidad de los argumentos en que se sustentan<sup>643</sup>), no sólo en un país, sino en su conjunto en la comunidad internacional.

No así desde otros ámbitos de análisis en los que se puede cuestionar más allá del Derecho y desde otros ángulos la existencia misma de las fronteras, la soberanía del Estado o la nacionalidad<sup>644</sup>, que son en el fondo la justificación para negar el reconocimiento de algunos derechos y fundamento de la expulsión. Cuestionamiento que supera los objetivos de este trabajo pero que no puede perderse de vista en los debates respecto a la igualdad y no discriminación, especialmente cuando se sostiene la teóricamente pretendida y proclamada universalidad de los principios de igualdad y no discriminación. En ese sentido, no resulta ocioso hacernos la pregunta, sino necesario para saber el ámbito desde el que se parte.

---

<sup>643</sup> Cfr. Waldron, Jeremy, “Immigration: a Lockean Approach”, *op. cit.*

<sup>644</sup> Véase, por ejemplo: Cornelise, Galina, *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, pp. 280-300; Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, *op. cit.*; Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, *op. cit.*; Hayter, Teresa, “Open borders: The case against immigration controls”, en *Capital and Class*, No. 75, autumn 2001, pp. 149-156; Harvey, David, *Spaces of Hope*, University of California Press, Berkeley, 2000; Sassen, Saskia, “Beyond sovereignty: Immigration Policy Making Today”, en *Social Justice*, No. 23(3), 1996, pp. 9-19; Falk, Richard, “The making of global citizenship”, en Brecher, Jeremy; Brown Childs, John and Cutler, Jill (Eds.), *Global Visions: Beyond the New World Order*, South End Press, Boston, 1993, pp. 39-50; Carens, Joseph H., “Aliens and citizens: The Case for Open Borders”, *op. cit.*, pp. 251-273.

Por su parte, la respuesta que obtengamos de la segunda pregunta está estrechamente vinculada con la primera, no obstante, resulta necesario hacerla para reiterar o clarificar que el término de comparación no puede hacerse a partir de generalizaciones y mucho menos extensivo, sino que debe establecerse a partir de hechos concretos y sus consecuencias jurídicas (una situación jurídica)<sup>645</sup>, pues es eso y no sólo la norma<sup>646</sup> que atribuye a un colectivo consecuencias jurídicas diversas lo que se debe tomar en cuenta<sup>647</sup>.

Pero además de que, como ya se ha insistido, involucrar la nacionalidad, el origen nacional de una persona como elemento de justificación para dar un trato diferente requiere siempre contestar de manera clara a la tercera pregunta, pues siempre se debe conocer con toda precisión cuál es la razón de mucho peso o que así se considera para hacer la diferenciación de trato que permite superar o, mejor dicho, no contravenir la prohibición constitucional y convencionalidad de discriminación.

Finalmente, la cuarta pregunta busca, como ya se ha señalado, que un análisis o escrutinio estricto responda de manera clara si se cumple con los adjetivos que califican a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ya que sólo de esa manera se puede satisfacer la rigurosidad de análisis que se exige con mayor certeza, porque de otra forma suele diluirse en la práctica o ante la abrumadora cantidad de cuestionamientos teóricos y académicos.

Con lo que, consideramos, si se desarrolla el análisis antes propuesto se podrá dar respuesta en cada caso, en cada supuesto a la pregunta con la cual se titula este apartado.

Si el entendimiento y configuración del (los) juicio(s) de razonabilidad y/(ó) igualdad fuera uniforme, claro y pacífico, lo que proponemos sin duda sería innecesario. Pero al no ser así, como

---

<sup>645</sup> Cfr. Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 71-72.

<sup>646</sup> *Ibidem.*, p. 72.

<sup>647</sup> Véase en ese sentido el voto particular que formula el Magistrado del Tribunal Constitucional de España, Luis Díez-Picazo a la Sentencia 34/1981, de 10 de noviembre de 1981, en la cuestión de inconstitucionalidad número 48/1981.

antes quedó establecido, nos sentimos en la necesidad de hacer la anterior propuesta. La cual, como todo, puede ser debatible y opinable, como debatible y opinable es (y ha sido a lo largo de la historia) en sí misma la idea de igualdad y no discriminación.

Pero si no empezamos con algo, ni intentamos algo diferente que busque reflejar de distinta forma lo que hoy sigue siendo un problema, si nos limitamos a repetir lo ya probado y fracasado en la realidad, ¿qué caso tiene dedicar los días al estudio de todo esto? “Tenemos que comenzar por algún lado”<sup>648</sup>.

---

<sup>648</sup> Fiss, Owen, “La respuesta: ¿una Tercera Reconstrucción?”, en Fiss Owen, *Una comunidad de iguales*, *op. cit.*, p. 124.

### **III. LIBERTAD PERSONAL. SUS RESTRICCIONES Y PRIVACIONES ADMISIBLES**

Una vez que hemos establecido la importancia de los principios de igualdad y no discriminación, así como el conjunto de derechos humanos que tienen y no tienen reconocidos las personas migrantes extranjeras y que, como fue señalado, el derecho a la libertad personal es uno de aquéllos derechos que se reconocen a toda persona; para cumplir con los objetivos de este trabajo resulta necesario establecer de la forma más clara posible qué implica esa libertad personal y cuál debe ser la forma en que ésta debe ser reconocida a las personas migrantes extranjeras, así como las formas en las cuales les puede ser limitada.

Especialmente, porque es ese derecho el que está en el centro del debate del objeto de este trabajo, al ser justamente la libertad personal la que se ve afectada cuando las personas migrantes extranjeras son llevadas a los que de manera genérica hemos denominado como centros de detención migratoria.

En ese sentido, a continuación buscaremos establecer, en primer lugar, qué se debe entender por libertad personal (3.1) cuando se piensa en el derecho reconocido en textos constitucionales y de tratados. Para después, conocer la forma en la cual está reconocido dicho derecho en la Constitución de España y las interpretaciones que de ello ha hecho el Tribunal Constitucional español (3.2), al igual que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y lo que respecto a éste ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (3.3), así como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las interpretaciones que de ésta ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (3.4), por lo que hace a los sistemas normativos que confluyen en el sistema jurídico español.

Posteriormente, haremos un ejercicio similar al anterior pero respecto a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en cuanto a la forma en la que se reconoce el derecho a la libertad personal y las interpretaciones que de éste ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación (3.5), así como lo contenido respecto a ese derecho en la Convención Americana sobre Derechos

Humanos y lo que ha establecido en ese ámbito la Corte Interamericana de Derechos Humanos (3.6).

Enseguida (3.7) se destacará el contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias, en cuanto a la libertad personal, al ser dos textos legales con posibilidad de aplicación en México y España. Para que con todo lo anterior podamos establecer cuáles son las características principales que tiene la libertad personal en los dos países que interesan en este trabajo y las formas en las cuales puede ser válidamente restringido de conformidad con los textos e interpretaciones antes señalados.

Casi para concluir, (3.8) con todo el análisis anterior, estableceremos la forma en la cual consideramos que debe ser denominada la afectación a la libertad personal que padecen las personas migrantes extranjeras que son llevadas a los genéricamente conocidos como centros de detención.

Y finalmente en este capítulo (3.9), estableceremos la forma en la cual se puede evaluar si la afectación (restricción) de un derecho humano es proporcional. Siendo ello especialmente relevante para el análisis que se desarrolla en este trabajo ya que aunque una afectación a la libertad personal pueda estar legalmente autorizada, para no ser arbitraria, entre otras evaluaciones a superar, debe ser proporcional.

### **3.1 Derecho a la libertad personal**

Para hablar de *libertad personal* lo primero que se debe hacer es llegar a un acuerdo terminológico que establezca a qué nos estamos refiriendo. Nuestra intención en ese sentido no es entrar a los muy ricos debates filosóficos y políticos que profundizan en todo aquello que puede significar la libertad del ser humano como tal y como sujeto político y social, de manera autónoma o como integrante de



un grupo social que puede ser minoritario o mayoritario en un determinado espacio geográfico o de manera global<sup>649</sup>.

Establecer un concepto unívoco de libertad no es sencillo, sino más bien casi imposible pues éste ha atraído más atención que ningún otro concepto en la historia del pensamiento político por ser una idea popular y ambigua<sup>650</sup>. Ello ha dado lugar a un gran número de definiciones y movimientos desde la antigua Grecia hasta el contemporáneo mundo occidental<sup>651</sup>, que suelen ser tomados (o impuestos) como los clásicos y más importantes referentes de conocimiento, aunque no necesariamente ello sea así.

Los debates y puntos de análisis sobre la libertad son de lo más diversos<sup>652</sup>. Uno simple pero que prueba lo difícil que es llegar a un entendimiento unívoco o generalizado lo es el debate relativo a si es lo mismo *freedom* que *liberty*<sup>653</sup>, otro lo es el que engloba los alcances y contenidos de lo que se conoce como libertad negativa y libertad positiva y las alternativas de éstas<sup>654</sup>. Siendo éstos tan sólo dos de los muchos debates que se han desarrollado en torno a la

---

<sup>649</sup> Véase: Berlin, Isaiah and Hardy, Henry, *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 2002; Pettit, Philip, *A Theory of Freedom: from the Psychology to the Politics of Agency*, Polity, Cambridge, 2001; Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*, pp. 97-154; Hirsch, N.H., *A Theory of Liberty: the Constitution and Minorities*, Routledge, New York, 1992; Miller, David (Ed.), *Liberty*, Oxford University Press, 1991.

<sup>650</sup> *Cfr.* Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>651</sup> *Cfr.* Gray Tim, *Freedom*, Issues in Political Theory, Humanities Press International-Atlantic Highlands, New Jersey-Singapore, 1991, pp. 1-6.

<sup>652</sup> Véanse, entre otros: Miller, David (Ed.), *Liberty*, *op. cit.*; Benn, Stanley, *A Theory of Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988; Flatham, Richard, *The Philosophy and Politics of Freedom*, Chicago University Press, Chicago, 1987; Oppenheim, Felix E., *Dimensions of Freedom*, St. Martin's Press, New York, 1961.

<sup>653</sup> Berlin, Isaiah and Hardy, Henry, *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, *op. cit.*, pp. 31-36; Hayek, F. A., "Freedom and Coercion", en Miller, David (Ed.), *Liberty*, *op. cit.*, pp. 80-88.

<sup>654</sup> *Cfr.* Pettit Philip, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 17-35; Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*, pp. 97-102; MacCallum, Gerald C. Jr., "Negative and Positive Freedom", en Miller, David (Ed.), *Liberty*, *op. cit.*, pp. 100-122; Taylor, Charles, "What's Wrong with Negative Liberty" en Rayan, A., *The Idea of Freedom*, Oxford University Press, 1979, pp. 175-193.

libertad como idea que incide en diferentes ámbitos de la existencia del ser humano, de los grupos, de las sociedades, de los países y las interrelaciones entre todos estos en momentos o situaciones determinadas.

Al superar a este trabajo todos esos debates en relación a la libertad y los múltiples ángulos desde los cuales puede ser analizada, nos dirigiremos sólo a intentar acordar desde el Derecho qué es lo que entendemos por *libertad personal*, con lo parcial e inacabado que ello pueda ser en el marco de los debates generales antes referidos.

Pero aun limitando el entendimiento al campo jurídico, de manera unida las palabras *libertad personal* bien podrían referirse al conjunto de aspectos relacionados con el desarrollo de la personalidad, creencias, ideas, movimiento, trabajo, relaciones, expresiones, identidades, y otras más que en este momento escapan a nuestra mente, ya que la idea de la *libertad personal* aun en el ámbito del Derecho se ve claramente influenciada por el ambiguo concepto general de libertad vinculado al ser humano<sup>655</sup>, lo que da una infinidad de posibilidades de análisis, como actividades pueda desarrollar el ser humano. Más cuando de acuerdo con la teoría constitucional clásica los derechos básicos son derechos de libertad de los que disfruta el individuo frente al Estado<sup>656</sup>.

Ante ello, debemos aislar aún más la idea de *libertad personal* para distinguirla de todas las libertades que de manera genérica podrían caber en ésta, pero que en el derecho han sido adjetivizadas para distinguir unas de otras al entenderlas como derechos subjetivos básicos/concretos y como moldes de condiciones de vida<sup>657</sup>.

De esa manera, aunque la libertad de expresión, libertad de circulación, libertad de asociación, libertad de pensamiento, etc.; podrían entrar en un entendimiento amplio de *libertad personal*, en el Derecho son libertades distintas aunque, como todo derecho

---

<sup>655</sup> Cfr. Burdeau, Georges, *Les libertés publiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1972, pp. 111-113.

<sup>656</sup> Cfr. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *State, Society and Liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law*, Berg, New York-Oxford, 1991, p. 179.

<sup>657</sup> *Ibidem*, p.184.

humano, interrelacionadas entre sí. Con lo que para diferenciar a la libertad personal de las otras libertades, en el Derecho se le vincula con una parte concreta de la libertad ambulatoria<sup>658</sup>-física de la persona en cuanto ser corporal<sup>659</sup>, con la libertad de movimiento efectivo de la persona<sup>660</sup>.

Así, desde el ámbito jurídico parece más sencillo alcanzar un concepto más preciso por el uso cotidiano de las palabras *libertad personal* en toda enumeración que se hace de los derechos humanos reconocidos a toda persona<sup>661</sup> (derecho a la libertad personal/*right to liberty of person*). No obstante ello, tampoco es tan simple ya que la gran mayoría de las veces, sino que casi en su totalidad, los diversos estudios jurídicos existentes que analizan dicho derecho dan por obvio su entendimiento<sup>662</sup> sin ofrecer una definición o bien lo definen negativamente<sup>663</sup>, esto es, a partir de establecer qué no es *libertad personal* y no, qué sí es.

Son escasísimos los intentos de acotación y definición de lo que es la libertad personal. Por lo general, tanto los manuales como las monografías y los artículos en revistas especializadas suelen omitir dicha información<sup>664</sup>. Y peor aún, en general son pocos los estudios

---

<sup>658</sup> Cfr. Banacloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGrawHill, Madrid, 1996, pp. 3- 21.

<sup>659</sup> Cfr. Pace, Alessandro, *Problemática delle libertà costituzionali, Parte Generale*. CEDAM, Padova, 1990, pp. 50-51.

<sup>660</sup> Cfr. Faundez Ledesma, Héctor, “El derecho a la libertad y seguridad personal”, en *Lecturas Constitucionales Andinas*, No.1, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1991, pp. 144-145.

<sup>661</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol. XIII, Valdivia, diciembre 2002, p. 161.

<sup>662</sup> Véase, por ejemplo: Edwards, Alice, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and ‘Alternatives to Detention’ of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, 2011, pp. 17-19.

<sup>663</sup> Cfr. García Morillo, Joaquín, *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch-Universitat de Valencia, Valencia, 1995, pp. 30-32.

<sup>664</sup> *Ibidem.*, p.27.

que se ocupan del análisis de la *libertad personal*<sup>665</sup>, siendo especialmente evidente ello en el caso de México y el conjunto de países latinoamericanos, en donde es muy complicado encontrar documentos que hagan desarrollos de manera detallada de dicho derecho humano más allá de análisis jurisprudenciales.

Algunos de los mejores esfuerzos por definir de manera positiva a la libertad personal establecen que es un derecho fundamental y componente esencial de los sistemas legales para el disfrute del Estado de Derecho<sup>666</sup>. Con lo que sólo ponen énfasis en su importancia y la forma en la cual debe ser entendido, pero no más.

Como ya lo decíamos, lo común es encontrar definiciones negativas<sup>667</sup> y estudios relativos a los actos y conductas que son contrarias a la *libertad personal*. Así, para hablar de la *libertad personal* se hace referencia de manera generalizada a la detención, detención arbitraria, arresto, prisión provisional, prisión y demás figuras jurídicas que en cada país se han incluido en las leyes, las constituciones y en los tratados, para obligar a una persona a permanecer en un determinado lugar bajo la vigilancia de alguna autoridad<sup>668</sup>.

---

<sup>665</sup> *Idem.*

<sup>666</sup> Cfr. Edwards, Alice, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>667</sup> Cfr. Martínez Pardo, Vicente José, “El derecho a la libertad y posible restricción a través de la detención”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 60, No. 2018, 2006, p. 3233.

<sup>668</sup> Véase, por ejemplo: Rebato Peño, Ma. Elena, *La detención desde la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006; Macken, Clarie, “Preventive Detention and the Right of Personal Liberty and Security under the International Covenant on Civil and Political Rights”, en *Adelaide Law Review*, No. 26, 2005, pp. 2-28; González Volio, Lorena, “El derecho a la libertad personal: respuestas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, Tomo II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, pp. 181-240.

De esta manera y de forma fácil, cuando se intenta dar una definición, se dice que la *libertad personal* es no estar detenido<sup>669</sup>, no ser arrestado<sup>670</sup>. Siendo la detención el término genérico y más generalizado que se utiliza en contraposición a *libertad personal*.

Eso ocurre en gran medida en razón de que prácticamente todas las normas constitucionales<sup>671</sup> y de derechos humanos<sup>672</sup> que reconocen la *libertad personal* no dan una definición de ésta, ni establecen las acciones o actividades concretas que protege, sino que prohíben que sea afectada si no se cumplen condiciones específicas; por lo que después de establecer que nadie puede ser privado de la libertad salvo por determinadas causas y condiciones que deben estar establecidas previamente en ley (ley entendida en un sentido amplio que puede incluir incluso a la Constitución), enlistan en algunos casos los supuestos en los cuales se puede afectar de cumplirse con dichas condiciones, siendo un término recurrente en esos listados el de detención. Con lo que, ante la dificultad de establecer qué es la libertad personal, el decir qué no es o qué es lo que la afecta se ha generalizado como la forma más sencilla de definirla<sup>673</sup>.

---

<sup>669</sup> Cfr. Morange, Jean, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Press Universitaires de France, París, 1985, p. 119; Rebato Peño, Ma. Elena, *La detención desde la Constitución*, op. cit., p. 27.

<sup>670</sup> Cfr. García Morillo, Joaquín, *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, op. cit., p. 31; Mortati, Constantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Vol. II, CEDAM, Padova, 1969, p. 565.

<sup>671</sup> Véase artículo 17 de la Constitución de España y artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>672</sup> Véase artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 16 del Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

<sup>673</sup> Véase, por ejemplo: *Guide on Article 5 of the Convention. Right to Liberty and Security*, Council of Europe-European Court of Human Rights, Strasbourg, 2014, disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_5\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf) ó *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, C.R., 2010, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26393.pdf> (consultados el 10 de julio de 2015).

Si lo importante fuera simplemente el obtener una definición, hacerlo de esa forma no estaría del todo mal. El problema de ello es que si para definirla decimos lo que no es, debemos decir todo lo que no es, esto es, todos los supuestos en los cuales no estamos en presencia de la libertad personal o en los que ésta está siendo afectada, en dónde están los límites de la intervención del legislador bajo el derecho constitucional<sup>674</sup> para incidir en esa libertad física-ambulatoria.

Siendo especialmente relevante porque, por ejemplo, la utilización de la detención como la cara opuesta a la libertad personal ha planteado el debate relativo a si es ésta la única forma autorizada de incidir en la *libertad personal*<sup>675</sup>. Y con ello, si la detención es la única privación de la libertad personal permitida, si tan sólo es una de las autorizadas o si es una restricción de ésta<sup>676</sup>. Esto es, si de acuerdo a su temporalidad y fines se puede graduar y a partir de ello establecer si se trata de una restricción o una privación de la libertad personal.

Además de lo anterior, la utilización del término detención ha dado origen también a un debate relativo a si ésta sólo se puede dar en materia penal o con fines dentro de ese ámbito, o si dicho término y lo que significa puede ser utilizado en otros ámbitos del Derecho<sup>677</sup>, especialmente por la relevancia de las garantías que deben otorgarse al colocarse en ese supuesto<sup>678</sup>. Se ha pensado de igual forma si la detención es el extremo en materia penal y los puntos intermedios de ésta se pueden presentar en otras ramas del Derecho dándoles una denominación diferente como arresto, internamiento, retención,

---

<sup>674</sup> Cfr. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *State, Society and Liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law*, op. cit., p. 181.

<sup>675</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación general N° 8 Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9)*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 30 de junio de 1982, párr. 1.

<sup>676</sup> Véase parte del debate en ese sentido en España en: Banacloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, op. cit., pp. 121-132.

<sup>677</sup> *Idem*.

<sup>678</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación general N° 8 Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9)*, op. cit., párr. 1.

alojamiento y otras que al menos terminológicamente parecen menos invasivas de la libertad personal al no tratarse de una detención con toda la carga y connotación que ello puede tener<sup>679</sup>.

Pero, en todo caso, al entrar en esos debates se deja de lado lo que se entiende por *libertad personal* y sólo se discuten las denominaciones, intensidades temporales y justificaciones — normalmente respaldadas en los también amplios y ambiguos conceptos de seguridad, orden público e interés general—, que autorizan que además de la detención y el arresto, puedan existir otras conductas admisibles para afectar la libertad personal.

Un esfuerzo hecho recientemente para definir la privación de libertad de manera amplia pero comprensiva de los diversos supuestos que puede incluir señala que es: “el confinamiento impuesto por la fuerza dentro de un espacio cerrado durante cualquier periodo de tiempo”<sup>680</sup>. Lo cual sigue en parte lo que el TEDH ha establecido desde el año 2005 como los elementos objetivo y subjetivo a partir de los cuales se puede determinar si hay una pérdida de libertad personal: (o) confinamiento en un espacio restringido por un no despreciable periodo de tiempo y, (s) el detenido no debe haber consentido válidamente el confinamiento en cuestión<sup>681</sup>.

Definiciones y elementos de definición que no dejan de partir de lo que no es la libertad personal y que, por inclusivos que quieren ser, sólo piensan en las intervenciones en las que no hay voluntad o son hechas por el Estado, con lo que se dejan de lado supuestos en los que sí existe voluntad y que no por ello pueden quedar excluidos de

---

<sup>679</sup> Cfr. Rebato Peño, Ma. Elena, *La detención desde la Constitución*, op. cit., p. 30.

<sup>680</sup> Flynn, Michael, “Who Must Be Detained? Proportionality as a Tool for Critiquing Immigration Detention Policy”, in *Refugee Survey Quarterly*, Oxford Journals, Vol. 31, No. 3, September 2012, p. 6.

<sup>681</sup> Cfr. Harris, D.J., O’Boyle, M.O., Bates, E.P., Buckley C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, Second edition, Oxford University Press, 2009, p. 123.

un análisis constitucional<sup>682</sup>. De estas últimas definiciones lo más destacado en nuestra opinión es que introducen el elemento temporal de manera expresa, lo cual puede ser un aspecto importante para distinguir entre restricciones y privaciones.

Ante ese panorama, en un intento para comprender qué es la *libertad personal*, que sí es y, a partir de ello, tratar de establecer cuándo estaríamos en presencia de una restricción y cuándo de una privación de ésta, además de determinar si es posible que reciban diversas denominaciones esas restricciones y privaciones; podemos decir que la *libertad personal* es el *derecho humano reconocido a toda persona para desplazarse y/o salir en cualquier momento de un lugar determinado en el que se encuentra de manera voluntaria u obligada, se conozca o no por esa u otras personas la ubicación de ese lugar*.

Con lo que, si volvemos a las definiciones negativas, no habrá o se estará afectando el derecho a la libertad personal cuando a una persona se le impida o prohíba desplazarse y/o salir de un lugar determinado en el que se encuentre de manera voluntaria<sup>683</sup> u obligada, por cualquier espacio de tiempo, se conozca o no la ubicación del lugar. Siendo importante este último elemento cuando se piensa especialmente en los casos de desaparición forzada y secuestro que son típicamente diferentes a otras afectaciones a la libertad personal.

La definición propuesta puede ser muy cuestionada por su amplitud e incluso por su falta de sustento, especialmente porque será difícil compararla con algún otro esfuerzo similar. En todo caso, lo que debe quedar claro es que ésta pretende reflejar en toda su magnitud a la libertad personal y, por tanto, incluir todos los supuestos en los que consideramos se puede manifestar y, en esa medida, ver afectada, independientemente de la forma en la cual se le denomine a esa afectación, el tiempo en el que se desarrolle y el lugar en el

---

<sup>682</sup> Cfr. Hewitt, D., “The implications of the Human Rights Act 1998 for the removal and detention of persons in need of care and attention”, en *Public Health*, Vol. 116, Issue 2, March 2002, pp. 120-125.

<sup>683</sup> Cfr. Casal Hernández, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 49-53.



que se lleve a cabo. No para que haya más supuestos en los que se autorice restringir, limitar o incidir en la libertad personal, sino para destacar todas las situaciones que pueden afectar a ésta<sup>684</sup> con independencia de que sean o no enumerados legalmente.

Otro problema evidente de la definición propuesta tiene que ver con dónde inicia y dónde termina la libertad personal. Esto porque es común, por ejemplo, confundir<sup>685</sup> y comparar la libertad personal con el derecho o *libertad de circulación*<sup>686</sup> por la afectación que tiene el derecho de toda persona a moverse, desplazarse o trasladarse de un lugar a otro.

Sin embargo, la diferencia esencial entre ambos es que la libertad de circulación implica el poder ir y regresar, sólo ir o sólo regresar, por lo que se requieren dos lugares o puntos de referencia determinados, mientras que en la libertad personal uno es el relevante. En la circulación el medio y la vía en que se haga asumen un papel relevante<sup>687</sup>, en la libertad personal eso no tiene importancia. Con lo que, evidentemente, hay una conexión innegable pero también claras diferencias espaciales y volitivas.

Lo anterior no siempre es fácil de distinguir, ya que su representación gráfica y elementos caracterizadores son muy similares, pero también porque históricamente han estado íntimamente conectadas hasta que paulatinamente las libertades de circulación y residencia han ido emancipándose de la libertad personal para poner de manifiesto un ámbito específico en el cual las personas también deben ser protegidas contra ciertas actuaciones de los poderes públicos<sup>688</sup>.

---

<sup>684</sup> Véase, por ejemplo, Hewitt, D., “The implications of the Human Rights Act 1998 for the removal and detention of persons in need of care and attention”, *op. cit.*, pp. 120-125.

<sup>685</sup> *Cfr.* Nogueira Alcalá, Humberto, “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, *op. cit.*, pp. 161-162.

<sup>686</sup> *Cfr.* García Morillo, Joaquín, *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, *op. cit.*, pp. 34-36.

<sup>687</sup> *Cfr.* De Siervo, U., “Soggiorno, Circolazione, Emigrazione (Libertà di)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo XVII, UTET, Turín, 1970, pp. 820-821.

<sup>688</sup> *Cfr.* González-Trevijano Sánchez, Pedro José, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 25, 26 y 56.

Diferencias que especialmente nos interesa resaltar, al no sólo ser dos derechos diferentes<sup>689</sup>, sino también dos acciones distintas y, por tanto, si se les restringe, el análisis de ello se debe hacer en lo individual y atendiendo al fin y características de cada uno. No es y nunca será lo mismo restringir la libertad de circulación que la libertad personal. Una afectación a la libertad de circulación no puede convertirse también o al mismo tiempo en una afectación a la libertad personal, a pesar de que una afectación a la libertad personal sí conllevar casi siempre al mismo tiempo una afectación a la libertad de circulación<sup>690</sup>. Esto, porque tal y como lo ha establecido la CoIDH “cuando es vulnerad[a la libertad personal], genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal”<sup>691</sup>.

Lo anterior es especialmente relevante cuando se analizan temas migratorios y de extranjería, ya que como quedó establecido en el capítulo anterior, las personas migrantes extranjeras no tienen reconocido el derecho a entrar a un país del cual no son nacionales (en todo caso se les otorga), como una clara limitación a la libertad de circulación, pero eso en ningún caso significa que no tengan reconocida la libertad personal o que ésta les puede ser afectada *per se* por la falta de reconocimiento de la otra. Tema de especial relevancia.

Por el objeto de este trabajo no es posible seguir a fondo con otros aspectos particulares de la libertad personal como derecho que resultan de gran importancia, tal y como lo podría ser, por ejemplo, que comúnmente al ser reconocida como derecho humano va acompañada de la *seguridad personal*. La cual, según se la opinión que se estudie<sup>692</sup> es entendida como un derecho independiente<sup>693</sup> o

---

<sup>689</sup> Cfr. *Ibidem.*, p. 56; Banaocloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, op. cit., p. 53.

<sup>690</sup> Cfr. González-Trevijano Sánchez, Pedro José, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, op. cit., p. 55

<sup>691</sup> Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, No. 152, párr. 87.

<sup>692</sup> Cfr. Casal, Jesús María, “Artículo 7. Derecho a la libertad personal”, en Steiner Christian y Uribe Patricia (Coords.), *Convención Americana sobre*

como una característica que siempre acompaña a la libertad personal<sup>694</sup>, pero que de una u otra forma de manera amplia ha sido entendida como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física<sup>695</sup> o psicológica<sup>696</sup>.

Por lo que ante esa imposibilidad de desarrollar a mayor profundidad algunos otros debates y una vez que ha sido planteada la dificultad de su definición en sentido positivo a partir de establecer que es y no sólo que no es la libertad personal, para los fines de este trabajo lo que resulta de interés es el determinar cómo se reconoce el derecho a la libertad personal en los sistemas jurídicos que convergen en México y España, respectivamente. Así como establecer de manera concreta cuáles son los supuestos autorizados constitucional, convencional y legalmente para incidir en la libertad personal en ambos países.

Para ello, acudiremos directamente a los textos normativos y a las interpretaciones que de éstos han hecho los principales órganos jurisdiccionales de España y México, así como los tribunales internacionales de derechos humanos con influencia en cada uno de los dos países. El análisis partirá de la norma constitucional y de tratados que cada órgano tiene a su cargo como intérprete último o supremo, para posteriormente fijar los supuestos que se consideran

---

*Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, Bolivia, 2014, p. 184.

<sup>693</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco, “El derecho a la libertad y a la seguridad personal en España”, en *Ius et Praxis*, Vol. 5, No. 1, Universidad de Talca, 1999, p. 19, Pérez Serra, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984, p. 608.

<sup>694</sup> Cfr. Martínez Pardo, Vicente José, “El derecho a la libertad y posible restricción a través de la detención”, *op. cit.*, p. 3235; García Morillo, Joaquín, *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>695</sup> Cfr. Casal H., Jesús M., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.; Banacloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, *op. cit.*, p.55.

<sup>696</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, CCPR/C/GC/35, de 16 de diciembre de 2014, aprobada en el 112º periodo de sesiones, párr. 9.

válidos para restringir o privar de la libertad en cada sistema normativo.

Ello servirá para determinar si la detención y demás términos que se utilizan en contraposición a la *libertad personal* son exclusivos del ámbito del Derecho Penal o si pueden extenderse a otras ramas del Derecho. En nuestra opinión, sin que ello signifique conclusión alguna, por la importancia que tiene la *libertad personal* sólo debería ser admisible su afectación en materia penal por ser ésta el grado máximo y último con el que cuenta el Estado para sancionar conductas que afecten otros derechos o intereses de la sociedad<sup>697</sup>. Y excepcionalmente, en otros ámbitos, como en el Derecho Administrativo, pero como una restricción, nunca como una privación de la libertad personal<sup>698</sup>.

En ese sentido, también tendremos que distinguir entre restricciones y privaciones de la libertad personal, a fin de determinar si la diferencia entre éstas está en la temporalidad, en el conjunto de derechos que de manera colateral también se pudieran ver afectados o, tal vez, de la rama del Derecho en que pretendan aplicarse a partir del mandato constitucional o convencionalmente establecido.

Por lo que en ese orden de ideas, será importante también distinguir y establecer si leyes con inferior jerarquía normativa que la Constitución y los tratados de derechos humanos, para los casos de México y España, pueden ir más allá de los supuestos establecidos en dichos cuerpos normativos para restringir o privar de la libertad personal al contener todas las normas que reconocen este derecho humano remisiones a la ley para establecer los casos, formas, causas, motivos o condiciones en que se puede privar de la libertad personal, independientemente del término que se utilice para identificar a una determinada privación de libertad (detención, arresto, arraigo, internamiento, prisión, etc.).

Así las cosas, a continuación desarrollaremos lo antes señalado, a fin de determinar cuáles son las restricciones y privaciones válidas

---

<sup>697</sup> Cfr. Cassese, Antonio, *Inhuman States. Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today*, Polity Press, Cambridge, 1996, p.130.

<sup>698</sup> Las diferencias entre *restricción* y *privación* de la libertad personal las establecemos más adelante, véase *infra* 3.8.

que tiene el derecho de toda persona para desplazarse y/o salir en cualquier momento de un lugar determinado en el que se encuentra de manera voluntaria u obligada, se conozca o no por esa u otras personas la ubicación de ese lugar, mejor conocido como derecho a la *libertad personal*.

### **3.2 Libertad personal en la Constitución española y en las interpretaciones del Tribunal Constitucional de España.**

Para establecer los parámetros que se han considerado admisibles para restringir o privar de la libertad a una persona en España, lo primero que debemos hacer es identificar la norma constitucional que reconoce la *libertad personal*, los supuestos constitucionalmente admisibles para incidir en ésta y posterior a ello, cuáles son los parámetros que respecto a ese derecho ha fijado el máximo intérprete constitucional español.

De esta manera, es el artículo 17 de la Constitución española (CE) el que reconoce la *libertad personal*, aunque lo hace de manera genérica como libertad<sup>699</sup> en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley.
2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus

---

<sup>699</sup> Referencia genérica de la *libertad* también se encuentra en el preámbulo, en los artículos 1.1 (valor superior del ordenamiento jurídico) y 9.2 (obligación dirigida a los poderes públicos para que la promuevan y sea real y efectiva).

derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de hábeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

Del contenido de esa norma constitucional, para los fines de este análisis, en principio podemos entender que el derecho se reconoce a *toda persona* y que son admisibles:

- i. La privación de libertad. Si se hace observando:
  - lo establecido en el artículo 17 constitucional y
  - en los casos y en la forma previstos en la ley.
- ii. La detención preventiva. Siempre que dure el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
- iii. La prisión provisional. La ley determinará el plazo máximo de duración de ésta.

Pero el artículo 17 de la Constitución española no es el único artículo que hace referencia a la libertad personal, con lo que al ser un sistema normativo debemos observar todo el contenido de ésta para alcanzar una interpretación integral del derecho y sus afectaciones admisibles constitucionalmente.

En ese sentido, resulta relevante, en primer lugar, el contenido del artículo 25 constitucional que se refiere a las *penas privativas de libertad* y las *medidas de seguridad*, así como a la *pena de prisión* y la prohibición a la Administración civil de imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

Siendo relevante lo anterior en la medida de que la privación de libertad está expresamente prohibida como sanción para la Administración civil<sup>700</sup> y que, de conformidad con ese artículo 25, sólo es una medida prevista constitucionalmente como pena. Esto es, que la Constitución española sólo hace mención de la *privación de libertad* en materia penal, por lo que, cuando el artículo 17 constitucional establece que la privación de la libertad se puede dar en los casos y en la forma previstos en la ley, la primera “ley” que debe observarse es el artículo 25 constitucional y, por tanto, la única ley que podrá prever privaciones de libertad es la ley en materia penal/criminal, por ser el único ámbito admitido para la imposición de sanciones (penas) de ese tipo<sup>701</sup> que son el máximo y último medio que todo Estado tiene para reprimir conductas consideradas ilícitas<sup>702</sup>.

Aunque también es cierto que una lectura de los referidos artículos que poca importancia le dé a todo lo que significa la *libertad personal* y prefiera dejar abierta la posibilidad de una mayor intervención de los poderes públicos en ésta o lo haga de manera

---

<sup>700</sup> Para llevar a cabo dicha interpretación, ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3, al señalar que la *Administración Civil* no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad (STC-18/1981 de 8 de junio, FJ. 2).

<sup>701</sup> Cfr. Rodríguez Ramos, Luis, *La detención*, Akal, Madrid, 1987, pp. 15 y 53; Gimeno Sendra, Vicente, *El proceso de habeas corpus*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 19, 27, 30 y 31.

<sup>702</sup> Parece lógico que: a. Sólo en el ámbito penal se establecen penas; b. La constitución sólo prevé penas privativas de libertad; c. La constitución prohíbe a la administración civil imponer sanciones privativas de libertad; Por tanto: La única forma autorizada de privar de la libertad es por medio de penas en el ámbito criminal. Especialmente si se entiende que la pena y la sanción, respectivamente, son el extremo máximo de la intervención del Estado en la libertad personal. Nuestra posición posiblemente se entienda de mejor forma si se comprende la diferencia que hacemos entre privación y restricción de la libertad (*infra* 3.8).

aislada del artículo 17, bien podría afirmar que independientemente del contenido del artículo 25 constitucional, por mandato del artículo 17 y de conformidad con éste, cualquier otra ley y no sólo la de naturaleza penal podría establecer medidas de privación de libertad en tanto no sean una sanción<sup>703</sup>. Lectura que no compartimos por la importancia que debe dársele a la libertad personal y porque la Constitución debe ser leída sistemáticamente en favor de la libertad<sup>704</sup>, buscando siempre la menor afectación de ésta, si en verdad se quiere interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de libertad<sup>705</sup>.

Con lo que al parecer, para otros ámbitos y para el propio penal sólo cabría la posibilidad de la *detención preventiva* o algún otro tipo de *detención* que en ningún caso podría llegar a representar una privación de libertad, sino tan sólo una *restricción* de ésta. Conclusión que como más adelante se verá no ha sido del todo compartida por el TCE en su jurisprudencia al abrir éste a más supuestos la privación de libertad.

Pero tampoco es una conclusión compartida mayoritariamente por la doctrina española<sup>706</sup>, sino sólo por una parte de ésta que al igual

---

<sup>703</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco, “El derecho a la libertad y a la seguridad personal en España”, *op. cit.*, pp. 21-32.

<sup>704</sup> La intención de limitarlo al ámbito penal se puede ver también en el hecho de que durante la tramitación del artículo 17 de la Constitución española de 1978 (originalmente 16), se presentó una propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista, solicitando la sustitución de la expresión “más que en los casos previstos por la ley y en la forma que ésta disponga” por esta otra “más que por causa de delito y en la forma que la ley disponga”. Lo que refleja también en nuestra opinión la voluntad que se tenía por el constituyente para expresamente limitarlo al ámbito penal.

<sup>705</sup> Cfr. Tribunal Constitucional de España, STC-112/1988 de 8 de junio, fundamento jurídico 3.

<sup>706</sup> Véase, entre otros: Herrero Herrero, César, “Detención procesal y detención-operativa”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, No. 1519, de 25 de febrero de 1989, pp. 828-840; López Ortega, Juan José, “La detención del indocumentado”, en *Poder Judicial*, junio 1992, pp. 153-157; De Llera Suárez-Bárcena, Emilio, “La Policía Judicial y la seguridad ciudadana”, en *Poder Judicial*, septiembre de 1993, pp. 107-122; Martínez Pardo, Vicente José, “El derecho a la libertad y posible restricción a través de la detención”, *op. cit.*, pp. 3233-3234.



que nosotros considera que la *privación de libertad* debería estar reservada exclusivamente al ámbito penal, a los supuestos establecidos en la Constitución<sup>707</sup> y sólo a las más graves conductas que así lo ameritaran, no a cualquiera.

Pero además de ello, el artículo 55 de la Constitución española incluye dos supuestos específicos que resultan en excepciones constitucionales al contenido del artículo 17 constitucional. La primera, es que sin posibilidad de dejar de observarse los derechos con los que cuenta toda persona al ser detenida contenidos en el apartado 3 del referido artículo 17, el derecho a la *libertad personal* puede ser suspendido cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la propia Constitución<sup>708</sup>. No se especifica si ello puede consistir en una detención o en una privación de libertad, esto es, en el grado de afectación que puede sufrir la libertad personal en esos excepcionales y extremos supuestos. Pero expresamente está autorizado por la Constitución.

Y el apartado 2 del referido artículo 55 constitucional prevé una excepción al plazo (72 horas) contenido en el artículo 17.2 constitucional para la *detención preventiva* al establecer que éste puede ser suspendido para personas determinadas, en relación con

---

<sup>707</sup> Cfr. Córdoba Roda, Juan, “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, en *Revista de Sociología*, Vol. 13, Universitat Autònoma de Barcelona, 1980, p. 132; Queralt Jiménez, Joan Josep, “La retención policial es una detención inconstitucional”, en *Actualidad Penal*, No. 2, 1989, pp. 2091 a 2095; Díaz Méndez, Nicolás, “Libertad, prisión, detención, retención y presentación”, en *Actualidad Penal*, No. 1, 1990, pp. 103 a 117; Andrés Ibáñez, Perfecto, “Viaje a la prehistoria de las garantías: la modernización de la Ley Corcuera”, en *Revista de Jueces para la Democracia. Información y Debate*, No. 13, 2/91, 1991, pp. 2 a 12; Rodríguez Ramos, Luis, “Libertad, detención y prisión preventiva: (reflexiones críticas sobre la deficiente vigencia real y efectiva del art. 17 de la Constitución)”, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pp. 407 a 431; Portilla Contreras, Guillermo, “Limitación y restricción de la libertad personal”, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XV, Vol. 1, Madrid, 1994, pp. 171; Gimbernat Ordeig, Enrique, “Sobre la retención policial”, en *Revista de Derechos Público*, EDERSA, Tomo XV, Vol. I, Madrid, p. 206; entre otros.

<sup>708</sup> Véase artículo 116 de la Constitución y Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Lo cual, en todo caso, se debe hacer por medio de ley orgánica en la que se determine la forma y los casos en los que, de manera individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario ello se pueda llevar a cabo. Con lo que, nuevamente, parecería que la única excepción constitucional para no observar el plazo máximo de 72 horas para la detención preventiva está prevista en relación a casos extremos en materia penal, pero no en otros supuestos ni ámbitos legales<sup>709</sup>. Excepción que tampoco ha estado exenta de críticas por parecer excesiva<sup>710</sup>.

Con todo lo anterior, y sin tomar en cuenta que el artículo 10.2 de la Constitución española<sup>711</sup> establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España<sup>712</sup>, de una lectura sistemática de las normas contenidas sólo en dicha Constitución y entendiendo que éstas deben interpretarse restrictivamente para favorecer la regla general de la libertad, se

---

<sup>709</sup> Cfr. Virgala Foruria, Eduardo, “La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, No. 40, enero-abril 1994, pp. 61-132.

<sup>710</sup> Cfr. Miravent Hombrados, Miguel, “El derecho a la libertad personal y sus limitaciones”, en *Estudio comparado sobre la privación de libertad en Europa*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1991, p. 11.

<sup>711</sup> Para un completo análisis del referido artículo véase: Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, op. cit.

<sup>712</sup> La utilización del contenido de los tratados de derechos humanos en la interpretación constitucional es muy importante y en lo personal siempre estaremos en favor de su utilización como normas internas que son al haber sido ratificadas e incorporadas en el sistema jurídico nacional. Sin embargo, para los estrictos fines de este apartado las hacemos a un lado a fin de mostrar lo que aporta en estricto sentido el texto constitucional de España sin la influencia de los tratados, para que, posteriormente ya en conjunto se pueda entender todo el sistema normativo nacional conformado tanto por normas de origen nacional como de origen internacional y las formas en que ha sido interpretado.

puede afirmar que el derecho a la *libertad personal* en España se configura de la siguiente forma:

- Está reconocido a toda persona
- Puede ser suspendido en casos de estado de excepción o de sitio declarado de conformidad con la Constitución, salvo en lo referente a que:
  - Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención.
  - Ninguna persona puede ser obligada a declarar.
  - Toda persona detenida debe contar con asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales.
  - Sólo se puede privar de la libertad en los casos y la forma previstos en la ley de naturaleza penal<sup>713</sup>.
  - Está prohibida la privación de libertad como sanción en la Administración civil.
  - La detención preventiva debe durar el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial, salvo en investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas en los que se puede suspender por ley orgánica dicho plazo.
  - La prisión provisional estará autorizada por el plazo que la ley de naturaleza penal determine.

No obstante lo anterior, el TCE desde su sentencia STC-41/1982 de 2 de julio, pasando, entre otras más, por las STC-178/1985 de 19 de diciembre, STC-120/1990 de 27 de junio, la muy conocida STC-341/1993 de 18 de noviembre, y posteriormente las sentencias STC-174/1999 de 27 de septiembre, STC-169/2008 de 15 de diciembre,

---

<sup>713</sup> Posición que como antes quedó establecido comparten, entre otros: Gimeno Sendra, Rodríguez Ramos, Queralt Jiménez o Portilla Contreras (*supra* nota 707).

STC-42/2015 de 2 de marzo; no ha llegado a la misma conclusión que nosotros al ampliar, en nuestra opinión, las posibilidades y formas de detención y privación de libertad que caben en el texto constitucional español.

La razón principal de esa diferencia consideramos que se debe a que, en primer lugar, el Tribunal Constitucional ha utilizado el término privación de libertad como género en el que se puede incluir, por ejemplo, las especies: prisión preventiva, detención o retención<sup>714</sup>. Haciéndolo de esa forma porque el primer párrafo del artículo 17 constitucional, después de reconocer el derecho a la libertad y seguridad, habla de la privación de libertad como género para poder hacer extensiva la garantía de reserva de ley a cualesquiera forma de afectación de la libertad personal<sup>715</sup>.

Mientras que nosotros entendemos a la privación de libertad *strictu sensu* como la máxima afectación que puede resentir la libertad personal, diferenciándola de otras menores que sólo serían restricciones como lo es la detención. Y lo hacemos de esa forma, porque el primer párrafo del artículo 17 incluye un supuesto específico (con sus garantías) en el que se admite constitucionalmente afectar la libertad personal —precisado en el artículo 25 constitucional—, distinto al de los párrafos 2 y 4<sup>716</sup> que también contienen su garantía específica de reserva de ley (en los términos que establezca la ley y por ley se determinará), más otras del 3er párrafo. Entendiendo que el primer párrafo no es introductorio de una enumeración, sino un supuesto específico e independiente<sup>717</sup>. Opinión que otros no comparten<sup>718</sup>.

---

<sup>714</sup> Cfr. Rebato Peño, Ma. Elena, *La detención desde la Constitución*, op. cit., p.33.

<sup>715</sup> Cfr. López Aguilar, Juan Fernando, “La reserva constitucional de ley en materia penal. Ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 33, 1991, pp. 26 y 27.

<sup>716</sup> Cfr. García Morillo, Joaquín, *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, op. cit., pp. 45-46.

<sup>717</sup> Cfr. Portilla Contreras, Guillermo, “Limitación y restricción de la libertad personal”, op. cit., pp. 189-191.

<sup>718</sup> Por ejemplo, los antes citados: López Aguilar y García Morillo.

En segundo lugar, porque vinculado estrechamente con lo anterior, el TCE hace uso de los términos detención, retención, restricción y privación de la libertad sin distinción alguna<sup>719</sup>, con lo que en una misma sentencia se pueden encontrar cualquiera de esos términos para hacer referencia a una misma situación<sup>720</sup>, lo que sin duda hace más complejo el entendimiento<sup>721</sup> y abre posibilidades para que conductas que afecten la libertad personal se consideren constitucionalmente admisibles incluso con una débil o contradictoria argumentación<sup>722</sup>. Mientras que nosotros si buscamos distinguir entre cada uno de los términos a fin de dar claridad al grado de afectación que se produce en la libertad personal.

De ahí que entendamos que privación de libertad *strictu sensu* (máxima intervención) sólo pueda aplicarse en el ámbito penal. A pesar de que existen voces que nos han invitado a reflexionar sobre el sentido de esa medida<sup>723</sup> o que cuestionan incluso en esos ámbitos su aplicación<sup>724</sup>. Lo que nos coloca en una posición

---

<sup>719</sup> Cfr. Rebato Peño, Ma. Elena, *La detención desde la Constitución*, op. cit., p. 32. Véase como ejemplo de ello la STC-169/2008, de 15 de diciembre, en su fundamento jurídico 4, que se utiliza detención y privación de libertad indistintamente.

<sup>720</sup> Ejemplo de ello se puede leer en la STC-178/1985, de 19 de diciembre, fundamento jurídico 3º, en donde utiliza indistintamente el Tribunal Constitucional: detención, restricción y privación de libertad.

<sup>721</sup> El Magistrado González Campos en su voto particular en la STC-341/1993 ya ponía de manifiesto esa situación. Sin embargo, en la STC-42/2015 de 2 de marzo, que es la última relacionada con el derecho a la libertad personal a la que se tuvo acceso para la elaboración de este trabajo, el Tribunal Constitucional continúa utilizando indistintamente privación de libertad y detención.

<sup>722</sup> Cfr. Banacloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, op. cit., pp. 65 y 141.

<sup>723</sup> Véase, por ejemplo: Goffman, Erving, *Internados*, Amorrourtu Editores, Buenos Aires, 1972; Austin McCormick, “The Prison's Role in Crime Prevention”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 41, Issue 1, 1950, pp. 36-48.

<sup>724</sup> Véase en relación a ese debate y posición, entre otros: Larrauri, Elena, “Criminología crítica: Garantismo y Abolicionismo” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo. 50, No. 1, 1997, pp. 133-168; Larrauri, Elena, “Abolición del derecho penal: propuestas del movimiento abolicionista”, op. cit., pp. 101-127.

intermedia (¿conservadora?) al considerarla admisible sólo en las cuestiones criminales<sup>725</sup>.

Fue con el análisis constitucional del artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>726</sup>, donde lo antes señalado se puso especialmente de manifiesto, ya que dicho artículo introdujo lo que se ha conocido como *retención* para identificación. Figura jurídica que una parte importante de la doctrina jurídica española consideraba que no cabía en el texto constitucional al no estar expresamente prevista, frente a otra parte de la doctrina y el propio Tribunal Constitucional que consideró que sí era admisible<sup>727</sup>, ya que el legislador cuenta con discrecionalidad para configurar otros casos de privación de libertad mientras observe lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 17, y en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad de que se trate<sup>728</sup>.

Por lo que, con ese entendimiento como base y el apoyo del artículo 5 del CEDH, el TCE ha ampliado las posibilidades de afectación de la libertad personal que caben en el sistema constitucional de España. Tal y como lo había hecho desde la STC-178/1985, en donde señaló que la privación de libertad no se agotaba en la modalidad de prisión, los supuestos de restricción o privación de libertad, ni sólo la comisión de un hecho delictivo es título para restringir la libertad, ya que la restricción a la libertad es un concepto genérico del que una de sus modalidades es la prisión,

---

<sup>725</sup> En el caso de personas *migrantes extranjeras*, y otros grupos especialmente vulnerables, aún en casos penales podría entrar en cuestionamiento cuando se piensa en las graves violaciones al debido proceso que muchas veces ocurren, a pesar del formal reconocimiento de esos derechos para *toda persona*. Al no ser el objetivo de este trabajo esa discusión, sólo dejamos establecida esa postura respecto a la cual consideramos se debe seguir reflexionando.

<sup>726</sup> Ley que fue derogada y ha sido sustituida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

<sup>727</sup> Véase una muy buena síntesis de la sentencia en que se analizó el supuesto (STC-341/1993) y de los doctrinarios de la época en favor y en contra en: Banacloche Palao, Julio, *op. cit.*, pp. 71-87 y 120-138.

<sup>728</sup> *Cfr.* Tribunal Constitucional de España, STC-341/1993, de 18 de diciembre, fundamento jurídico 6. Criterio reiterado en otros casos, siendo el último para cuando se concluye esta investigación (noviembre 2015) el contenido en la STC-39/2012, de 29 de marzo, fundamento jurídico 2°.

como lo revela el citado artículo del Convenio al establecer los supuestos en que el derecho a la libertad se limita<sup>729</sup>.

Amplitud de configuración que, en todo caso, tendría como límite además de lo antes señalado el que “la Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva”<sup>730</sup>. Pero si cumplen con ello, en principio e independientemente de su denominación, cualquier afectación a la libertad personal podría ser admisible.

Posición que no compartimos y afortunadamente no somos los únicos, por lo que antes se ha establecido, pero esa es la interpretación que prevalece en el sistema jurídico español.

En nuestra opinión, de la lectura de ese conjunto de sentencias y de otras que ha dictado el Tribunal Constitucional de España, nos parece que las interpretaciones de éste han tenido como fin, antes que buscar proteger la libertad personal que es un valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE), una obligación dirigida a los poderes públicos (artículo 9.2 CE) y un derecho fundamental (artículo 17 CE), el salvar la constitucionalidad de determinadas leyes o políticas públicas que han ampliado el ámbito de intervención del poder público en la libertad personal.

Lo cual, puede considerarse jurídicamente correcto en un sistema constitucional por la deferencia hacia el legislador<sup>731</sup>, y la presunción de constitucionalidad de los actos de éste<sup>732</sup> pero que, por otro lado, puede ser cuestionable por lo que se dice explícitamente en el texto constitucional que representa la libertad y por los supuestos que expresamente prevé éste para su afectación.

---

<sup>729</sup> Cfr. Tribunal Constitucional de España, STC-178/1985, de 19 de diciembre, fundamento jurídico 3º.

<sup>730</sup> Tribunal Constitucional de España, STC-341/1993, de 18 de noviembre, fundamento jurídico 5º; criterio reiterado en varios casos más, siendo el último en noviembre de 2015 la STC-35/2014 de 27 de febrero, fundamento jurídico 2º.

<sup>731</sup> Véase: Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 39-43.

<sup>732</sup> *Ibidem*, pp. 131-139.

Paradójicamente, como ha quedado establecido, para conseguir ampliar los supuestos de afectación de la libertad personal, el Tribunal Constitucional ha acudido al contenido del CEDH (artículo 5) y las interpretaciones de éste del TEDH para incorporar y ampliar los supuestos admisibles para restringir y privar de la libertad, pese a que como hemos visto, el texto constitucional español pareciera limitar dichas opciones y supuestos a la privación de libertad, detención, medidas de seguridad y prisión provisional, todo en el ámbito penal/criminal, según lo interpretamos algunos como antes se estableció<sup>733</sup>. Esto si se entendieran de manera clara y bien diferenciada cada uno de esos términos y no de manera indistinta e incluso como sinónimos, tal y como lo hace el TCE y parte de la doctrina.

Que el Tribunal lo haga de esa forma, parece correcto desde la perspectiva constitucional (art. 10.2 CE) “ya que todos los caminos parecen llevar a Estrasburgo, por lo que para el Tribunal Constitucional la última palabra sobre el "contenido mínimo" de los derechos en Europa la tiene el supremo intérprete del CEDH”<sup>734</sup>. Aunque consideraríamos que ello sería para el mínimo y sus progresiones de protección, no así para sumar restricciones por más que con eso permita configurar el “contenido mínimo”.

Por lo que esa interpretación expansiva de las posibilidades de afectar la libertad personal llevada al extremo nos hace pensar que incluso podría hacer que se considerara ello como contrario al artículo 53 del Convenio Europeo que prohíbe limitar o perjudicar aquéllos derechos y libertades fundamentales reconocidos en un Estado a partir de la interpretación del propio Convenio. Duda que planteamos, respecto a la cual no hemos encontrado apoyo al no haber sido resuelta en este tema en concreto en el ámbito académico español<sup>735</sup> y que no podemos resolver por exceder el objeto de este

---

<sup>733</sup> *Supra* notas 707 y 713.

<sup>734</sup> Saiz Arnaiz, Alejandro, “De primacia, supremacia i drets fonamentals en l’Europa integrada Comentari a la Declaració 1/2004 del Tribunal Constitucional (II)”, en *El clip*, Institut d’Estudis Autònomic, No. 31, Barcelona, julio de 2005, p.17.

<sup>735</sup> En sentido similar a en cuanto a la “prohibición de importación de límites” (no en cuanto a la conclusión que aquí se formula), el profesor Saiz Arnaiz en “La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos



trabajo. Pero que sería interesante desarrollar, al menos para establecer sus diferencias o similitudes entre lo que ocurre con el Derecho del Consejo de Europa y el Derecho de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales, ya que según lo que estableció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el *caso Melloni*<sup>736</sup>, una mayor protección nacional podría afectar la eficacia del Derecho de la Unión<sup>737</sup>.

Aunque, por otra parte, ante la amplitud de opciones que en principio parece admitir el TCE para afectar la libertad personal en algunas de sus interpretaciones, el circunscribir eso a los supuestos contenidos en el artículo 5 del CEDH puede ser al menos un límite al número de opciones. Lo cual, si volvemos a la relevancia de la legitimidad democrática del legislador que antes se mencionó, bien pondría en duda que el contenido del Convenio sea un límite al legislador nacional, cuando dicha norma por el órgano<sup>738</sup> que la aprobó tiene una legitimidad más débil<sup>739</sup> que una contenida en la propia Constitución que parece no tomarse en cuenta. Pero ello es un tema al que tampoco entraremos por no ser el objeto de este trabajo.

---

humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española”, *op. cit.* pp. 235-240; señala que por el contenido del artículo 53 del CEDH no es posible deducir límites, en tanto en cuanto dichos límites no resulten, siquiera como límites inmanentes, del la propia Constitución. Además de que el artículo 10.2, en conjunto con lo antes señalado, no puede utilizarse para traer límites a los derechos fundamentales que no resulten explícita o implícitamente de la propia Constitución española. En lo cual, afirma, la doctrina española es prácticamente unánime.

<sup>736</sup> Respecto a este caso véase: Torres Pérez, Aida, “Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue”, en *European Constitutional Law Review*, Vol. 10, 2014, pp. 308-331.

<sup>737</sup> TJUE, *Caso Stefano Melloni y Ministerio Fiscal*, Gran Sala, caso C-399/11, sentencia de 26 de febrero de 2013, párrs. 55-64.

<sup>738</sup> *Cfr.* Moravcsik, Andrew, “Is there a ‘Democratic Deficit’ in World Politics? A Framework for Analysis”, en *Government and Opposition*, Vol. 39, Issue 2, spring 2004, pp. 336-337.

<sup>739</sup> *Cfr.* Rodríguez Bereijo, Álvaro, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, No. 1, segundo semestre 2001, p. 47.

En ese sentido, con esa amplitud interpretativa del TCE, podemos establecer que cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015) las afectaciones a la libertad personal admisibles en España y su duración máxima son:

- i. Previstas por la Constitución
  - a. Detención: hasta por 72 horas (art. 17.2 y .3 CE y arts. 489 a 501 de Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>740</sup> –LECrim).
  - b. Prisión provisional: durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción<sup>741</sup> (art. 17.4 CE y arts. 502-508 LECrim).

---

<sup>740</sup> De conformidad con los artículos 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se puede detener: 1) Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo; 2) Al delincuente in fraganti; 3) Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena; 4) Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme; 5) Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior; 6) Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente; 7) Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía; 8) Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional; 9) Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial (con excepción del procesado que haya presentado fianza bastante); 10) Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: a) que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. b) Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

<sup>741</sup> De conformidad con el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal su duración no podrá exceder de 1 año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de 2 años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá acordar mediante auto una sola prórroga de hasta 2 años si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta 6 meses si el delito tuviera señalada pena igual o

- c. Penas privativas de libertad: durarán de conformidad con cada delito, siendo el máximo de 40 años<sup>742</sup> (arts. 17.1 y 25.2 CE, y art. 76 Código Penal).
  - d. Medidas de seguridad: no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida (art. 25.2 CE y arts. 60 y 96 Código Penal).
    - di. Internamiento en centro psiquiátrico: no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad (arts. 96 y 101 Código Penal).
    - dii. Internamiento en centro de deshabitación: no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad (arts. 96 y 102 Código Penal).
    - diii. Internamiento en centro educativo especial: no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad (arts. 96 y 103 Código Penal).
  - e. Detención en estados de excepción: hasta 10 días (art. 55.1 CE y art. dieciséis uno de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio).
  - f. Detención en casos de bandas armadas o elementos terroristas: hasta 120 horas (art. 55.2 CE y art. 520 bis LECrim).
- ii. Creadas por el legislador
- a. Retención para identificación: hasta por 6 horas (art. 16.2 LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana –LOPSC).
  - b. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico: plazo indefinido sujeto a autorización y

---

inferior a tres años. Con lo que los máximos totales no pueden superar 1 año y seis meses ó 4 años.

<sup>742</sup> Con la entrada en vigor el 1 de julio de 2015 de unas reformas al Código Penal ese máximo podría variar caso por caso al incluirse (arts. 35, 36, 76.1.e), 78 bis, 92, 140, 485, 605, 607 y 607 bis) la figura de la *prisión permanente revisable*.

- supervisión judicial (art. 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).
- c. Internamiento en régimen cerrado ó semiabierto de menores: hasta por 2 años (arts. 7, 9 y 10 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores).
  - d. Arresto domiciliario del deudor quebrado: no podrá exceder del estrictamente necesario para asegurar el resultado u objetivo perseguido (art. primero 2ª LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).
  - e. Internamiento de Extranjeros: hasta 60 días (art. 62.1 Ley de Extranjería).
  - f. Internamiento para control de enfermedades transmisibles: no se establece plazo máximo (art. tercero LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública)
  - g. Detención con fines de extradición: hasta 40 días (art. octavo Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva)
  - h. Retención con fines de reconocimiento médico o realización de análisis clínicos para la detección de alcohol o drogas: no se establece plazo máximo (art. 12.3 Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

Afectaciones a la libertad personal que bien podrían clasificarse entre restricciones y privaciones de libertad atendiendo al criterio que se fijará en la parte final de este Capítulo (*infra* 3.8). Sin que pueda entenderse el anterior listado como cerrado, pues siempre se podrán incluir las opciones previstas en el artículo 5 del CEDH y las que, con el margen que dicho Convenio da<sup>743</sup> y de acuerdo con las

---

<sup>743</sup> Véase sobre la doctrina del margen de apreciación, entre otros: Iglesias Vila, Marisa, “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, en *SELA*, Yale Law School, disponible en:

interpretaciones del TCE cuenten con una finalidad, naturaleza y duración determinada y que por su grado de indeterminación no creen inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva.

Sin ser el objetivo de este trabajo el profundizar de manera específica en todos esos supuestos admisibles en España para afectar la libertad personal, sus características y debates particulares, ya que sólo nos centraremos en el análisis de uno de los antes enlistados (ii. e), sí podemos señalar que la jurisprudencia del TCE es nutrida en cuanto a las características que deben de satisfacerse para ser admisibles<sup>744</sup>, respecto a su duración<sup>745</sup>, así como las garantías que se deben reconocer y la forma en la que estas deben funcionar<sup>746</sup>.

Para los objetivos que tenemos propuestos, nos parece que con lo antes descrito tenemos las claves principales de la libertad personal contenidas en la Constitución española y la interpretación que de ésta ha hecho su Tribunal Constitucional. En donde, en lo que interesa especialmente en este trabajo, se destaca la previsión legal (no constitucional expresa, sino derivada) del llamado

---

[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Iglesias\\_CV\\_Sp\\_20130314.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf) (consultado el 5 junio 2015); García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, No. 20, 2007, pp. 117-143; Greer, Steven, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.

<sup>744</sup> Tribunal Constitucional de España, STC-178/1985, de 18 de diciembre; STC-341/1993, de 18 de noviembre; STC-174/1999, de 27 de septiembre; STC-179/2000, de 26 de junio; STC-288/2000, de 27 de noviembre; STC-53/2002, de 27 de febrero; STC-23/2004, de 23 de febrero; STC-57/2008, de 28 de abril; STC-17/2013, de 31 de enero; STC-69/2014, de 5 de mayo.

<sup>745</sup> Tribunal Constitucional de España, STC-37/1996, de 11 de marzo; STC-86/1996, de 21 de mayo; STC-174/1999, de 27 de septiembre; STC-179/2000, de 26 de junio; STC-288/2000, de 27 de noviembre; STC-23/2004, de 23 de febrero; STC-53/2002, de 27 de febrero; STC-141/2012, de 2 de julio.

<sup>746</sup> Tribunal Constitucional de España, STC-341/1993, de 18 de noviembre; STC-179/2000, de 26 de junio; STC-94/2003, de 19 de mayo; STC-23/2004, de 23 de febrero; STC-122/2004, de 12 de julio; STC-172/2008, de 18 de diciembre.

*internamiento de extranjeros* como una forma válida de afectar la libertad personal en el sistema constitucional español.

Por ahora, nos quedamos con ello, en el siguiente capítulo habrá oportunidad de analizar si esa medida se ajusta a los parámetros que el propio TCE ha establecido y si cumple con el respeto a los principios de igualdad y no discriminación, así como con la proporcionalidad que toda afectación a la libertad personal debe de satisfacer para no considerarse arbitraria a pesar de ser legal.

### **3.3 La libertad personal en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sus protocolos y las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el órgano creado por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>747</sup> para asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes de dicho Convenio y sus Protocolos. Por tanto, es el último intérprete de ese tratado internacional y las normas derivadas o vinculadas con éste<sup>748</sup>.

En ese sistema normativo, el derecho a la *libertad* y seguridad personal está reconocido en el artículo 5 del mencionado Convenio Europeo, siendo esta norma la base, pero no la única que se ocupa de ese derecho humano<sup>749</sup>.

El referido artículo 5 reconoce ese derecho a *toda persona* y establece que nadie puede ser privado de éste, salvo en 6 supuestos

---

<sup>747</sup> Aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, publicado en el BOE el 10 de octubre de 1979.

<sup>748</sup> Cfr. Jacobs, Francis G., and White, Robin C., *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 7.

<sup>749</sup> Cfr. Casal Hernández, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, op. cit., p. 32.

generales que enumera y con arreglo al procedimiento establecido por ley<sup>750</sup>. Siendo esos supuestos<sup>751</sup>:

- a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;
- b) Si ha sido detenido o privado de libertad<sup>752</sup>, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;
- c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;
- d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;
- e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;

---

<sup>750</sup> *Cfr.* Harris, D.J., O'Boyle, M.O., Bates, E.P., Buckley C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>751</sup> En esta cita se utiliza el texto más utilizado y autorizado en su versión en castellano. Sin embargo, más adelante se utilizará de conformidad con los términos que corresponderían a una traducción más acertada y conforme con los textos oficiales (inglés y francés) del Convenio Europeo.

<sup>752</sup> El texto del Convenio Europeo en sus versiones en inglés y francés en lugar de los términos *detención* y *privación de libertad* utiliza los términos *detention* o *arrest* (en inglés) y *détenu/détention* o *arrestation/arrêté* (en francés). Incluso en su versión en catalán se utilizan los términos *arrest/arrestat*; mientras que en italiano *arrestato/arresto* junto con la correspondiente palabra para referirse a la detención, como en francés e inglés. Versiones oficiales consultables en: [http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487\\_p\\_ointer](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_p_ointer)

f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

En el caso del inciso c) el propio artículo especifica que la persona debe “ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento.

Además de ello, en el punto 2 del artículo 5 se especifican los derechos que toda persona en cualquiera de esos seis supuestos tiene, siendo estos el de “ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella”.

El punto 4 del mismo artículo establece también el derecho de toda persona a presentar un recurso ante un órgano judicial para que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad o ilegalidad de su detención.

Finalmente, el punto 5 del artículo 5 del CEDH establece que “[t]oda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”. Siendo esto un aspecto muy relevante que no estaba presente en el sistema normativo constitucional que antes se analizó, aunque en España sí “se prevé un régimen de responsabilidad [artículos 292 y 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial] para los supuestos en que se produzca una privación de libertad que se muestre ilegal”<sup>753</sup>.

Pero además de ello, en el sistema del CEDH el artículo 15 establece que las obligaciones que tiene el Estado para salvaguardar la *libertad personal* pueden ser derogadas en caso de guerra o de

---

<sup>753</sup> Álvarez García, Francisco Javier y Queralt Jiménez, Argelia, “El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (Art. 5 CEDH)”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 226.



otro peligro público que amenace la vida de la nación<sup>754</sup>, pero sólo en “la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional”.

Por último, en ese sistema normativo, destaca lo que establece el artículo 1, del Protocolo Adicional 4 del CEDH<sup>755</sup>: “[n]adie podrá ser privado de su libertad por la única razón de no poder cumplir una obligación contractual”. Con lo que, además de los 6 supuestos generales autorizados para privar de libertad a una persona, ha de tenerse en cuenta la prohibición expresa de prisión por deudas<sup>756</sup>.

Es importante establecer en este punto y para el desarrollo de todo este trabajo que el CEDH en sus textos oficiales en inglés y francés en lugar de los términos *detención* y *privación de libertad* utiliza los términos *detention* o *arrest* (en inglés) y *détenu/détention* o *arrestation/arrêté* (en francés). Siendo esos términos justamente los que se deseaba utilizar y no otros, según se puede observar del contenido de los trabajos preparatorios<sup>757</sup> y debates en la elaboración del Convenio Europeo respecto al artículo 5.

Sin embargo, en prácticamente todas las traducciones autorizadas en castellano o español<sup>758</sup>, el término *detención* fue sustituido por el de *privación de libertad* y el de *arresto* por el de *detención*. Consideramos que ello se debió en gran medida a un problema de traducción ante el uso indistinto que suele hacerse de esos términos en el único sistema legal del Consejo de Europa que tiene al español

---

<sup>754</sup> Cfr. Harris, D.J., O’Boyle, M.O., Bates, E.P., Buckley C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 621.

<sup>755</sup> Aprobado en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963; ratificado por España el 28 de agosto de 2009 y publicado en el BOE el 13 de octubre de 2009.

<sup>756</sup> Cfr. Morte Gómez, Carmen, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos: primeros pasos para una nueva reforma”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Vol. 5, 2004, p. 762; Macovei, Mónica, *The right to liberty and security of the person. A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2004, pp. 5-6.

<sup>757</sup> Véase: Council of Europe, European Commission of Human Rights, *Preparatory Work on Article 5 of the European Convention on Human Rights*, DH (56) 10, Or. Fr., Strasbourg 8<sup>th</sup> August 1956, pp. 1-29.

<sup>758</sup> Aunque también ocurre en portugués.

como idioma mayoritario. Aunque hay quien considera que esa es la traducción es la correcta<sup>759</sup> y muchos más a quienes les pasa inadvertido o parece irrelevante<sup>760</sup>, a pesar de que las versiones del CEDH en idiomas cercanos al castellano como el catalán se utiliza también el término *arrest/arrestat*; mientras que en italiano *arrestato/arresto* junto con la correspondiente palabra para referirse a la detención, tal y como se hace en francés e inglés.

Para nosotros es relevante esa diferencia, ya que como antes hemos señalado, vemos a la privación de libertad como el máximo extremo de afectación que puede sufrir ese derecho, en tanto que detención o arresto son medidas que lo afectan en menor grado como meras restricciones sin que haya consecuencias legales en la distinción entre estos dos términos<sup>761</sup>, por lo cual no deben utilizarse indistintamente, ni porque todos sean especies de la privación de libertad *lato sensu*.

El TEDH no ha tenido oportunidad de establecer algo respecto a esas diferencias en el uso de términos por obvias razones, sus idiomas de trabajo son el inglés y francés. Con lo que al final, esa diferencia terminológica nos parece relevante sólo para que no sean trasladadas al sistema jurídico español privaciones de libertad *stricto sensu* en donde (con excepción del primer inciso) lo más que se autoriza son detenciones o arrestos bajo el amparo de una incorrecta traducción al castellano<sup>762</sup> del artículo 5 de CEDH.

---

<sup>759</sup> Casal Hernández, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, *op. cit.*, p. 37, nota al pie 10.

<sup>760</sup> López Borja de Quiroga, Jacobo; Delgado Cánovas, Jual, (et. al.), *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 40-56; Álvarez García, Francisco Javier y Queralt Jiménez, Argelia, “El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (Art. 5 CEDH)”, *op. cit.*, pp. 151-230.

<sup>761</sup> *Cfr.* Harris, D.J., O’Boyle, M.O., Bates, E.P., Buckley C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 123, nota al pie 12.

<sup>762</sup> En ese mismo ámbito de traducciones y versiones autorizadas, vale la pena destacar que en ese mismo artículo 5.1 del CEDH en su inciso c) las versiones en inglés y francés, así como en otros idiomas establecen: arresto ó detención; mientras que la versión en castellano establece: detención y privación de libertad. Con lo que, para efectos interpretativos podría dar resultados diferentes si se entienden como optativas a que si se entienden como copulativas las medidas.

Lo que sí ha hecho el TEDH por ser de gran importancia es el distinguir entre privaciones y restricciones de la libertad<sup>763</sup>, no a partir de los términos que se utilizan, pues ello podría ser de naturaleza o esencia, sino a partir del grado o intensidad de la medida respectiva<sup>764</sup>.

Con lo que, para determinar si se trata de una privación de libertad o de una restricción se debe partir de la situación concreta, teniendo en cuenta el conjunto de criterios como la naturaleza, duración, efectos y modo de ejecución de la medida en cuestión, pero siempre poniendo especial atención en el grado o intensidad<sup>765</sup>.

Conclusión que parece lógica en el marco de las normas antes sintetizadas, en la medida de que *detention* o *arrest* (en inglés) y *déteneu/détention* o *arrestation/arrêté* (en francés) son especies de privación de libertad *lato sensu* y, como ya se dijo, entre estas no hay distinción entre sus consecuencias legales “al referirse todas a algo más que meras restricciones a la libertad de circulación”<sup>766</sup>, por lo que importa más la situación real o fáctica de la persona afectada que la calificación jurídica que tal situación merezca con arreglo al derecho interno<sup>767</sup>.

Con esos elementos, se puede afirmar que el derecho a la *libertad personal* en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos se configura de la siguiente forma:

- Está reconocido a *toda persona*

---

<sup>763</sup> Cfr. Rebato Peño, Ma. Elena, *La detención desde la Constitución*, op. cit., p.40; Jacobs, Francis G., and White, Robin C., *The European Convention on Human Rights*, op. cit., p.82.

<sup>764</sup> TEDH, *caso Guzzardi c. Italia*, Aplicación No. 7367/76, Sentencia de 6 de noviembre de 1980, párr. 93.

<sup>765</sup> *Ibidem.*, párr. 92.

<sup>766</sup> TEDH, *caso Engel and Others c. Los Países Bajos*, Aplicación No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Sentencia de 8 de junio de 1976, párr. 58.

<sup>767</sup> TEDH, *caso Nielsen c. Dinamarca*, Aplicación No. 10929/84, Sentencia de 28 de noviembre de 1988, párrs. 67-68.

- Sólo se puede privar de la libertad personal *lato sensu* en los casos previstos en el artículo 5 de CEDH y con arreglo al procedimiento establecido por la ley.
- No se puede privar de la libertad por la única razón de no poder cumplir una obligación contractual/por deudas.
- Toda persona detenida tiene derecho a:
  - Ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.
  - Presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal.
  - Recibir reparación si fue víctima de un arresto o detención contrarios al artículo 5 del Convenio Europeo.
- La libertad personal puede ser suspendida en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.

De conformidad con las normas del sistema de derechos humanos que se crea a partir del Convenio Europeo de 1950, los supuestos autorizados para afectar la libertad personal son:

- i. Previstas por el CEDH
  - a. Privación de libertad por sentencia dictada por tribunal competente.
  - b. Detención o arresto por desobediencia a orden judicial.
  - c. Detención o arresto para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por ley.

- d. Detención o arresto para comparecer ante autoridad judicial competente si hay indicios racionales de que se ha cometido una infracción.
- e. Detención o arresto para comparecer ante autoridad judicial competente para impedir que se cometa una infracción.
- f. Detención o arresto para comparecer ante autoridad judicial competente para impedir que se huya después de cometer una infracción.
- g. Detención de menor con el fin de vigilar su educación.
- h. Detención de menor con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
- i. Detención de persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa.
- j. Detención de una persona enajenada.
- k. Detención de una persona alcohólica.
- l. Detención de una persona toxicómana.
- m. Detención de una persona vagabunda.
- n. Detención o arresto de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio de un país.
- o. Detención o arresto de persona contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.
- p. Detención o arresto en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación.

ii. Incluidas por las interpretaciones del TEDH<sup>768</sup>.

- a. Internamiento de personas en las instituciones de atención psiquiátrica o social<sup>769</sup>.

---

<sup>768</sup> Cfr. European Court of Human Rights, *Guide on Article 5. Right to Liberty and Security Article 5 of the Convention*, Council of Europe, Strasbourg, 2014, pp. 6-7; Van Dijk, P. and Van Hoof G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, The Netherlands, 1990, pp. 251-293.

- b. Confinamiento en zonas de tránsito de los aeropuertos<sup>770</sup>.
- c. Interrogatorio en comisaría o estación de policía<sup>771</sup>.
- d. Paradas y registros por la policía<sup>772</sup>.
- e. Medidas de control de masas adoptadas por la policía por motivos de orden público<sup>773</sup>.
- f. Arresto domiciliario<sup>774</sup>.

El listado anterior es un desglosado de los 6 supuestos genéricos que contiene el artículo 5.1 del CEDH, la excepción del artículo 15 del mismo Convenio y los casos concretos que a partir de las interpretaciones del TEDH se ha considerado caben en esos supuestos generales, con lo que buscamos dar muestra precisa de los supuestos específicos contenidos en el referido artículo y sus interpretaciones.

Por lo que, tal y como lo ha establecido el TEDH de forma reiterada, se debe entender que la lista contenida en los incisos a) al f) del artículo 5.1 del CEDH es exhaustiva, sujeta a una interpretación restrictiva, al contener una relación taxativa de causas

---

<sup>769</sup> TEDH, *Caso De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, Aplicación No. 2832/66; 2835/66; 2899/66, Sentencia de 18 de junio de 1971; *Caso Stanev c. Bulgaria*, Aplicación No. 36760/06, Sentencia de 17 de enero de 2012.

<sup>770</sup> TEDH, *Caso Amuur c. Francia*, Aplicación No. 19776/92, Sentencia de 19 de junio de 1996; *Caso Riad y Idiab c. Bélgica*, Aplicación No. 29787/03 y 29810/03, Sentencia de 24 de enero de 2008.

<sup>771</sup> TEDH, *Caso I.I. c. Bulgaria*, Aplicación No. 44082/98, Sentencia de 9 de junio de 2005; *Caso Creangă c. Rumania*, Aplicación No. 29226/03, Sentencia de 23 de febrero de 2012.

<sup>772</sup> TEDH, *Caso Foka c. Turquía*, Aplicación No. 28940/95, Sentencia de 26 de enero de 2009; *Caso Shimovolos c. Rusia*, Aplicación No. 30194/09, Sentencia de 28 de noviembre de 2011.

<sup>773</sup> TEDH, *Caso Austin y Otros c. Reino Unido*, Aplicación No. 39692/09, 40713/09 y 41008/09, 15 de marzo de 2012.

<sup>774</sup> TEDH, *Caso Mancini c. Italia*, Aplicación No. 44955/98, Sentencia de 12 de diciembre de 2001; *Caso Dacosta Silva c. España*, Aplicación No. 69966/01, Sentencia de 2 de febrero de 2007.

admisibles para la afectación de la libertad personal<sup>775</sup>, sin que ello impida que en un solo caso, dependiendo de las circunstancias, puedan concurrir varios de esos supuestos<sup>776</sup>.

Con lo que, en principio, toda medida que esté fuera de esos supuestos al no hacerse una interpretación restrictiva dará origen a una privación ilegal o arbitraria de la libertad. Esto, a pesar de que el TEDH en algunos casos<sup>777</sup> no ha sido tan estricto al hacer prevalecer ese principio<sup>778</sup>, y en otros, como antes quedó establecido, ha aceptado diferentes denominaciones para supuestos que claramente quedarían enmarcados en los seis supuestos generales.

Establecido lo anterior, no podemos desarrollar cada una de las precisiones y debates que suscitan todos los supuestos antes enumerados<sup>779</sup>, menos cuando es muy amplia la jurisprudencia del TEDH en relación a las características generales o alcances de la

---

<sup>775</sup> TEDH, *Caso Winterwerp c. Los Países Bajos*, Aplicación No. 6301/73, Sentencia de 24 de octubre de 1979, párr. 37; *Caso Ciulla c. Italia*, Aplicación No. 11152/84, Sentencia de 22 de febrero de 1989, párr. 41.

<sup>776</sup> TEDH, *Caso Eriksen c. Noruega*, Aplicación No. 17391/90, Sentencia de 27 de mayo de 1997, párr. 76; *Caso Erkalo c. Los Países Bajos*, Aplicación No. 23807/94, Sentencia de 2 de septiembre de 1998, párr. 50.

<sup>777</sup> Véase: TEDH, *Caso Monell y Morris c. Reino Unido*, Aplicación No. 9662/81; 9818/82, Sentencia de 2 de marzo de 1987; *Caso Witold Litwa c. Polonia*, Aplicación No. 26629/95, Sentencia de 4 de abril de 2000.

<sup>778</sup> Cfr. Harris, D.J., O'Boyle, M.O., Bates, E.P., Buckley C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 137.

<sup>779</sup> Con ese fin, se recomiendan, entre otros: European Court of Human Rights, *Guide on Article 5. Right to Liberty and Security Article 5 of the Convention*, Council of Europe, Strasbourg, 2014; Arrese, Ma. Nieves, "Art. 5. Derecho a la libertad y a la seguridad", en Lasagabaster Herrarte, Iñaki (Director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Segunda Edición, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, España, 2009, pp. 101-169; Harris, D.J., O'Boyle, M.O., Bates, E.P., Buckley C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, Second edition, Oxford University Press, 2009, pp. 122-199; Casadevall Medrano, Josep, *El Conveni europeu de drets humans*, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència, Bosch Internacional, Barcelona, 2007, pp. 208-231; Macovei, Monica, *The right to liberty and security of the person. A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, op. cit.; Jacobs, Francis G., and White, Robin C., *The European Convention on Human Rights*, op. cit., pp. 79-121.

protección de ese derecho<sup>780</sup>, así como respecto a sus garantías y deberes que el Estado debe de cumplir<sup>781</sup>.

Aunque sí debemos destacar especialmente que para España los casos *Del Río Prada* [artículo 5.1] (2013), *Mangouras* [artículo 5.3] (2010), *Dacosta Silva* (2007) [artículo 5.1] y *Olaechea Cahuas* [artículo 5.1.f)] (2006) tienen una doble importancia, en la medida de que fue parte y, por tanto, le derivan obligaciones reforzadas a observar respecto a ese derecho<sup>782</sup>, pese a que sólo en el primero y tercero de los cuatro casos mencionados se haya determinado la violación del Convenio Europeo por el Estado español.

Lo anterior, insistimos, es un simple acercamiento a algunos aspectos que hemos considerado altamente relevantes de la jurisprudencia del TEDH sobre aspectos generales del artículo 5 del Convenio, por lo que seguramente hemos dejado de lado algunos criterios que también pueden ser considerados importantes, como lo son los específicos de cada tipo de detención o arresto, pero ello sobrepasa el objetivo que se tiene en este trabajo. En el caso de los

---

<sup>780</sup> TEDH, *Caso Winterwerp c. Los Países Bajos*, Aplicación No. 6301/73, Sentencia de 24 de octubre de 1979, párr. 37; *Caso Guzzardi c. Italia*, Aplicación No. 7367/76, Sentencia de 6 de noviembre de 1980, párr. 95; *Caso Van der Leer c. Los Países Bajos*, Aplicación No. 11509/85, Sentencia de 21 de febrero de 1990, párrs. 27-28; *Caso Bolland c. Reino Unido*, Aplicación No. 42117/98, Admisibilidad, 4 de mayo de 2000; *Caso Storck c. Alemania*, Aplicación No. 61603/03/ Sentencia de 16 de septiembre de 2005, párr. 102; *Caso Krupko y Otros c. Rusia*, Aplicación No. 26587/07, Sentencia de 17 de noviembre de 2014, párr. 36, entre otros.

<sup>781</sup> TEDH, *Caso Wemhoff c. Alemania*, Aplicación No. 2122/64, Sentencia de 27 de junio de 1968, párr. 12; *Caso De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, Aplicación No. 2832/66; 2835/66; 2899/66, Sentencia de 18 de junio de 1971, párr. 78.3; *Caso Wassink c. Los Países Bajos*, Aplicación No. 12535/86, Sentencia de 27 de septiembre de 1990, párrs. 37-38; *Caso Stašaitis c. Lituania*, Aplicación No. 47679/99, Sentencia de 21 de junio de 2002, párrs. 66-67; *Caso Medvedyev y Otros c. Francia*, Aplicación No. 3394/03, Sentencia de 29 de marzo de 2010, párr. 80; *Caso James, Wells y Lee c. Reino Unido*, Aplicación No. 25119/09, 57715/09 y 57877/09, Sentencia de 11 de febrero de 2013, párr. 191-195; entre otros.

<sup>782</sup> Cfr. Ripol Carulla, Santiago, "Incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaran la vulneración por España del CEDH", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 79, enero-abril 2007, pp. 310-313.



criterios que interesan y que son los relacionados con en el inciso f) del artículo 5.1, se desarrollarán en el siguiente capítulo (*infra* IV).

El [a]rtículo 5 [del CEDH] sigue siendo objeto de una considerable cantidad de jurisprudencia que interpreta lo que puede ser un texto confuso<sup>783</sup>, por lo que aquí sólo hemos pretendido reflejar algunos de los aspectos esenciales de la libertad personal contenidas en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la interpretación que de ésta ha hecho su Tribunal. En donde, en lo que interesa especialmente en este trabajo, se destaca la previsión convencional de: a) detención o arresto de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio de un país; b) detención o arresto de persona contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión, y c) confinamiento en zonas de tránsito de los aeropuertos, como formas válidas de afectar la libertad personal en el sistema europeo (Convenio de Roma) de derechos humanos.

### **3.4 El derecho a la libertad personal en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las interpretaciones de su Tribunal de Justicia.**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es un tribunal de derechos humanos, sin embargo, sí está obligado a respetarlos y protegerlos<sup>784</sup>. Este tribunal fue creado para interpretar el derecho de la Unión Europea a fin de garantizar que se aplique de la misma forma en todos los países miembros de ésta<sup>785</sup>.

Además de ello, es el órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos que se presentan entre los gobiernos y las

---

<sup>783</sup> Harris, D.J., O'Boyle, M.O., Bates, E.P., Buckley C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 198.

<sup>784</sup> *Cfr.* Defeis, Elizabeth F., "Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal" en *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, Issue 5, 2007, p 1111.

<sup>785</sup> Para un análisis completo de ese tribunal, véase: Wägenbaur, Bertrand, *Court of Justice of the European Union: commentary on statute and rules of procedure*, C.H. Beck-Hart-Nomos, München, 2013.

instituciones de la Unión Europea. Pero también puede recibir denuncias de particulares, empresas y organizaciones que consideren que una institución o norma de la Unión Europea ha vulnerado sus derechos<sup>786</sup>.

Al no tener como objetivo de origen la protección de los derechos humanos sino aspectos esencialmente económicos, ni la Unión Europea, ni su antecedente las Comunidades Europeas, habían considerado necesario establecer normas relativas al respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo, el desarrollo de la integración, la influencia nacional de las normas europeas y de las decisiones del TJUE dieron muestra de que ello podría ser necesario a fin de salvaguardar la protección de algunos valores constitucionales expresados en esos derechos fundamentales<sup>787</sup>.

Así, después de un largo proceso, el 7 de diciembre del año 2000 fue proclamada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta ó CDFUE), que nació como una mera declaración sin mayor fuerza jurídica<sup>788</sup>, hasta que el 1º de diciembre de 2009, la Carta pasó a ser jurídicamente vinculante según se establece en el artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE)<sup>789</sup>.

Con eso, la Carta adquiere una mayor importancia<sup>790</sup>, pues como su preámbulo lo establece, se aprobó a fin de “reforzar la protección de

---

<sup>786</sup> Véase también: Court of Justice of the European Union, *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case Law*, Springer, 2013; Arnulf, Anthony, *The European Union and its court of justice*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

<sup>787</sup> Cfr. Von Bogdandy, Armin, “The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union”, en *Common Market Law Review*, Vol. 37, Issue 6, 2000, pp. 1307–1338

<sup>788</sup> Cfr. Saiz Arnaiz, Alejandro, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?”, en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 13, mayo-agosto 2001, pp. 153-170.

<sup>789</sup> Véase un estudio completo (14 artículos) de diferentes facetas y efectos de la Carta en: Di Federico, Giacomo (Ed.), *The EU charter of fundamental rights. From declaration to binding instrument*, Springer, 2011.

<sup>790</sup> Cfr. Sarmiento, Daniel, “Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in

los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos”.

Lo cual se confirma con el contenido del referido artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, en el cual se establece que:

“[l]a Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.”

En ese sentido, por la influencia e importancia jurídica (primacía, efecto directo) que tiene el Derecho de la Unión Europea en España<sup>791</sup>, como en todos los demás Estados miembros, resulta imprescindible conocer cómo ha sido reconocida la *libertad personal* en ese sistema normativo, cuáles son las restricciones a dicho derecho que se consideran admisibles y lo que el Tribunal encargado de interpretar y vigilar su aplicación ha establecido al existir Directivas<sup>792</sup> aprobadas en el marco de la Unión Europea que están incidiendo en la *libertad personal* no sólo de los ciudadanos europeos, sino también en los nacionales de los conocidos como terceros Estados.

Así las cosas, la CDFUE en su artículo 6 reconoce que: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.”

---

Europe”, en *Common Market Law Review*, Vol. 50, Issue 5, 2013, pp. 1267–1269.

<sup>791</sup> Cfr. García-Valdecasas y Fernández, Rafael y Carí Badía, José María, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, No. 3, mayo 2004, pp. 26-33.

<sup>792</sup> Véase, por ejemplo: Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad; ó Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

No dice nada más. No contiene supuestos, garantías, ni alguna descripción mayor que lo antes literalmente transcrito. No obstante ello<sup>793</sup>, si se atiende a lo que establece el artículo 52.3 de dicha Carta de los Derechos Fundamentales que se encuentra dentro de su Título VII que establece las disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta, vemos que “[e]n la medida en que la [...] Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”. Con lo cual, en principio podríamos afirmar que todo lo mencionado en el apartado anterior, es aplicable en éste<sup>794</sup>.

Situación que se reafirma si tomamos en cuenta que,

“[d]esde la primera referencia explícita al CEDH [por el ahora conocido como TJUE] (en el caso Rutili, 1975) se ha llegado, a partir de 1996, a un estado de cosas en el que las citas al documento internacional van siempre acompañadas de referencias al case-law estrasburguense asumiéndose, salvo singularísimas excepciones, sus contenidos (ya antes, en 1989, asunto Hoechst, el Tribunal de Justicia reconoció la falta de jurisprudencia del TEDH de la que pudiera servirse a propósito de la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas)”<sup>795</sup>.

---

<sup>793</sup> Véase también: Diario Oficial de la Unión Europea, *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, (2007/C 303/02), 14.12.2007.

<sup>794</sup> Cfr. EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Comentary of the Charter of Fundamental Rights on the European Union*, European Commission, Brussels, June 2006, pp. 68-69.

<sup>795</sup> Saiz Arnaiz, Alejandro, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Azpilicueta: cuadernos de derecho*, No. 17, 2001, p.45. En el mismo sentido: Senden, Hanneke, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 352-362.

Sin embargo, a pesar de que lo anterior no ha estado exento de conflictos<sup>796</sup>, la parte final del referido artículo 52.3 establece que dicha “disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. En ese sentido, resulta importante acudir a las interpretaciones que respecto al derecho a la *libertad personal* haya hecho el TJUE a fin de conocer si hay una protección más extensa.

De una revisión minuciosa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>797</sup>, pese a que más de una vez se ha ocupado de casos en los que había una persona privada de la libertad cuando se le consultaba o sometía una situación a su jurisdicción<sup>798</sup>, cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015) no existe ninguna interpretación directa del artículo 6 de la Carta de Derechos Fundamentales<sup>799</sup>.

En prácticamente todos los casos en los cuales ha estado involucrado el artículo 6 de la CDFUE y que por regla general han estado relacionados con la aplicación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes de los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; así como con la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13

---

<sup>796</sup> Saiz Arnaiz, Alejandro, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 46.

<sup>797</sup> Cfr. Wilsher, Daniel, “Right to Liberty and Security”, en Peers, Steve; Hervey, Tamara; Kenner, Jeff and Ward, Ángela (Eds.), *The EU charter of fundamental rights: a commentary*, Hart, Oxford, 2014, pp. 121-151; Blázquez Navarro, Irene; Díez-Hochleitner, Javier; Frutos Miranda, Javier (Coords.), *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2012; Alonso García, Ricardo y Sarmiento, Daniel, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Navarra, España, 2006.

<sup>798</sup> Véase: TJUE, *caso West*, Segunda Sala, asunto C-192/12, Petición de decisión prejudicial, sentencia de 28 de junio de 2012; *caso Ciprian Vasile Radu*, Gran Sala, asunto C-396/11, sentencia de 29 de enero de 2013; *caso F.*, Segunda Sala, asunto C-168/13, Petición de decisión prejudicial, sentencia de 30 de mayo de 2013; *caso Mahdi*, Sala Tercera, asunto C-146/14, Petición de decisión prejudicial, sentencia de 5 de junio de 2014.

<sup>799</sup> Cfr. Wilsher, Daniel, “Right to Liberty and Security”, *op. cit.*, p. 129.

de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009<sup>800</sup>; la tendencia del Tribunal ha sido la de analizar si se cumplía con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 47 de la Carta) en dichos casos, sin pronunciarse respecto a la *libertad personal*, con lo que implícitamente ha dado por válidas todas las medidas existentes en el Derecho de la Unión Europea sin expresar nada en concreto respecto a ellas.

Lo más que ha hecho el TJUE en relación a determinar los alcances de la *libertad personal* en el marco del Derecho de la Unión es citar jurisprudencia específica del TEDH. Así por ejemplo, en el *caso F* citó el *caso Chahal vs. Reino Unido*, para referirse a la detención con fines de extradición y el derecho que la persona tiene a que un tribunal analice la legalidad de dicha detención. Con lo cual, al menos en este aspecto, tal parece que sigue los estándares del TEDH y, por tanto, que asume el contenido del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>801</sup>.

No obstante lo anterior, y como lo veremos en el siguiente capítulo, los temas relativos a detención arbitraria que involucran un necesario análisis de proporcionalidad de las medidas por medio de las cuales se afecta la *libertad personal*, así como algunos supuestos en que se autoriza la privación de libertad en el marco del Derecho de la Unión Europea, parece que no serían del todo compatibles con todo lo establecido en el apartado anterior. Sin embargo, eso nunca ha sido puesto en duda y menos analizado por el TJUE.

En este orden de ideas, lo único claro hasta el momento en cuanto al artículo 6 de la CDFUE y el TJUE es que éste no ha hecho una interpretación directa, ni expresa de dicho artículo para determinar sus alcances, posibilidades y entendimiento en el marco del Derecho de la Unión y, por tanto, no ha concedido una protección más extensa que aquélla que reconoce el artículo 5 del CEDH.

---

<sup>800</sup> *Ibidem.*, pp. 122-123.

<sup>801</sup> *Ibidem.*, pp. 131-150.

Bajo ese panorama, resulta innecesario transcribir en este apartado lo que ya se estableció extensamente en el apartado anterior, por lo que debemos tenerlo por reproducido en los mismos términos. Así, en el análisis que se hará en el siguiente capítulo esto debe tenerse especialmente presente.

### **3.5 La libertad personal en la Constitución mexicana y en las interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.**

Lo primero que debemos advertir es que en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el Tribunal Constitucional<sup>802</sup>. En ese sentido, a partir de las decisiones de este órgano desarrollaremos parte de este apartado.

Como lo hicimos anteriormente, para establecer los parámetros que se han considerado admisibles para restringir o privar de la libertad a una persona, pero ahora para el caso en México, lo primero que debemos hacer es identificar la norma constitucional que reconoce la *libertad personal*, los supuestos constitucionalmente admisibles para incidir en ésta y posterior a ello, cuáles son los parámetros que respecto a ese derecho ha fijado el máximo intérprete constitucional mexicano.

A diferencia de lo analizado en los apartados anteriores, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución mexicana ó CM) contiene un sistema normativo más complejo para el reconocimiento de la *libertad personal* y aparentemente más claro respecto a los supuestos en que ésta puede ser afectada, ya que a diferencia de la española, la mexicana en su texto contiene todo el conjunto de supuestos en los cuales resulta admisible afectar la libertad personal.

Esa amplitud de contenido o precisión normativa constitucional, según se quiera ver, ha dado como resultado que en México no se

---

<sup>802</sup> Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, UNAM, México, 2011, pp. 99-101; Azuela Güitrón, Mariano, “La Suprema Corte de Justicia de México, genuino tribunal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002, pp. 42-48.

tengan debates en relación a cuáles son los supuestos que incluye la privación de libertad o cuales la detención, si algunos caben en uno y otros en otro término, ya que el constituyente mexicano ha optado por incluir expresamente en el texto de la CM los supuestos en los cuales se puede afectar la libertad personal<sup>803</sup>.

Así las cosas, lo que podríamos considerar como la norma base es el artículo 14 constitucional que establece que “[n]adie podrá ser privado de la libertad [...], sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.”

Lo que significa que serán las leyes las que establezcan los supuestos de privación de libertad, pero en todos los casos sólo se podrá determinar esa privación después de un juicio. Siendo esta la única remisión que hace la Constitución a las leyes para la inclusión de supuesto en los cuales se puede afectar la libertad personal.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 19 constitucional

“[n]inguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”

---

<sup>803</sup> Un ejemplo claro de esa situación es que, hasta antes del 19 de junio de 2008, el conocido como *arraigo* (que se estudiará más adelante), no era una forma válida en la que se podía afectar la libertad de circulación, ni personal, tan es así que la Suprema Corte lo había declarado inconstitucional en la acción de inconstitucionalidad AI-20/2003 el 19 de septiembre de 2005 (por afectar la libertad de circulación), y como una afectación a la libertad personal en la contradicción de tesis CT-3/1999 el 20 de octubre de 1999. Con su inclusión en el texto constitucional eso cambió y en abril de 2015 en el amparo directo en revisión ADR-1250/2012 el Pleno de la Suprema Corte decidió que era constitucionalmente admisible a nivel federal.



Con esa base, el artículo 18 constitucional en su primer párrafo señala que “[s]ólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a *prisión preventiva*.” Complementando esa disposición el artículo 20, apartado B, fracción IX, que establece que

“[l]a prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. [Y que s]i cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.”

Agregándose en este sentido en la misma fracción del artículo 20, pero en sus párrafos primero y último párrafo que “[e]n ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo” y que “[e]n toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención”.

Pero además de esas formas de privación de libertad *lato sensu*, la Constitución mexicana en el artículo 16, párrafo octavo, prevé la figura conocida como *arraigo*<sup>804</sup>, el cual se puede imponer a una persona por una autoridad judicial a petición del Ministerio Público en casos que involucren

“delitos de delincuencia organizada, [...] con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. [Aunque dicho] plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. [Pero, e]n todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.”

---

<sup>804</sup> Figura jurídica que es reconocida por el Comité de Derechos Humanos. Véase: *Observación general No. 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, op. cit., párr. 5.

La Constitución mexicana también prevé en el artículo 33, segundo párrafo, lo que podríamos denominar como *detención para expulsión de extranjeros* del territorio nacional, la cual se debe hacer “con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure [dicha] detención”.

Además de ello, el artículo 18, sexto párrafo, autoriza el *internamiento de adolescentes* “solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves”.

Por otra parte, el artículo 21, cuarto párrafo, de la Constitución contiene la única sanción de naturaleza administrativa que puede afectar a la *libertad personal* por mandato constitucional, ya que establece que

“[c]ompete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, *arresto* hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; [aunque sólo] si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta (sic) por el *arresto* correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.”

Finalmente, el artículo 119 constitucional, tercer párrafo, autoriza la *detención con fines de extradición* que en todo caso debe tener la participación de la autoridad judicial mexicana, considerándose en esos casos que “el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales”.

Pero el texto constitucional mexicano no se agota con la enumeración de ese conjunto de supuestos en los cuales está autorizado afectar la *libertad personal*, sino que también incluye una serie de supuestos relativos a quién, cómo, por qué y dónde una persona puede ser detenida.

En ese sentido, el artículo 16, tercer párrafo, señala que

“[n]o podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”

Ese mismo artículo, en su párrafo quinto, establece que

“[c]ualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. [Y que para ello, e]xistirá un registro inmediato de la detención.”

Vinculado estrechamente con lo anterior, el párrafo sexto, del mismo artículo señala que

“[s]ólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.”

Precisando en el párrafo décimo que

“[n]ingún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; [aunque] este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. [No obstante ello, t]odo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”

Finalmente en este orden de ideas, el párrafo séptimo de dicho artículo 16 establece que “[e]n casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.

En este análisis también resulta relevante lo que establece el artículo 17, último párrafo, de la Constitución, ya que precisa que “[n]adie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Pero también es importante advertir que

“[e]n los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de [la *libertad personal*] para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación.”

Tal y como lo establece el artículo 29 constitucional.

Del contenido de ese conjunto de normas constitucionales, para los fines de este análisis, en principio podemos entender que el derecho a la *libertad personal* en México tiene las siguientes características:

- Se reconoce a *toda persona*
- La privación de libertad sólo se puede dar mediante juicio seguido ante tribunales.
- Los supuestos y plazos en que puede afectarse la libertad personal están contenidos en el texto constitucional.
- Los supuestos en que se puede afectar la libertad personal se distinguen entre el ámbito penal y administrativo.
- Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.
- La libertad personal puede ser suspendida en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, en los términos del artículo 29 constitucional.

A diferencia de lo que ocurre en España, en el caso de México parece ser más clara la diferencia entre detención como restricción y privación de libertad, al distinguirse de manera más clara y uniforme entre una y otra, además de los claros límites temporales.

Al igual que lo hicimos en el apartado relativo a España, para establecer los supuestos en los que es admisible afectar la libertad personal en México, sólo acudiremos a las normas contenidas en el texto constitucional (y sus remisiones legales, donde las hay), sin incluir a los tratados internacionales de los que México es parte, tal y como por mandato del artículo 1º, párrafos primero y segundo, de la Constitución mexicana se debe de hacer<sup>805</sup>. Ello no lo hacemos con el fin de alterar el entendimiento del sistema constitucional, sino para mostrar los supuestos que expresamente contienen las normas constitucionales *stricto sensu*<sup>806</sup>.

De esa forma, de acuerdo con el texto constitucional mexicano es admisible afectar la libertad personal en los siguientes supuestos y plazos:

- i. Contenidos en la Constitución
  - a. Prisión (privación de libertad): hasta por 60 años a excepción de delitos de secuestro que es de 140 años (art. 14 CM y art. 25 Código Penal Federal).
  - b. Detención por causas penales ante autoridad judicial: hasta por 72 hrs. (art. 19 CM)<sup>807</sup>.
  - c. Detención por causas penales graves en casos urgentes ante Ministerio Público, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por

---

<sup>805</sup> La utilización del contenido de los tratados internacionales que reconocen derechos humanos es una obligación ineludible en México, ya que el sistema normativo está integrado por normas de origen nacional e internacional. La exclusión en este apartado de ello se hace sólo con fines didácticos para poder analizar de manera separada cada uno de los textos legales en los cuales se reconoce el derecho a la libertad personal.

<sup>806</sup> *Cfr.* Castilla Juárez, Karlos A., “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, *op. cit.*, p.p. 147-149.

<sup>807</sup> Sobre los límites de ésta, la vinculación a proceso y prisión provisional, véase: Hernández León, Simón Alejandro y Arriaga Valenzuela, Luis, “Auto de vinculación a proceso y prisión preventiva”, en *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Tomo II, Suprema Corte de Justicia de la Nación- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014, pp. 1869-1899.

razón de la hora, lugar o circunstancia: hasta por 48 hrs que se pueden duplicar en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada (art. 16 CM).

- d. Prisión preventiva sólo por delito que merezca pena privativa de libertad: no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a 2 años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado (art. 18 CM)<sup>808</sup>.
- e. Arraigo en casos que involucren delitos de delincuencia organizada: hasta 40 días, prorrogables, sin que duración total pueda exceder 80 días (art. 16 CM).
- f. Detención para expulsión de extranjero: de conformidad con el tiempo que la Ley establezca (art. 33 CM)<sup>809</sup>.
- g. Detención en flagrancia al momento de estar cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido: hasta 72 horas (art. 16 CM)<sup>810</sup>.
- h. Detención con fines de extradición decretada por autoridad judicial: hasta por 60 días naturales (art. 119 CM)<sup>811</sup>.

---

<sup>808</sup> En relación a la prisión preventiva, véase: Lara Klahr, Marco, *Prisión sin condena: ocho historias sobre los costos sociales del "encierro preventivo" en México*, Random House Mondadori, 2008; Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado*, UNAM, 1981.

<sup>809</sup> Cuando se concluye esta investigación (15 noviembre 2015) no ha sido emitida la Ley que regula dicho plazo.

<sup>810</sup> Véase en relación a este tema: Hernández Barros, Julio A., "Aprehensión, detención y flagrancia", en *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Tomo II, Suprema Corte de Justicia de la Nación- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014, pp. 1769-1800.

- i. Internamiento de adolescentes mayores de 14 años de edad sólo como medida extrema: por el tiempo más breve que proceda por la comisión de conductas antisociales graves (art. 18 CM)<sup>812</sup>.
  - j. Arresto por infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía: hasta por 36 hrs no prorrogables (art. 21 CM)<sup>813</sup>.
- ii. Creados por el legislador federal
- a. Retención (arts. 131, fracción XI; 149 y 308 Código Nacional de Procedimientos Penales –CNPP)<sup>814</sup>.
  - b. Confinamiento: no hay plazo máximo (art. 28 Código Penal Federal –CPF).
  - c. Internamiento de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos: no excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito (arts. 24, 67 y 69 CPF).
  - d. Internamiento de personas con trastornos mentales (art. 75 Ley General de Salud).

---

<sup>811</sup> Puede consultarse respecto a este tema: Dondé Matute, Javier, *Extradición y debido proceso*, Tirant lo Blanch- INACIPE, México, 2011, pp. 23-29; Pérez Kasparian, Sara, *México y la Extradición Internacional*, Porrúa, México, 2005.

<sup>812</sup> Sobre este tema, véase: Meza Hernández, María Guadalupe, *Los centros de tratamiento para menores infractores*, Flores Editor, 2010; González Ibarra, Juan de Dios y Reyes Barragán, Ladislao Adrián, “La administración de justicia de menores en México. La reforma del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XI, No. 118, enero-abril, 2007, pp. 78-83.

<sup>813</sup> Véase un análisis del tema en: Galván Muñoz, Jesús, “Constitución y sanciones administrativas: hacia una garantía de seguridad jurídica eficaz”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (Coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo I, UNAM, México, 2001, pp. 306-312.

<sup>814</sup> Esta figura jurídica no está prevista en la Constitución. El Código Nacional de Procedimientos Penales no la define, pero por su uso todo parece indicar que el término se utiliza como sinónimo de “detención” a pesar de que en el antiguo Código Federal de Procedimientos Penales dicha figura había sido derogada.

- e. Arresto como medio de apremio para hacer cumplir determinaciones judiciales: hasta 36 horas (art. 612 Código Federal de Procedimientos Civiles y art. 104 CNPP).
- f. Arresto como corrección disciplinaria: hasta 36 horas (art. 355 CNPP).
- g. Arresto por contumacia de obligaciones procesales: hasta por 15 días (art. 355 CNPP).
- h. Alojamiento en estaciones migratorias: hasta 60 días hábiles o indefinido si se interpone recurso (art. 111 Ley de Migración).

Como se observa, son 10 las posibilidades admitidas por la Constitución mexicana para afectar la libertad personal, siendo 8 de naturaleza penal, 1 de naturaleza administrativa<sup>815</sup> y 1 por definir (expulsión), pero que debería ser preferentemente administrativa por el fin que tiene. Mientras que el legislador federal ha creado 8 posibilidades más a pesar de que la Constitución sólo remite a la ley en los casos de privación de libertad.

Sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los 8 supuestos creados por el legislador no nos ocuparemos al superar ello el objeto de este trabajo, por lo que el listado anterior debe tenerse como una ejemplificación y no entenderse como una validación de su existencia por nuestra parte. El único supuesto que analizaremos es el del llamado “alojamiento” y eso se hará en el siguiente capítulo.

Con ese panorama, parecería claro cuáles son los ámbitos constitucionalmente admisibles para afectar la libertad personal en México. Sin embargo, por el contenido mismo de esas normas, el poco más de medio millar de reformas constitucionales que ha tenido la Constitución<sup>816</sup> y la escasa jurisprudencia que la SCJN ha

---

<sup>815</sup> Cfr. Hernández Barros, Julio A., “Aprehensión, detención y flagrancia”, *op. cit.*, pp. 1770-1771.

<sup>816</sup> Cfr. Flores Rodríguez, Israel, “El régimen constitucional de la prisión preventiva en México: Una mirada desde lo internacional”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 35, 2013, p. 38; quien pone de ejemplo



producido respecto a ese derecho, de igual forma que escasos son o más bien prácticamente nulos los estudios académicos respecto a la libertad personal<sup>817</sup>; lo que parecía sencillo no lo es tanto.

Lo anterior, porque, por ejemplo, hasta el año 2010 el texto constitucional no preveía la posibilidad de que los extranjeros a fin de poder ser expulsados pudieran ser detenidos. Ello, paradójicamente se introdujo en la conocida como Reforma constitucional de Derechos Humanos en junio de 2011.

Pero no sólo eso, sino que por tratarse de una detención de naturaleza administrativa y no penal (aun cuando de origen pudiera tener esa motivación) todo parece indicar que la denominación correcta<sup>818</sup> de ello debía ser arresto para quedar claramente enmarcada en el plazo máximo de 36 horas que el artículo 21 constitucional prevé para infracciones de esa naturaleza, salvo que la expulsión se entendiera sólo con naturaleza penal. Pero en todo caso, la remisión que se hace a la Ley para que en ésta se regule el lugar y tiempo de detención nos parece que debía observar lo dispuesto en el citado artículo 21 constitucional. Con lo que, pese a que en el siguiente capítulo adelantaremos una solución, ello es un problema interno entre normas constitucionales.

Otro ejemplo que ha sido más conocido y discutido en México, y respecto al cual existe un poco más de trabajos académicos recientes<sup>819</sup> es el relativo al llamado *arraigo*. Ésta figura, había sido declarada inconstitucional por el Pleno de la Suprema Corte de México en el año 2005, pero pese a ello, en junio de 2008 se

---

que sólo la prisión preventiva ha tenido 6 reformas constitucionales entre 1917 y 2008.

<sup>817</sup> Afirmación que en parte se sustenta en hechos como que, en la base de datos de todas las bibliotecas de la UNAM se pueden encontrar más libros referidos a la libertad personal en España o Europa, que respecto a México.

<sup>818</sup> *Cfr.* Pacurar, Andi, “Smuggling, Detention and Expulsion of Irregular Migrants. A Study on International Legal Norms, Standards and Practices”, en *European Journal of Migration Law*, Vol. 5, 2003, p. 267.

<sup>819</sup> Véase, por ejemplo: Espinosa Castro, Carlos Alberto y Hernández Pablo, Beatriz, *Arraigo como instrumento de violación de derechos humanos*, Ubijus, 2014; Embris Vázquez, José Luis, *El arraigo domiciliario del sistema acusatorio y oral : teoría y práctica*, Flores Editor, 2012.

reformó la Constitución y se le incluyó en el artículo 16<sup>820</sup>. Con lo que ya es una afectación a la *libertad personal* constitucionalmente admisible, pese a que entra en conflicto con otras normas constitucionales y principalmente, como más adelante se verá, con algunas normas contenidas en tratados de derechos humanos; así como con los principios que rigen a éstos como el de no regresividad o progresividad en la protección.

Con lo que, si bien en México parecería que en principio la libertad personal se encuentra mejor protegida al incluirse los supuestos admisibles para su afectación expresamente en la Constitución, la facilidad práctica que muestra la reforma constitucional que ha permitido en cuestión de años pasar de la inconstitucionalidad de una medida a su constitucionalidad por su inclusión en el texto de la Constitución, pone en duda esa mejor protección.

Respecto a esa amplia gama de posibilidades para afectar la libertad personal en México, la SCJN ya se ha pronunciado en algunos casos. Sin embargo, al no ser nuestro objetivo la precisión de todos esos, ni los debates que ha generado su inclusión o no constitucional, para nosotros lo antes descrito es suficiente. Lo que sí podemos señalar es que la SCJN tiene un nutrido número de tesis aisladas, así como en las tesis jurisprudenciales, que son el reflejo de su interpretación y criterios que con menor y mayor fuerza jurídica, respectivamente, deben observarse por órganos jurisdiccionales y administrativos inferiores, relativos a las características generales del derecho a la libertad personal<sup>821</sup>, los

---

<sup>820</sup> Cfr. Silva García, Fernando, “El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconveniencia”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 33, 2012, p. 217. Aunque vale la pena advertir, el citado autor no lo hace, que la Suprema Corte declaró inconstitucional el arraigo no por considerar que afectaba la libertad personal, sino la libertad de tránsito (Pleno, tesis aislada: *P.XXIII/2006 (9a.)*, tomo XXIII, febrero de 2006). Mientras que en 1999 al analizar el “arraigo domiciliario” la SCJN sí había establecido que éste afectaba la libertad personal (Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J78/99 (9a.)*, tomo X, noviembre de 1999)

<sup>821</sup> SCJN, Pleno, jurisprudencia: *P./J16/98 (9a.)*, Tomo VII, febrero de 1998; Primera Sala, tesis aislada: *1a. CXCIX/2014 (10a.)*, Libro 6, mayo de 2014; Primera Sala, tesis aislada: *1a. CCI/2014 (10a.)*, Libro 6, mayo de 2014; Primera Sala, tesis aislada: *1a. CII/2015 (10a.)*, Libro 16, marzo de 2015; Primera Sala, tesis aislada: *1a. XCIII/2015 (10a.)*, Libro 16, marzo de 2015.

supuestos admisibles e inadmisibles para su afectación<sup>822</sup>, su duración y cómputo de plazos<sup>823</sup>, así como respecto a las garantías que se deben cumplir<sup>824</sup>.

A pesar de esa nutrida jurisprudencia, en realidad el Tribunal Constitucional mexicano aún tiene muchas interpretaciones constitucionales por hacer de varios de los supuestos que se enlistaron. Entre ellas, la que especialmente interesa en esta investigación. Aunque afortunadamente también, con las interpretaciones que hasta ahora ha hecho no ha abierto la puerta para la inclusión de supuestos que no están expresamente establecidos en la Constitución e incluso, en el caso de afectaciones a la *libertad personal* por infracciones administrativas y su

---

<sup>822</sup> SCJN, Pleno, jurisprudencia: *P. 19 (8a.)*, Tomo I, enero-junio 1988; Pleno, jurisprudencia: *P./J.9/94 (8a.)*, Núm. 77, mayo de 1994; Pleno, tesis aislada: *P.CXVII/97 (9a.)*, Tomo VI, julio de 1997; Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J.78/99 (9a.)*, Tomo X, noviembre de 1999; Segunda Sala, tesis aislada: *2a.XLVII/2002 (9a.)*, Tomo XV, abril de 2002; Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J.5/2007 (9a.)*, Tomo XXV, marzo de 2007; Pleno, jurisprudencia: *P./J.106/2007 (9a.)*, Tomo XXVI, diciembre de 2007; Pleno, jurisprudencia: *P./J.110/2007 (9a.)*, Tomo XXVI, diciembre de 2007; Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J.38/2011 (9a.)*, Tomo XXXIV, julio de 2011; Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J. 17/2013 (10a.)*, Libro XIX, abril de 2013; Primera Sala, tesis aislada: *1a. LIII/2014 (10a.)*, Libro 3, febrero de 2014; Pleno, jurisprudencia: *P./J. 31/2014 (10a.)*, Libro 6, mayo de 2014; Pleno, jurisprudencia: *P./J. 32/2014 (10a.)*, Libro 6, mayo de 2014; Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J.4/2015 (10a.)*, Libro 15, febrero de 2015; Primera Sala, tesis aislada: *1a. XCII/2015 (10a.)*, Libro 16, marzo de 2015.

<sup>823</sup> SCJN, Pleno, jurisprudencia: *P./J.23/95 (9a.)*, Tomo II, septiembre de 1995; Pleno, jurisprudencia: *P./J.24/98 (9a.)*, Tomo VII, abril de 1998; Pleno, jurisprudencia: *P./J.75/2000 (9a.)*, Tomo XII, agosto de 2000; Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J.89/2005 (9a.)*, Tomo XXII, septiembre de 2005; Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J33/2007 (9a.)*, Tomo XXV, mayo de 2007; Pleno, jurisprudencia: *P./J 25/2008 (9a.)*, Tomo XXVII, febrero de 2008; Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J.35/2012 (10a.)*, Libro VII, abril de 2012.

<sup>824</sup> SCJN, Pleno, jurisprudencia: *P. 19 (8a.)*, Tomo I, enero-junio 1988; Pleno, jurisprudencia: *P./J.112/2007 (9a.)*, Tomo XXVI, diciembre de 2007; Primera Sala, tesis aislada: *1a.CLXXV/2013 (10ª)*, Libro XX, mayo de 2013; Primera Sala, tesis aislada: *1a. CC/2014 (10a.)*, Libro 6, mayo de 2014; Primera Sala, tesis aislada: *1a. CCI/2014 (10a.)*, Libro 6, mayo de 2014; Primera Sala, tesis aislada: *1a. CCII/2014 (10a.)*, Libro 6, mayo de 2014; Primera Sala, tesis aislada: *1a. CDII/2014 (10a.)*, Libro 12, noviembre de 2014; Primera Sala, tesis aislada: *1a. CXXXIX/2015 (10a.)*, Libro 18, mayo de 2015.

interpretación del arresto ha sido hasta ahora estricta, distinguiéndola de las afectaciones de naturaleza penal. Destacando también el crecimiento del número de criterios en los últimos años.

Aunque también, el problema en México tal parece que está más que en el intérprete constitucional, en el llamado constituyente permanente que en cuestión de días puede reformar la Constitución<sup>825</sup> para incluir restricciones a la *libertad personal* que evidentemente se mostraban contrarias al conjunto de derechos humanos reconocidos en México.

En todo caso, para el objeto de este trabajo, debemos destacar que en la Constitución mexicana sí se prevé la detención de migrantes extranjeros con fines de expulsión, no así con otras finalidades; en tanto que el llamado *alojamiento* sólo tiene respaldo en la Ley de Migración. Con lo cual, en el Capítulo V analizaremos de manera detallada si ambos cumplen con todos los requisitos establecidos por la propia SCJN para ser medidas válidas de afectación de la libertad personal, así como con los criterios que a continuación se describirán y, por supuesto, con los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad.

### **3.5 La libertad personal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos y las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

La CoIDH es el órgano jurisdiccional<sup>826</sup> del sistema interamericano de derechos humanos creado por la CADH<sup>827</sup> para interpretar y

---

<sup>825</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLIV, No. 131, mayo-agosto 2011, pp. 575-576.

<sup>826</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el otro órgano principal del sistema interamericano de derechos humanos, es un órgano cuasi jurisdiccional y es también uno de los órganos principales de la Organización de Estados Americanos.

<sup>827</sup> Aprobada el 22 de noviembre de 1969, México se adhirió el 24 de marzo de 1981.

aplicar dicha Convención y los demás tratados que en materia de derechos humanos<sup>828</sup>, aprobados en el marco de la Organización de Estados Americanos, le otorguen esa misma competencia. La Corte Interamericana es en gran medida el último y máximo intérprete del también conocido como Pacto de San José<sup>829</sup>.

En ese sentido, al ser la Convención Americana el tratado base del sistema<sup>830</sup>, es ésta la que interesa para conocer la forma en la cual ha sido reconocida la libertad personal en el Continente Americano, así como los supuestos en los cuales dicho tratado autoriza que se pueda afectar el referido derecho.

En el tratado interamericano la libertad personal está reconocida en el artículo 7<sup>831</sup> que expresamente establece en su primer párrafo que *toda persona* tiene dicho derecho.

En su segundo párrafo establece la máxima que hemos visto se repite en prácticamente todas las normas jurídicas y que es la que señala que “[n]adie puede ser privado de su libertad”. Aunque el tratado interamericano sí especifica que es la libertad física<sup>832</sup>.

En ese mismo segundo párrafo del artículo 7 la CADH establece que la *libertad física* se puede privar sólo “por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de

---

<sup>828</sup> Cfr. Davidson, Scott, *The Inter-American Court of Human Rights*, Dartmouth, Aldershot, U.K., 1992, pp. 18-21.

<sup>829</sup> Cfr. Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, p. 226.

<sup>830</sup> Cfr. Cançado Trindade, Antonio Augusto, “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Méndez, Juan E., y Cox, Francisco, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1999, p. 574

<sup>831</sup> Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Libertad personal*, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, No. 8, San José, C.R., 2015.

<sup>832</sup> Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñez. Vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C, No. 170, párr. 53.

los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. No especifica supuestos concretos, sino que remite directamente a lo que establezca la Constitución de cada país y las leyes que deriven de ésta o a las cuales dicha Constitución remita, por lo que no es una remisión indeterminada sino sujeta a los parámetros nacionales que se establezcan esencialmente en la Constitución<sup>833</sup>.

Por otra parte, sin precisar a qué se refiere con arbitrarios o qué podría representar eso, en el tercer párrafo el artículo 7 establece que “[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.” Si bien no fija un parámetro, ni los supuestos en que ello se puede presentar, es una cláusula que refuerza el párrafo anterior y que pone énfasis en la finalidad que tiene esta norma de evitar los casos arbitrarios cuando se afecte la *libertad personal* en los Estados americanos<sup>834</sup>.

Los párrafos 4, 5 y 6 del referido artículo 7 de la CADH contienen el conjunto de garantías que deben ser respetadas a toda persona retenida o detenida<sup>835</sup>, tales como la de

“ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella[;] 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[, y el] 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.”

---

<sup>833</sup> Cfr. Casal, Jesús María, “Artículo 7. Derecho a la libertad personal”, *op. cit.*, p. 187.

<sup>834</sup> Cfr. García Zeballos, Juan Herminio y Vertiz Medina James, “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 7. Derecho a la libertad personal”, en Salvioli, Fabián y Zanghi, Claudio, *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 382.

<sup>835</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de libertad (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, San José, C.R., 2010, p. 45

Aunque en este último supuesto, la Convención Americana va más allá y establece que

“[e]n 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.”

Con lo que, en cuanto a estas garantías, va un paso más lejos que todas las normas que antes han sido analizadas al proteger no sólo la presentación sin demora ante autoridad judicial de la persona afectada en su libertad personal y la posibilidad de interponer un recurso contra la detención, sino también supuestos en que la privación de libertad no se ha materializado y es una mera amenaza<sup>836</sup>.

Finalmente, el artículo 7 en su último párrafo contiene la única prohibición expresa en la cual una persona no puede ser detenida al señalar que “[n]adie será detenido por deudas”. Aunque en ese sentido, también diferenciándose de todas las normas que antes hemos analizado y que establecen prohibición similar, el artículo 7.7 especifica que dicha prohibición “no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”. Con lo que la prohibición, deja abierta una posibilidad en la que sería admisible sin expresar que así lo sea<sup>837</sup>,

---

<sup>836</sup> Esta garantía específica no ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los escasos estudios jurídicos existentes no suelen hacer mención de ella al limitar sus análisis a los contenidos de la jurisprudencia, olvidando el contenido integral del artículo 7.6 de la CADH.

<sup>837</sup> *Cfr.* Casal, Jesús María, “Artículo 7. Derecho a la libertad personal”, *op. cit.*, p. 205.

ante la amplitud del término deudas<sup>838</sup>, según se observa desde los trabajos preparatorios de creación de éste inciso<sup>839</sup>.

Como vemos, este tratado utiliza los términos privación de libertad, detención y retención<sup>840</sup> indistintamente. La CoIDH ha hecho alguna distinción entre estos al establecer que la detención es una restricción a la libertad personal, no una privación<sup>841</sup>. Aunque más recientemente siguiendo lo establecido por el TEDH y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados<sup>842</sup>, señaló que [l]as distinciones entre la privación de la libertad (detención) y restricciones menores a la circulación son de ‘grado o intensidad y no de naturaleza o sustancia’, [i]ndependientemente del nombre que se le dé a un determinado lugar de detención<sup>843</sup>.

Además de lo anterior, el artículo 27 de la Convención Americana autoriza que las obligaciones que tienen los Estados de proteger, respetar y garantizar la *libertad personal* sean suspendidas<sup>844</sup> en  
“caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, [...] en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las

---

<sup>838</sup> Cfr. Misuraca, Mariángeles, “Artículo 7. Derecho a la libertad personal”, en Alonso Regueira, Enrique, *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, p. 98.

<sup>839</sup> Cfr. Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile, Santiago, 2005, p. 254.

<sup>840</sup> Al igual que ocurre con el Convenio Europeo, la Convención Americana en su texto en inglés utiliza el término *arrest*.

<sup>841</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C, No. 152, párr. 89.

<sup>842</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012, introducción, párr. 6.

<sup>843</sup> Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, No. 21, párr. 146.

<sup>844</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Libertad personal*, *op. cit.*, pp. 32-34.



exigencias de la situación, [...] siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”

Por otra parte, en el marco del sistema interamericano, la Convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer (Convención de Belem Do Pará) en su artículo 9 pide que se tenga en cuenta la especial vulnerabilidad de la mujer privada de libertad.

Pero además de ello, tratándose de la privación de libertad, tiene especial importancia la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas al tratarse dicha desaparición de una privación de libertad en la cual hay falta de información o negativa a reconocer la privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona<sup>845</sup>, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes<sup>846</sup>.

En ese sentido, ésta Convención es una especial salvaguarda de la libertad personal al buscar que existan procedimientos y recursos rápidos y eficaces para determinar el paradero de las personas privadas de libertad y la especial obligación de que toda persona privada de libertad sea mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y de que sea presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad judicial competente, entre otras garantías específicas más<sup>847</sup>.

---

<sup>845</sup> Por esta razón en la definición que propusimos de libertad personal (*supra* 3.1) incluimos este elemento que para muchas personas pasa desapercibido, pero que también es una afectación a la libertad personal.

<sup>846</sup> *Cfr.* Ambos, Kai y Böhm, María Laura, “La desaparición forzada de personas como delito penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa”, en Ambos, Kai (Coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, Bogotá, 2009, p. 245.

<sup>847</sup> *Cfr.* Pelayo Möller, Carlos María, “El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2012, p. 971.

Con todo lo anterior, podríamos establecer que en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el derecho a la *libertad personal* tiene las siguientes características:

- Está reconocido a *toda persona*.
- Sólo se puede privar de la libertad por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
- Nadie puede ser detenido o encarcelado arbitraria, ni ilegalmente.
- Está prohibida la detención por deudas.
- Está prohibida la desaparición forzada.
- Se puede suspender en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.
- Toda persona detenida o privada de libertad tiene una serie de garantías que deben observarse en todo caso, debiendo ponerse especial atención en la vulnerabilidad de las mujeres privadas de libertad.

De conformidad con lo anterior, los supuestos admisibles para afectar la libertad serán los que estén previstos de antemano en las Constituciones de los Estados americanos y las leyes que de éstas deriven en tanto no sean arbitrarias<sup>848</sup>, salvo las dos expresas prohibiciones que ni aun cuando estuvieran en dichas normas constitucionales o sus derivadas serían admisibles en el marco de la CADH.

[L]a Convención Americana no establece explícita o taxativamente causas, casos o circunstancias que serían consideradas legítimas en

---

<sup>848</sup> Cfr. Silva García, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2011, p. 124.

una sociedad democrática para habilitar una medida privativa de libertad en la legislación interna<sup>849</sup>, como sí ocurre en el CEDH.

En ese sentido, en el ámbito interamericano no resulta del todo sencillo formular un listado taxativo de los supuestos o medidas que son admisibles para afectar la libertad personal, por lo que en el ámbito latinoamericano<sup>850</sup> ese listado podría incluir, por ejemplo, todos los supuestos que antes se enumeraron respecto a México que están contenidos en la Constitución y en las leyes que estén de conformidad con ésta, pero también los supuestos que estén de igual forma contenidos en los textos constitucionales y legales de los 22 Estados que actualmente son parte de la CADH.

Aunque todos, según las interpretaciones de la CoIDH<sup>851</sup>, sujetos a la condición de que además de estar legalmente establecidos, sean razonables, previsibles y proporcionales, esto es, que no sean arbitrarios. Con lo cual, seguramente el número de supuestos disminuirá del total inicial.

Pero en todo caso no es sencillo formular un listado ni siquiera a partir de los casos que han llegado a la jurisdicción de la CoIDH, pues aunque su mayoría han sido casos relacionados con situaciones de desaparición forzada, privaciones de libertad dentro de procesos penales o por el resultado de éstos<sup>852</sup>, muchos relacionados con prisión preventiva y casos de supuesta flagrancia, detenciones colectivas, algunos más ocurridos en instituciones de atención a personas con discapacidad y más recientemente con personas

---

<sup>849</sup> Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, No. 218, párr. 168.

<sup>850</sup> Utilizamos esa expresión al no ser parte de la Convención Americana países como Estados Unidos, Canadá, Antigua y Barbuda, Bahamas, Guyana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía o Trinidad y Tobago.

<sup>851</sup> Véase por ejemplo: Corte IDH, *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C, No. 16, párr. 47; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C, No. 207, párr. 143.

<sup>852</sup> *Cfr.* Casal, Jesús María, “Artículo 7. Derecho a la libertad personal”, *op. cit.*, p. 182.

migrantes<sup>853</sup>; el análisis suele determinar que supuestos son contrarios a la CADH, no cuales sí caben en ésta.

Más porque como hemos insistido, la CoIDH primero revisa que estén previstos en ley, que se cumplan con esas previsiones y los procedimientos objetivamente definidos por la misma, para después determinar si la medida en concreto tiene un fin compatible con la Convención, es idónea, necesaria y proporcional<sup>854</sup>. Ante lo cual, supuestos con denominaciones e incluso características similares contenidos en los sistemas normativos de dos países diferentes podrían no dar el mismo resultado por su aplicación práctica y proporcionalidad específica.

Ante ese amplísimo panorama de posibilidades, resulta necesario conocer algunos de los criterios esenciales que ha establecido la CoIDH en relación al artículo 7 de la CADH a fin de determinar si en efecto es así de amplio el escenario o si existen otros límites en las posibilidades de afectar a la *libertad personal*.

Como lo hemos hecho en los anteriores aparados de este capítulo, no profundizaremos en todas las características de la libertad personal<sup>855</sup>, sus garantías<sup>856</sup>, sus plazos<sup>857</sup>, ni en la totalidad de la

---

<sup>853</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Libertad personal*, op. cit., p. 26.

<sup>854</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñez. Vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C, No. 170, párr. 83.

<sup>855</sup> Corte IDH, *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C, No. 16, párr. 47; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñez. Vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C, No. 170, párr. 53; Serie C, No. 141, párr. 68; *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C, No. 180, párr. 90; *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, párr. 129.; *Caso Argüelles y otros Vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C, No. 288, párr. 120, entre otros.

<sup>856</sup> Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*, Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995, Serie C, No. 20, párr. 75; *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C, No. 99, párr. 86; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de

jurisprudencia de la Corte Interamericana por sobrepasar ello el objeto de este trabajo<sup>858</sup>, sino sólo en aquéllos elementos que resultan de mayor interés para el análisis que nos ocupa y, en este caso, algunos de los supuestos de afectación a la libertad personal que se han considerado admisibles e inadmisibles por la CoIDH a manera de ejemplo, ya que como hemos insistido, existe una mayor apertura en este sistema mientras estén establecidos en ley.

Aunque vale advertir que, para el caso de México son especialmente importantes los criterios de la CoIDH contenidos en las sentencias de los casos *Radilla Pacheco* (2009); *Cabrera García y Montiel Flores* (2010) y *García Cruz y Sánchez Silvestre* (2013), en los que se determinó la responsabilidad internacional de México por el incumplimiento, entre otras cosas, de las obligaciones relacionadas con la protección y garantía de la *libertad personal*, pese a que en el último de los casos citados se llegó a una solución amistosa. Por lo que los criterios contenidos en esos tres casos

---

noviembre de 2010, Serie C, No. 218, párr. 126.; *Caso García y Familiares Vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 noviembre de 2012, Serie C, No. 258, párr. 100; *Caso Espinoza González Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C, No. 295, párr. 122, entre otros.

<sup>857</sup> Corte IDH, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, No. 141, párr. 69; *Caso Fleury y otros Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, Serie C, No. 236, párr. 54; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 364, entre otros.

<sup>858</sup> Para un análisis más detallado de la jurisprudencia relativa a la libertad personal, véase entre otros: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Libertad personal*, *op. cit.*; Casal, Jesús María, “Artículo 7. Derecho a la libertad personal”, *op. cit.*, pp. 180-206; Castilla, Karlos, *25 años de jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de las excepciones preliminares de 1987 a los derechos interpretados en 2012*, Editorial Ubijus, México, 2013; Salvioli, Fabián y Zanghi Claudio (Coords.), *Jurisprudencia Regional Comparada de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 373-403; Misuraca, Mariángeles, “Artículo 7. Derecho a la libertad personal”, *op. cit.*, pp. 91-125; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad (artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *op. cit.*

tienen una fuerza jurídica innegable que el Estado mexicano debe de observar y cumplir<sup>859</sup>.

En ese sentido, de las interpretaciones de la CoIDH (hasta noviembre de 2015), se han considerado como supuestos admisibles e inadmisibles en la afectación de la libertad personal, las siguientes situaciones:

- La orden de detención es arbitraria si no contiene los fundamentos que acrediten y motivan su necesidad, de acuerdo a los hechos del caso y las circunstancias particulares de la persona detenida<sup>860</sup>.
- La prisión preventiva constituye la medida más severa que se le puede imponer a un detenido, por lo tanto, su aplicación tiene que ser lo más excepcional que sea posible<sup>861</sup>.
- La prisión preventiva debe ser una medida cautelar y no punitiva<sup>862</sup>.
- Las detenciones masivas y programadas sin causa legal en la individualización de conductas punibles son incompatibles con el respeto a los derechos humanos<sup>863</sup>.

---

<sup>859</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos A., “Delimitando a força jurídica da jurisprudencia da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, en *Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. 2, No. 1, jan-jun 2014, pp. 103-138; Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda, Mireya (Coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, pp. 263-264.

<sup>860</sup> Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, No. 218, párr. 118.

<sup>861</sup> Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, No. 112, párr. 228;

<sup>862</sup> Corte IDH, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, No. 141, párr. 69.

<sup>863</sup> Corte IDH, *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C, No. 152, párr. 96; *Caso de personas dominicanas y*

- El contenido del derecho a la libertad personal de los niños no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad<sup>864</sup>.
- La utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación<sup>865</sup>.
- El lugar y momento válido para retener a los migrantes para realizar un control de identificación es al ingreso por frontera. Por lo que, fuera de esa situación, la detención de éstos debe ser analizada a la luz de los requisitos de excepcionalidad y no como una privación de libertad por razones de verificación de identidad y/o control fronterizo<sup>866</sup>.
- Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo

---

*haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 348.

<sup>864</sup> Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, No. 112, párr. 225.

<sup>865</sup> Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, No. 218, párr. 169.

<sup>866</sup> Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C, No. 251, párr. 124.

tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño<sup>867</sup>.

- En el contexto migratorio, la privación de libertad puede afectar a solicitantes de asilo, refugiados, apátridas y migrantes en situación irregular<sup>868</sup>.

A partir de ese conjunto de elementos podemos confirmar que la CoIDH no ha establecido en sus interpretaciones ningún listado taxativo de supuestos admisibles para restringir o privar de la libertad, tan sólo ha hecho mención de algunos que ha considerado aceptables en el marco de la CADH y ha establecido el porqué otros no son admisibles, dejando en la libertad de configuración jurídica que tienen los Estados esos supuestos, con las condiciones que antes se han resaltado, especialmente la de evitar la arbitrariedad por medio de la previsibilidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas.

De todo lo antes establecido, en lo que interesa especialmente en este trabajo, se destaca, como antes fue citado, que por medio de las interpretaciones de la CoIDH se ha considerado idónea la utilización de detenciones preventivas para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación<sup>869</sup>. Esto porque de acuerdo a la propia Corte Interamericana, la privación de libertad puede afectar a solicitantes de asilo, refugiados, apátridas y migrantes en situación irregular<sup>870</sup>. Aunque todo eso, haciendo una excepción cuando se refiere a niños y niñas.

---

<sup>867</sup> Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, No. 21, párrs. 144 a 160.

<sup>868</sup> *Ibidem*, párr. 147.

<sup>869</sup> *Cfr.* Castilla Juárez Karlos A., “Migración irregular y políticas migratorias bajo el análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Nadege Dorzema y otros”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 95, enero-abril 2013, p. 131.

<sup>870</sup> Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, No. 21, párr. 147.



Sin embargo, pese a que se ha establecido ello, cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015) la CoIDH no ha estudiado la proporcionalidad de una medida concreta y, por tanto, no ha establecido los requisitos que dichas medidas deben cumplir no sólo para ser idóneas, sino también no arbitrarias. Aunque con los criterios genéricos antes sintetizados y otros contenidos en su jurisprudencia, es posible determinar ello y así lo haremos cuando analicemos el llamado *alojamiento* que prevé la Ley de Migración mexicana.

### **3.7 Dos tratados universales relevantes para la libertad personal de migrantes extranjeras.**

Además de los textos constitucionales y de tratados que han sido analizados en los cinco apartados anteriores, hay al menos dos tratados internacionales más que resulta importante tener en cuenta en esta investigación si lo que se busca es determinar los alcances de la *libertad personal* y los ámbitos en los cuales puede ser afectada de manera admisible<sup>871</sup>. Esto, sin dejar de mencionar que existen muchos otros tratados, instrumentos y resoluciones de diversos órganos<sup>872</sup> que también la consideran admisible legalmente.

Dichos tratados son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9)<sup>873</sup> y la Convención Internacional sobre la

---

<sup>871</sup> Cfr. Wilsher, Daniel, “Right to Liberty and Security”, *op. cit.*, p. 126; Casal Hernández, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>872</sup> Véase en ese sentido: Leclerc, Stéphane, *Europe(s), Droit(s) et Migrant Irrégulier*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 185; Ricupero, Isabel and Flynn, Michael, “Migration and Detention: Mapping the International Legal Terrain”, en *Global Detention Project*, Working Paper, Geneva, November 2009.

<sup>873</sup> 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.

protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias (artículo 16)<sup>874</sup>. Del primero, tanto México<sup>875</sup> como

---

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será 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. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

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.

<sup>874</sup> 1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad y la seguridad personales.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la protección efectiva del Estado contra toda violencia, daño corporal, amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones.

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.

6. Los trabajadores migratorios y sus familiares detenidos o presos a causa de una infracción penal serán llevados sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrán derecho a ser juzgados en un plazo razonable o a ser puestos en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

España<sup>876</sup> son parte de ese tratado emanado del sistema de la Organización de las Naciones Unidas. En tanto que del segundo, aprobado en el mismo sistema, sólo México es parte<sup>877</sup>.

Como puede observarse de la cita del texto del artículo 9 del PIDCP, su contenido es muy parecido al del artículo 7 de la CADH al no tener una lista de supuestos en que es admisible la restricción o privación de libertad, por el énfasis que hace en la prohibición de la arbitrariedad, así como por la remisión que hace a la ley para el establecimiento de los supuestos en que se puede privar de la libertad. Aunque su último párrafo, se corresponde con el también último párrafo del artículo 5 del CEDH en cuanto al derecho a

---

7. Cuando un trabajador migratorio o un familiar suyo sea arrestado, recluido 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 incoar 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.

<sup>875</sup> Se adhirió a éste el 23 de marzo de 1981.

<sup>876</sup> Lo firmó el 28 de septiembre de 1976 y ratificó el 27 de abril de 1977.

<sup>877</sup> La firmó el 22 de mayo de 1991 y ratificó el 8 de marzo de 1999.

obtener reparación cuando se ha sufrido una detención o arresto ilegal<sup>878</sup>.

Por su parte, el artículo 16 de la Convención sobre trabajadores migratorios y sus familias es a su vez una adaptación del antes referido artículo 9 del Pacto, con una serie de garantías y precisiones ajustadas a su objeto y fin<sup>879</sup>. Pese a la importancia jurídica de este cuerpo normativo, al estar dirigido sólo a proteger los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias, su ámbito de aplicación es en realidad reducido<sup>880</sup>. No obstante ello, por la especialización de objeto y fin es importante tenerlo presente.

Respecto a estos dos cuerpos normativos internacionales no haremos un desarrollo como lo hemos hecho en los anteriores apartados, no porque tengan una menor importancia, sino simplemente porque como ya vimos su contenido es muy similar al de algunos de los textos que antes se han analizado, con la diferencia de que ninguno de estos dos cuerpos normativos tiene como último intérprete de su contenido a un tribunal<sup>881</sup>.

---

<sup>878</sup> Cfr. Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica Chilena, Santiago, 1991, p. 89.

<sup>879</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras en México*, op. cit., p. 55.

<sup>880</sup> Cfr. La Spina, Encarnación, “Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares: alcance y limitaciones” en *Derechos y Libertades*, No. 28, Época II, enero 2013, pp. 125 y 135; Morales Sánchez, Julieta, *La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Fascículo 9, México, 2012; De Guchteneire, Paul; Pécod, Antoine and Cholewinski, Ryszard, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The International Convention on Migrant Workers and its Committee*, Fact Sheet No. 24 (Rev.1), United Nations, New York and Geneva, 2005, p. 4.

<sup>881</sup> Cfr. Barrena, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, p.64.

Si bien ambos tienen un Comité encargado de supervisar la correcta aplicación y cumplimiento de cada uno de los tratados<sup>882</sup>, la naturaleza jurídica de éstos y de sus decisiones no los convierte en intérpretes últimos<sup>883</sup>, por lo que para los fines de este trabajo preferimos destacar sólo a aquellos que tienen un órgano jurisdiccional de vigilancia e interpretación por la naturaleza y facultades con las que éstos cuentan<sup>884</sup>.

Lo anterior no significa que en los análisis que haremos en los siguientes capítulos no tomaremos en cuenta, por ejemplo, el contenido de las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos<sup>885</sup> o las del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>886</sup>, sino tan sólo que los utilizaremos como medios e interpretaciones complementarias<sup>887</sup>, cuando sean necesarios. Lo que sin duda

---

<sup>882</sup> Véase: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The International Convention on Migrant Workers and its Committee*, op. cit., pp. 10-11; *Civil and Political Rights: The Human Rights Committee*, Fact Sheet No. 15 (Rev.1), United Nations, New York and Geneva, 2005, pp. 12-14.

<sup>883</sup> Cfr. Barrena, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, op. cit., p. 65; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The United Nations Human Rights Treaty System*, Fact Sheet No. 30 (Rev.1), United Nations, New York and Geneva, 2012, pp. 21 y 36; Colmegna, Pablo Damián, "Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, Año VI, No. 8, 2012, pp. 40-43.

<sup>884</sup> Cfr. McGoldrick Dominic, *The Human Rights Committee. Its role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 5.

<sup>885</sup> Especialmente las siguientes: Observación General No. 21, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *Artículo 10 - Trato humano de las personas privadas de libertad*, 44º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992); Observación General No. 35, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *Artículo 9 - Derecho a la libertad y a la seguridad personales*, 112º período de sesiones, U.N. Doc. CCPR/C/GC/35 (2014).

<sup>886</sup> Especialmente la siguiente: Observación general Nº 2, *Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, 19º período de sesiones, U.N. Doc. CMW/C/GC/2 (2013).

<sup>887</sup> Cfr. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Interpretación de las normas internacionales sobre*

utilizaremos será el contenido de los dos tratados, según sean aplicables en España y México, pues las obligaciones en éstos contenidas tienen sin duda alguna la misma fuerza jurídica<sup>888</sup> que la de los tratados que fueron estudiados en los apartados previos de éste capítulo.

En todo caso, para los fines de este trabajo se puede destacar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por medio de la interpretación de éste<sup>889</sup>, como expresamente y en las interpretaciones<sup>890</sup> del Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, se ha admitido como una forma válida de afectar la libertad personal a la detención de personas migrantes extranjeras durante los procedimientos de control de la inmigración, siempre y cuando no sea arbitraria. Con lo que, por ahora, eso es lo que interesa.

### **3.8 Internamiento español y alojamiento mexicano ¿restricción o privación de la libertad?**

Como ha quedado establecido en el primer capítulo y en los apartados anteriores, en México a la afectación a la libertad de

---

*derechos humanos. Observaciones y recomendaciones generales de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Bogotá, 2010, p. 24; Abbott K. and Snidal D, “Why States Act Through Formal International Organizations”, en *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 42, Issue 1, 1998, p. 27.

<sup>888</sup> Cfr. Cuenca Gómez, Patricia, “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 12, Segunda Época, 2012, p. 12; Dulitzky, Ariel E., “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Abregú, Martín y Curtis, Christian (Coomp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997, pp. 33-74.

<sup>889</sup> Observación General No. 35, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *Artículo 9 - Derecho a la libertad y a la seguridad personales*, 112º período de sesiones, U.N. Doc. CCPR/C/GC/35 (2014), párr. 18.

<sup>890</sup> Observación general N° 2, *Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, 19º período de sesiones, U.N. Doc. CMW/C/GC/2 (2013), párr. 23.

personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales que se puede extender por regla general hasta por 60 días hábiles se le denomina *alojamiento* en la Ley de Migración vigente. Por su parte, en España, la medida equivalente que se puede extender hasta por 60 días es denominada como *internamiento* en la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Por lo que ambas medidas están legalmente establecidas y, como lo hemos visto, las dos resultan en principio admisibles dentro de los sistemas jurídicos aplicables respectivamente en México y España.

De igual forma, como antes quedó establecido, en todos los sistemas jurídicos aquí analizados el uso de los términos detención, arresto, restricción y privación de libertad suele hacerse indistintamente, en unos más que en otros, aunque sí hay un acuerdo no declarado respecto a que todas las formas de afectación de la libertad personal caben en el término privación de libertad *lato sensu* por la forma en la cual es reconocido el derecho a la libertad personal en las diferentes normas de origen nacional e internacional aplicables en México y España, respectivamente.

También, parece haber un acuerdo que se refleja en las interpretaciones de los órganos jurisdiccionales que antes se citaron en relación a que, con independencia de la denominación que se le dé a una afectación a la libertad personal, la distinción entre restricciones y privaciones de libertad es una cuestión de grado o intensidad, más que de naturaleza o esencia, y por supuesto que de denominación.

El grado o intensidad, tratándose de afectaciones a la libertad personal, tienen relación directa con el tiempo y lugar en el que se desarrollan<sup>891</sup>, pues no hay duda alguna de que de eso dependerá su magnitud y el nivel de incidencia en la libertad personal.

Por lo que, buscando ser más precisos, en este trabajo entenderemos como *restricción* toda afectación a la libertad personal que no

---

<sup>891</sup> Cfr. Harris, D.J., O'Boyle, M.O., Bates, E.P., Buckley C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 124; Rebato Peño, Ma. Elena, *La detención desde la Constitución*, *op. cit.*, p. 40

supere las 72 horas. En tanto que, toda aquella afectación de la libertad personal que supere esas 72 horas, esto es, desde que inicia la hora 73 y hasta el máximo que se autorice en los sistemas legales de los países será una *privación de libertad*. Ello independientemente de la denominación que se les dé en cada sistema jurídico a una determinada medida.

Utilizamos el plazo de 72 horas, por ser el máximo autorizado casi de manera uniforme en diferentes sistemas jurídicos, expresamente en España y México, para que se decida por un juez o tribunal sobre la afectación de la libertad personal de cualquier ser humano<sup>892</sup>.

Para nosotros, el lugar en el que se lleva a cabo no es relevante para esa distinción, aunque sin duda trasciende en el grado o intensidad. Pero por lógica, el lugar tiene relación inseparable con el tiempo, en la medida de que a mayor tiempo de afectación, más cerrado es el establecimiento en el que se ejecuta. Y entre menos tiempo se afecte la libertad personal, menos será la necesidad de contar con un espacio determinado y cerrado para su ejecución<sup>893</sup>. Ambos supuestos tienen excepciones<sup>894</sup> y, ante las excepciones, preferimos no dar relevancia al lugar sino a la duración. Lo relevante en todo caso en uno y otro supuesto es que sea un espacio abierto o cerrado, se respeten los derechos y brinden las comodidades que la persona afectada en su libertad personal debe tener garantizadas<sup>895</sup>.

Bajo ese entendido, que adquirirá mayor sentido con el desarrollo de los próximos capítulos de este trabajo, por las características que

---

<sup>892</sup> Cfr. Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, op. cit., p. 165.

<sup>893</sup> Cfr. Bueno Arus, Francisco, “Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 22, Mes 2, 1969, pp. 285-286.

<sup>894</sup> Véanse como ejemplo de eso los casos Guzzardi, Ashingdane o Engel del TEDH y Cfr. Jacobs, Francis G., and White, Robin C., *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 82-83.

<sup>895</sup> Cfr. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Personas privadas de libertad. Jurisprudencia y doctrina*, Bogotá, 2006, pp. 33-52, 63-78, 119-180, 287-308, 329-427.



tienen tanto el llamado *alojamiento* en estaciones migratorias en México y el llamado *internamiento* en los centros de internamiento de extranjeros en España, ambas medidas las entenderemos como una *privación de libertad personal*, por lo que reiteramos, les llamaremos así o con su denominación legal (alojamiento/internamiento), entendiendo que son algo más que una *restricción* del derecho a la libertad personal, aunque ambos entren en el género privación de libertad.

### 3.9 Privación de libertad personal y proporcionalidad

Los derechos humanos, independientemente de a quien le sean reconocidos, no son absolutos<sup>896</sup>. Salvo el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que no puede ser restringido bajo ninguna circunstancia<sup>897</sup>, pese a las complejidades prácticas que eso conlleva<sup>898</sup>, los demás derechos humanos admiten restricciones<sup>899</sup>. Sin embargo, ello no implica que cualquier restricción a los derechos humanos sea admisible, sino que éstas deben de cumplir ciertos requisitos mínimos.

---

<sup>896</sup> Cfr. Prado D., Maximiliano, “Limitación de los Derechos Humanos. Algunas Consideraciones Teóricas” en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 34, No. 1, enero-abril, 2007, pp. 67-68.

<sup>897</sup> Cfr. TEDH, *Caso Gäfgen c. Alemania*, Gran Sala, Aplicación No. 22978/05, Sentencia de 1 de junio de 2010, párr. 176; Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 92; Tribunal Constitucional España, *STC-123/2008*, de 20 de octubre, fundamento jurídico 2; Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Tesis I<sup>o</sup>.CCVI/2014*, Décima Época, de rubro: “TORTURA. SU SENTIDO Y ALCANCE COMO PROHIBICIÓN CONSTITUYE UN DERECHO ABSOLUTO, MIENTRAS QUE SUS CONSECUENCIAS Y EFECTOS SE PRODUCEN TANTO EN SU IMPACTO DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS COMO DE DELITO.”

<sup>898</sup> Cfr. Greer, Steven, “Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really ‘Absolute’ in International Human Rights Law?”, en *Human Rights Law Review*, Vol. 15, Issue 1, March 2015, pp. 101-137.

<sup>899</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia *Schmidberger v. Austria*, *Caso C-112/00*, 12 June 2003, afirma que el derecho a la vida no admite restricciones. Hasta hoy, es el único caso en el que hemos encontrado esa afirmación.

De esa forma, lo primero que debemos señalar es que como derechos con estatus constitucional, los derechos humanos sólo pueden ser limitados por o con base en normas que igualmente tengan estatus constitucional ó por normas a las cuales la Constitución expresamente remita o autorice para ese fin<sup>900</sup>.

Ahora bien, para determinar qué restricción es admisible y cuál no lo es, con un origen en su sistematización<sup>901</sup> eminentemente europeo continental<sup>902</sup> fue creada y desarrollada una fórmula para evaluar si una restricción, límite o intervención estatal en uno o más derechos puede ser justificable<sup>903</sup>. Este conjunto de exigencias que se ha convertido en un método central de la dogmática del Derecho Constitucional<sup>904</sup>, en un criterio universal de constitucionalidad<sup>905</sup> que se ha esparcido alrededor del mundo en las pasadas dos décadas<sup>906</sup> y de ahí ha trascendido al Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>907</sup> es conocido como *principio de proporcionalidad*.

---

<sup>900</sup> Cfr. Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 185-192.

<sup>901</sup> Aunque, como bien señala Markus González Beilfuss en su libro *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzandi, Navarra, 2003, pp. 15 y 18; los orígenes del principio de proporcionalidad se remontan a la filosofía clásica y en su formulación moderna a la época de la Ilustración.

<sup>902</sup> Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 44-56.

<sup>903</sup> Cfr. Barnes, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, 135, septiembre-diciembre 1994, pp. 500.

<sup>904</sup> Cfr. González Pascual, Maribel, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 59.

<sup>905</sup> Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 162.

<sup>906</sup> Cfr. Cohen-Eliya, Moshe and Porat, Iddo, “Proportionality and the Culture of Justification”, en *American Journal of Comparative Law*, Vol. 59, 2011, pp. 467.

<sup>907</sup> Cfr. Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002, pp. 190-195.

Por medio de éste se entiende que si una limitación de derechos es proporcional, es justificable. Si no es proporcionada, no lo es<sup>908</sup>, y para determinar ello, con una formulación base ampliamente aceptada, aunque no exenta de debates<sup>909</sup> que incluso ponen en duda su eficacia en la protección de los derechos humanos<sup>910</sup>, se ha desarrollado el conocido como *test de proporcionalidad* que incluye generalmente tres o cuatro niveles de análisis (ó subprincipios)<sup>911</sup> a los que se somete la restricción: a) idoneidad/adecuación; b) necesidad; y c) proporcionalidad en sentido estricto.

Sin embargo, así como pasaba con el test de igualdad y/o test de racionalidad (*supra* 2.6), en este tampoco existe una formulación única y menos coincidente en su denominación de los diferentes niveles de análisis, aunque en el fondo muchas veces sí lo son o son un mismo elemento con diferente denominación<sup>912</sup>.

Así por ejemplo, a la idoneidad se le denomina adecuación o fin legítimo<sup>913</sup>. En México se ha denominado también medida apta<sup>914</sup>. A la necesidad se le reemplaza con los términos indispensabilidad,

---

<sup>908</sup> Cfr. Rivers, Julian, “Proportionality and variable intensity of review”, *Cambridge Law Journal*, Cambridge, Vol. 65, No. 1, 2006, pp. 174.

<sup>909</sup> Véase, por ejemplo: Klatt, Matthias and Meister, Moritz, “Proportionality —a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy”, en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, No. 3, 2012, pp. 687-708.

<sup>910</sup> Tsakyrakis, Stavros, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, No. 3, 2009, pp. 468-493.

<sup>911</sup> Cfr. Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>912</sup> Cfr. González Beilfuss; Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>913</sup> Cfr. Barnes, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5, septiembre-diciembre 1998, p. 26.

<sup>914</sup> Cfr. Alvez, Amaya, “¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional?” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 253, enero-junio 2010, p. 374.

imprescindibilidad<sup>915</sup>. En tanto que a la proporcionalidad en sentido estricto se le ha llamado también ponderación<sup>916</sup>.

En Latinoamérica, la CoIDH ha agregado de manera expresa un elemento previo a los tres antes citados<sup>917</sup>, originalmente en los casos de libertad de expresión pero que se ha ampliado hasta ser una constante en su jurisprudencia: legalidad<sup>918</sup>. Aunque también hay quien de la originaria jurisprudencia alemana de donde se dice deriva en gran medida el test suele incluir un cuarto elemento previo a los tres más comunes: fin o finalidad legítima<sup>919</sup>.

Pero, sea en su entendimiento básico, con un nombre diferente, con diversas modalidades de integración, con énfasis en todos o sólo alguno(s) de sus elementos, fusionando o separando algunos de éstos<sup>920</sup>, y hasta confundiéndolos entre sí como ha ocurrido en

---

<sup>915</sup> Cfr. González Beilfuss; Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 66, nota al pie 34.

<sup>916</sup> *Ibidem.*, pp. 103-104. Aunque esto tiene explicación evidente en el hecho de que Robert Alexy señala que ese subprincipio es el núcleo de la ponderación, esto es, que el mandato o ley de ponderación está comprendido en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>917</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 9, No. 1, 2011, p. 138; Medina, Cecilia y Nash, Claudio, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007, pp. 32-35.

<sup>918</sup> El TEDH también suele incluirlo, aunque no en todos los casos, ya que en muchos de ellos en Europa se entiende implícita la necesidad de constar en ley.

<sup>919</sup> Cfr. Arnold, Rainer, Martínez Estay, José Ignacio y Zuñiga Urbina, Francisco, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10, No. 1, 2012, p.71; González Pascual, Maribel, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, op. cit., p. 60; Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 109; Prieto Sanchís, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, No. 8, 2000, pp. 444-447.

<sup>920</sup> Cfr. Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, No. 21, julio-diciembre, 2009, pp. 473-474.

México<sup>921</sup>, todos concurren en términos generales a lo mismo y, por todo ello, obviamente no exento de críticas<sup>922</sup>, el test de proporcionalidad es sin duda una de las mejores formas de evaluar las restricciones a los derechos humanos.

Por ello, como ya adelantábamos, en un importante número de tribunales supremos y constitucionales nacionales<sup>923</sup>, al igual que tribunales internacionales de derechos humanos<sup>924</sup> se ha establecido con algunas variaciones y coincidencias que toda restricción para estar en posibilidad de ser considerada admisible debe de satisfacer los requisitos establecidos en dicho test<sup>925</sup>. Esto, a pesar de que la

---

<sup>921</sup> Especialmente en cuando hace a la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Véase en ese sentido: Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y nuevo discurso de la Suprema Corte”, en *Cuestiones Constitucionales*, No. 26, enero-junio 2012, pp. 82, 83, 86 y 92.

<sup>922</sup> Véase, por ejemplo: Covarrubias Cuevas, Ignacio, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, No. 2, Santiago, 2012, pp. 447-480; y Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 327, 332.

<sup>923</sup> Cfr. Tribunal Constitucional de España, STC-236/2007 de 7 de noviembre, fundamento jurídico 4; Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Tesis 1a./J. 2/2012 (9a.), Décima Época, de rubro: “RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS”.

<sup>924</sup> Cfr. TEDH, *Caso The Sunday Times c. Reino Unido*, Sala, Aplicación No. 6538/74, Sentencia de 26 de abril de 1979; Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5.

<sup>925</sup> Vale la pena señalar que en México ha habido mucha confusión dentro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto al uso del principio de proporcionalidad y el test. A tal grado que, recientemente (2014) la Primera Sala de ese tribunal emitió una tesis aislada que lleva por título: “PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES” (Tesis 1a. CCCIX/2014 (10a.), Décima Época). En gran medida eso se debe a que en la jurisprudencia mexicana el uso más sistematizado de la proporcionalidad empieza a observarse después del año 2001, aunque varios autores señalan que su utilización siguiendo más o menos los parámetros europeos se dio en el amparo directo en revisión 988/2004, resuelto también por la Primera Sala en sesión

mayoría de los tribunales no “han elaborado una doctrina explicativa de sus fundamentos teóricos, ni de las razones de su empleo, ni han estimado necesario precisar sus respectivos significados”<sup>926</sup>.

Al sobrepasar el objeto de este trabajo los debates que antes se han mencionado, así como las suficiencias, insuficiencias, aciertos y errores del uso del test por la SCJN y el TCE, y al no existir una formulación única, el *test de proporcionalidad* que en este trabajo utilizaremos se integrará de la siguiente forma<sup>927</sup>:

- *Idoneidad*. La restricción, limitación o injerencia en un derecho debe tener una finalidad admisible para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, un interés público imperativo. “Es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o bien constitucionalmente protegido”<sup>928</sup>. Que existiendo dos derechos (ó principios) se requiera para salvaguardar uno la disminución del otro.
- *Necesidad*. La restricción, limitación o injerencia en un derecho debe ser de entre todas las posibles la que menos altere el contenido original del derecho a afectar. Esto es, que “[t]oda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el mismo objetivo”<sup>929</sup>. Que no sea imaginable un medio menos lesivo del derecho a alterar que posea la misma eficacia.

---

celebrada el veintinueve de septiembre de dos mil cuatro. Pero más bien, en ese amparo lo que se hace es aplicar la proporcionalidad a un naciente *test de igualdad* en la jurisprudencia de la SCJN.

<sup>926</sup> Sánchez González, Santiago, “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 12/13, 2003/2004, pp. 374 y 375.

<sup>927</sup> Cfr. Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit., p. 66.

<sup>928</sup> Moreso, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 71.

<sup>929</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 42.

- *Proporcionalidad* sentido estricto. La restricción, limitación o injerencia debe satisfacer estrechamente la finalidad que se busca como consecuencia directa de la menor restricción. Es decir, “[c]uando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios [ó derechos], tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de satisfacción del otro”<sup>930</sup>. Que haya debida correspondencia entre la disminución del contenido de un derecho y la salvaguarda del otro.

En ese sentido, para determinar si una restricción a los derechos humanos en general, y de una persona migrante extranjera en particular, es admisible, el derecho del que se trate debe ser sometido a la anterior evaluación. Aunque a esa evaluación, en nuestra opinión, para el caso de las personas migrantes extranjeras adolece de una evaluación previa que determine antes de la restricción a un derecho concreto, si ello no parte de una afectación a los principios de igualdad y no discriminación.

Esto porque, como ya lo vimos antes (*supra* 2.6), por medio del *test de igualdad* se determina la racionalidad (y proporcionalidad) de la diferenciación de trato, en tanto que por medio del *test de proporcionalidad* se establece la proporcionalidad de una restricción de un derecho humano<sup>931</sup>. Con lo cual, nunca será lo mismo evaluar la proporcionalidad de una restricción de un derecho humano que evaluar la racionalidad de un trato diferenciado en el ejercicio de un derecho. En uno se parte de la identificación del derecho a restringir o que ha sido afectado, mientras que en el otro del establecimiento de un término de comparación que puede o no existir, independientemente de que sí exista una restricción a un derecho.

Distinción que en muchos casos puede parecer innecesaria, pero consideramos nunca se puede obviar cuando la restricción del

---

<sup>930</sup> Alexy Robert, “La fórmula del peso”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 15.

<sup>931</sup> Cfr. Gavara De Cara, Juan Carlos, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, op. cit., p. 62.

derecho humano se dirige a cualesquiera de las categorías sospechosas. Especialmente porque, como antes señalábamos, muchas veces ni siquiera las intensidades (estricta o menos estricta) logran que se pueda reunir todo en una misma evaluación, como nos lo muestra la complejidad teórica que antes se describió, ya que dichas intensidades no cumplen su función de igual forma en todos los supuestos, especialmente en los vinculados con personas migrantes extranjeras en los que resulta “fácil” perderse entre la no discriminación y la restricción por las expresas exclusiones que hay en el reconocimiento de algunos derechos (*supra* 2.4).

En ese sentido, consideramos que toda afectación de un derecho humano de una persona migrante extranjera debe superar tanto la evaluación de igualdad como la de proporcionalidad, entendiendo que ésta proporcionalidad no es la misma que la proporcionalidad de la justificación de la diferenciación que contiene el test de igualdad, por lo antes señalado. Debemos aplicar lo que aquí denominaremos como el *método de sospechosa proporcionalidad* que será una combinación o conjunción de ambas evaluaciones.

Lo anterior puede parecer innecesario y contrario a las tradicionales evaluaciones de igualdad y restricciones con intensidades. Sin embargo, para nosotros resulta importante hacerlo en dos niveles porque una justificada diferenciación no puede dar lugar a cualquier tipo de restricción de derechos y, toda restricción de derechos en categorías sospechosas debe estar permanentemente acompañada de una ausencia previa de discriminación.

Siendo especialmente importante en el caso de las personas extranjeras, por el conjunto de derechos humanos que tenemos *vedados del alcance de los principios de igualdad y no discriminación* (*supra* 2.4) y que, muchas veces sirven para dar por obvia la irrelevancia de una evaluación de igualdad, dando lugar a una mayor apertura en la posibilidad del establecimiento de restricciones. Esto que puede parecer complejo, en los capítulos IV y V se verá que no lo es y, por el contrario, que sirve para dar mayor certeza.

En todo caso, regresando a la libertad personal de personas migrantes extranjeras y proporcionalidad, no podemos perder de vista por todo lo antes establecido la importancia que ésta última



tiene en cualquier afectación de la primera<sup>932</sup>, ya que como hemos insistido antes, que una privación de libertad *lato sensu* esté prevista y autorizada por la Constitución, los tratados o la ley, no significa que por ese simple hecho sea una privación de libertad admisible, pues para ello también debe, entre otras cosas, no ser arbitraria<sup>933</sup>. Y, para establecer esto último, la evaluación de la proporcionalidad de la afectación de la libertad personal en cada caso concreto aportará elementos de gran importancia<sup>934</sup>.

De esta forma, toda afectación de la libertad personal de cualquier persona, independientemente de que se haga una evaluación respecto al cumplimiento de todas las garantías necesarias para llevarse a cabo de manera válida y de su legalidad primigenia, también debe ser sometida a una evaluación de proporcionalidad si lo que se quiere determinar con toda certeza es la existencia o no de una injustificada o arbitraria privación de libertad<sup>935</sup>.

La proporcionalidad exige una exacta correspondencia entre el derecho a la libertad personal y las causas de sus limitaciones<sup>936</sup>. Esto es, que toda afectación de la libertad personal tenga por fin el salvaguardar otro derecho o bien constitucionalmente protegido. Pero también, que la específica afectación sea el medio menos lesivo para alcanzar el objetivo que se busca. Y, como ya se adelantaba, que el grado de afectación que sufra la libertad personal debe ser el grado de salvaguarda que recibe el otro derecho o bien constitucionalmente protegido. Pues nunca será suficiente el hecho de que una medida sea legalmente admisible para afectar la libertad

---

<sup>932</sup> Cfr. Flynn, Michael, “Immigration Detention and Proportionality”, *op. cit.*, p. 28. Un análisis extenso de esa importancia y más allá de la aplicación de un test, sino de la evaluación de más ángulos de la proporcionalidad de la detención se puede ver en: Flynn, Michael, “Who Must Be Detained? Proportionality as a Tool for Critiquing Immigration Detention Policy”, *op. cit.*, pp. 1-29.

<sup>933</sup> Cfr. Thwaites, Rayner, *The Liberty of Non-Citizens. Indefinite Detention in Commonwealth Countries*, *op. cit.*, pp. 13-14.

<sup>934</sup> Cfr. Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, *op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>935</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, *op. cit.*, párr. 18.

<sup>936</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, *op. cit.*, p. 165.

personal para que esta se pueda considerar admisible o justificada en el marco de los derechos humanos<sup>937</sup>.

---

<sup>937</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, *op. cit.*, párr. 12.

#### **IV. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE PERSONAS MIGRANTES EXTRANJERAS *SINE PERMISSUM* Y SIN CAUSAS PENALES EN ESPAÑA BAJO LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PROPORCIONALIDAD**

Como ha quedado establecido a lo largo de los capítulos anteriores, el denominado *internamiento* que se ejecuta en los conocidos como centros de internamiento de extranjeros (CIE) en España es una política migratoria de control (medida cautelar), por medio de la cual se priva de la libertad hasta por (60) sesenta días a las personas migrantes *sine permissum*<sup>938</sup> y sin causas penales, no solo en casos de expulsión, sino también en los de denegación de entrada y devolución.

Para el año 2015 dicha medida se cumple en los 8 centros ubicados en las provincias de Barcelona, Cádiz, Las Palmas, Madrid, Murcia, Santa Cruz de Tenerife y Valencia, así como en los 2 centros de estancia temporal ubicados en Melilla y Ceuta. En el año 2014, que es el último respecto al cual se tiene información, se dice que por esos lugares pasaron un total de 7.286 personas (*supra* 1.4.B.a).

De igual forma, como se desarrolla en el primer capítulo de este trabajo, los CIE han sido objeto de muchos cuestionamientos por las condiciones en las que se encuentran las personas ahí privadas de libertad, tanto por organizaciones no gubernamentales<sup>939</sup>, como por órganos de vigilancia de tratados<sup>940</sup>.

---

<sup>938</sup> Advertimos que, como se ha señalado en el primer capítulo y se precisará más adelante, en los centros de internamiento de extranjeros (CIE) en España sí hay privadas de libertad personas vinculadas con procesos o causas penales (artículo 89 del Código Penal). No obstante ello, tales supuestos superan el objeto de este trabajo. Sin que ello nos impida señalar que esos supuestos de expulsión vinculadas con la materia penal, por su naturaleza y la supuesta naturaleza de los centros de internamiento, no deberían pasar por éstos últimos, ya que ello sólo suma a la criminalización de la migración sin permiso.

<sup>939</sup> Véase *supra* nota 221.

<sup>940</sup> Entre otros: Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, *Informe de la vista a España*, Resolución A/HRC/23/56/Add.2, Consejo de Derechos Humanos, 6 de junio de 2013, párrs. 40-43 y 73; Comité Económico y Social Europeo, *El*

Así, el internamiento de extranjeros es una medida legalmente establecida y de vigente aplicación en España, pero ¿es discriminatoria? ¿Es proporcional?

A esas dos preguntas les daremos respuesta en este capítulo. Para ese fin, en primer lugar (4.1), estableceremos de manera concreta los fines, naturaleza, supuestos y fundamento jurídico en que se sustenta el llamado internamiento. Posteriormente (4.2), conoceremos lo que el Tribunal Constitucional de España (A), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (B) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C) han expresado con relación a esa política migratoria de control.

Finalmente, con todos esos elementos y lo que previamente se ha estudiado en este trabajo, analizaremos de manera pormenorizada (4.3) si la privación de libertad denominada internamiento respeta los principios de igualdad y no discriminación, así como el de proporcionalidad y, por tanto, si es una política de control migratorio que al afectar la libertad personal es admisible en el sistema constitucional y de derechos fundamentales en España.

#### **4.1 Fundamento, naturaleza, supuestos y fines de la privación de libertad de personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales en España.**

Como ha quedado establecido desde el primer capítulo de este trabajo, la privación de libertad personal denominada internamiento de extranjeros en España tiene su principal sustento jurídico nacional en los artículos 61.1.e)<sup>941</sup> y 62<sup>942</sup> de la Ley Orgánica

---

*respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración*, Dictamen de iniciativa, Bruselas, 4 de noviembre de 2009, párrs. 4.7 a 4.7.4; Relatora Especial sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios, *Informe de la visita a España*, Resolución 2003/46, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, E/CN.4/2004/76/Add. 2, de 14 de enero de 2004, párrs. 46-50.

<sup>941</sup> Artículo 61. Medidas cautelares.

---

1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.

<sup>942</sup> Artículo 62. Ingreso en centros de internamiento.

1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.

El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

3. Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal.

4. No podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62 bis 1. i) de esta Ley. Los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores conforme establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 35 de esta Ley.

5. La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

6. A los efectos del presente artículo, el Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde

4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>943</sup> (Ley de Extranjería).

Normas jurídicas que a su vez encuentran respaldo<sup>944</sup> en lo establecido en los artículos 5.1.f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 15 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>945</sup>, ésta última muy criticada<sup>946</sup>, no así la primera.

Así, el *internamiento* está previsto en la referida Ley de Extranjería<sup>947</sup> como *medida cautelar*<sup>948</sup>. Lo que significa que

---

se practique la detención. El Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y en las Salas de Inadmisión de fronteras, será el Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente

<sup>943</sup> Cfr. Cavas Martínez, Faustino (Dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 882-910; Ortega Martín, Eduardo, *Manual práctico de derecho de extranjería*, La Ley, 4ª. edición, Madrid, 2010, pp. 420-442.

<sup>944</sup> Cfr. Moya Malapeira, David, “La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 10, julio-diciembre 2008, disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/03DavidMoya.htm>. (consultada el 15 de julio de 2015).

<sup>945</sup> La medida incluida en la Ley de Extranjería puede considerarse sin duda alguna la transposición de la referida Directiva europea en España.

<sup>946</sup> Véase en ese sentido, entre otros: Ceriani Cernadas, Pablo, “La Directiva de Retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 5, enero 2009, pp. 85-94; Martínez Escamilla, Margarita, “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?” *op. cit.*, pp. 37-40.

<sup>947</sup> En la Directiva 115/2008 de la Unión Europea no se les asigna una naturaleza jurídica específica, pero se dice que se aplica si no existen “medidas suficientes de carácter menos coercitivo”.

jurídicamente no es una sanción y mucho menos una pena, pero tampoco es una detención preventiva ni prisión provisional<sup>949</sup> que son medidas constitucionalmente previstas para afectar la libertad personal en España (*supra* 3.2).

Que su naturaleza jurídica sea de medida cautelar ha sido cuestionado desde la doctrina en España<sup>950</sup>, pero más allá de esos debates para nosotros será especialmente relevante en la evaluación de proporcionalidad, ya que ese tipo de medidas implican, por una parte, que deben ser dictadas de manera provisional<sup>951</sup>. Por otra parte, que no son un fin en sí mismas sino que deben tener un fin claramente definido y éste debe estar dirigido a hacer posible que se ejerza un derecho o se cumpla con una obligación<sup>952</sup>. Y, finalmente, toda vez que se trata de medidas que afectan a un derecho antes de que se decida una situación concreta en proceso, deben ser excepcionalísimas, inseparables de su fin, dependientes o subordinadas del proceso principal con lo que deben extinguirse

---

<sup>948</sup> Cfr. Heredia Puente, Mercedes y Fábregas Ruiz, Cristóbal, *Medidas cautelares en el derecho de extranjería. Internamientos, expulsiones y otros aspectos del derecho de extranjería español*, Colex, Madrid, 1997, pp. 39-57.

<sup>949</sup> Cfr. Martínez Pardo, Vicente, *Detención e Internamiento de Extranjeros*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 226.

<sup>950</sup> Véase, por ejemplo: Molina Navarrete, Cristóbal y Monereo Pérez, José Luis (Coords.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001, p. 860; Villaverde Méndez, Ignacio, “El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado”, en Presno Linera, Miguel Ángel (Coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 191; Vidal Fueyo, Camino, “La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21, No. 62, mayo-agosto 2001, p. 217.

<sup>951</sup> Cfr. Teso Gamella, Pilar, *Medidas cautelares en la justicia administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 23; Serra Domínguez, Manuel, “Teoría general de medidas cautelares”, en Ramos Méndez, Francisco, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias Graficas Pareja, Barcelona, 1974, p. 20.

<sup>952</sup> Cfr. Ortells Ramos, Manuel, *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 37-39, quien cita a: Calamandrei P., *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pp. 10-21.

cuando termine éste<sup>953</sup>. Si no, es altamente dudoso que estemos en presencia de esa figura jurídica.

De conformidad con la Ley de Extranjería, la medida cautelar de internamiento se puede aplicar en tres supuestos generales<sup>954</sup>:

- a) Expulsión (artículo 62.1)
- b) Denegación de entrada en frontera (artículo 60.1), y
- c) Devolución (artículo 58.6)

Las diferencias entre los tres supuestos no son siempre fáciles de distinguir<sup>955</sup>, pudiendo en ocasiones confundirse o incluso intentar subsumir uno en otro<sup>956</sup>, especialmente, por ejemplo, ante lo difícil que puede resultar en la práctica distinguir cuando se está dentro del territorio (por aire, mar o tierra), cuándo en frontera o a partir de qué periodo de tiempo resulta aplicable uno u otro de los supuestos<sup>957</sup>. Ante eso, intentaremos distinguir cada uno de ellos.

En primer lugar, es importante establecer que las causas por las cuales se puede abrir un procedimiento de *expulsión*, de conformidad con la Ley de Extranjería<sup>958</sup>, son las siguientes<sup>959</sup>:

---

<sup>953</sup> Cfr. Teso Gamella, Pilar, *Medidas cautelares en la justicia administrativa*, op. cit., pp. 22-25; Ortell Ramos, Manuel y Calderón Cuadrado, María Pía, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Comares, Granada, 1996, pp. 13-18.

<sup>954</sup> Cfr. García Vitoria, Ignacio, “Denegación de entrada y salidas obligatorias del país: las garantías del procedimiento en la jurisprudencia (de junio de 2011 a junio de 2012)”, en Aja, Eliseo; Arango, Joaquín y Oliver Alonso, Josep (Dir.), *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio*, Anuario de la Inmigración en España, CIDOB, Barcelona, 2012, p. 217; Requejo Rodríguez, Paloma, *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 55-99.

<sup>955</sup> Cfr. Huertas González, Rosa; Iñiguez Hernández, Diego y Martínez Cano Cortés, Yolanda (Coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, 2000, p. 291.

<sup>956</sup> Cfr. Vidal Fueyo, Camino, “La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional”, op. cit., pp. 213-214.

<sup>957</sup> Cfr. Sola Reche, Esteban, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la nueva Ley de Extranjería”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, No. 18, noviembre de 2001, pp. 414, 419.

<sup>958</sup> En el Código Penal (artículo 89) se establece una modalidad de expulsión por sustitución de penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a una



- a. Encontrarse irregularmente en territorio español, por:
  - No haber obtenido la prórroga de estancia.
  - Carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.
- b. Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.
- c. Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en la Ley de Extranjería, siempre que tales hechos no constituyan delito.
- d. Incumplir con las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.
- e. Participar en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>960</sup>.

---

persona extranjera. Este supuesto al tener su origen en motivaciones penales sobrepasa el objetivo de esta investigación.

<sup>959</sup> Véase, artículo 57 de la Ley de Extranjería.

<sup>960</sup> Esta Ley ha sido abrogada por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27216 a 27243. No obstante ello, en el texto de la Ley de Extranjería, cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015), sigue apareciendo la derogada LO 1/1992. Cabe destacar que la nueva Ley no establece nada en relación a la expulsión (sí respecto al llamado rechazo). Por lo que bien podemos

- f. Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicado en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- g. Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.
- h. Realizar conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la Ley de Extranjería, siempre que el hecho no constituya delito.
- i. Contratar trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito.
- j. Simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en la Ley de Extranjería, siempre que tales hechos no constituyan delito.
- k. Cometer una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.
- l. Haber sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en España delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

---

afirmar (si creemos en la certeza jurídica en los casos de imposición de sanciones) que al haber dejado de existir la norma que establecía los supuestos de expulsión, éstos han dejado de existir y actualmente (noviembre 2015) no puede sustentarse ninguna expulsión en esos supuestos.

Pese a la existencia de todos esos supuestos de expulsión en la Ley de Extranjería, su artículo 62.1 sólo prevé en seis de éstos la posibilidad de aplicar la medida de internamiento<sup>961</sup>.

Cuatro son infracciones administrativas vinculadas con asuntos de seguridad y orden público (infracciones), y sólo una, con dos vertientes, vinculada con la situación migratoria de la persona extranjera. En tanto que una involucra asuntos de naturaleza penal.

Esto es, la marcada con la letra (l) en el listado anterior es, salvo en una de las acciones que prevé (inducir), de naturaleza penal, estando directamente relacionada con lo que establece el artículo 89 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>962</sup>. Por su naturaleza, como lo hemos advertido, ésta quedará fuera de nuestro análisis en este trabajo en sus supuestos penales.

Por su parte, los marcados con las letras (e) y (f), no son en su origen una infracción a la Ley de Extranjería<sup>963</sup>, sino una infracción a ésta derivada de una infracción grave o muy grave<sup>964</sup> a la Ley

---

<sup>961</sup> Lo cual se confirmaba con el contenido del artículo 63 de la Ley de Extranjería y el artículo 28.3 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Sin embargo, como antes señalamos, esta última Ley fue derogada y sustituida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y en ésta no se prevé nada relacionado con la expulsión.

<sup>962</sup> Cfr. Salvador Concepción, Rosa, “La expulsión del extranjero como castigo penal”, en *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, Vol. 2, No. 6, 2012, pp. 93-116; Asúa Batarrita, Adela, “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración”, en Lorenzo Copello, Patricia (Coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 20-66.

<sup>963</sup> Como las marcadas con las letras b, i y j lo son de origen infracciones al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Aunque cuando se llevan a cabo por personas extranjeras no se sancionan por ésta, sino por la Ley de Extranjería.

<sup>964</sup> Que se aplique por igual a infracciones graves y muy graves ha sido muy cuestionado por la doctrina desde los antecedentes normativos a la Ley de Extranjería vigente, ya que con justa razón se cuestiona la proporcionalidad con la que se sancionan ambas conductas. Entre otros, véase: Sola Reche, Esteban, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la nueva Ley de

Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>965</sup>. Mientras que las marcadas con las letras (d) y (g) en tanto no constituyan delito, sí son una infracción grave y muy grave, respectivamente, a la Ley de Extranjería<sup>966</sup>.

Finalmente, la marcada con la letra (a), es la única con origen y naturaleza estrictamente vinculada con la condición migratoria de la persona, al partir del supuesto de que una persona se encuentra irregularmente en territorio español, por: i) no haber obtenido la prórroga de estancia, y ii) carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

Pero incluso en dichos supuestos el llamado *internamiento* sólo puede aplicarse si el expediente de expulsión se tramita por un procedimiento preferente<sup>967</sup>, ya que si se tramita por medio de un procedimiento ordinario, de conformidad con el artículo 63 bis .3 dicha medida no puede ser aplicada<sup>968</sup>. El procedimiento preferente sólo puede iniciarse en los cinco supuestos antes citados<sup>969</sup>, pero en el caso del (a), sólo si se da alguna de las siguientes circunstancias<sup>970</sup>:

---

Extranjería”, *op. cit.*, p. 422; Massó Garrote, Marcos Francisco, “Presentación de la Ley de Reforma de la Ley de Extranjería”, en *La Ley*, avance mensual de enero de 2001, pp. 8-9

<sup>965</sup> Véase nota 929.

<sup>966</sup> *Cfr.* Chocrón Giráldez, Ana María, *Control judicial de las privaciones de libertad de los extranjeros en situación irregular*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 69-102.

<sup>967</sup> Este procedimiento está regulado en los artículos 234 a 237 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (Reglamento Ley de Extranjería).

<sup>968</sup> Artículo 63 bis 3. Tanto en la fase de tramitación del procedimiento como durante el plazo de cumplimiento voluntario, podrá adoptarse alguna o algunas de las medidas cautelares establecidas en el artículo 61, excepto la de internamiento prevista en la letra e).

<sup>969</sup> Véase artículo 63.1 de la Ley de Extranjería.

<sup>970</sup> Circunstancias que en esencia se corresponden con las que de conformidad con el artículo 62.1, segundo párrafo, debe tomar en cuenta el Juez de Instrucción para autorizar el internamiento en todos los supuestos: a) el riesgo de

- Riesgo de incomparecencia.
- El extranjero evitara o dificultase la expulsión.
- El extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

El que se incluya este último supuesto en los casos de “irregularidad” parece extraño, ya que con eso podría equipararse esa situación con las demás causas de expulsión. En todo caso, como se observa, las posibilidades autorizadas legalmente para privar de la libertad personal a una persona migrante sin causas penales con motivo de un procedimiento de expulsión se reducen en principio sólo a los supuestos antes descritos.

Pero además de esos supuestos derivados de un procedimiento de expulsión tramitado en procedimiento preferente, en los casos derivados del procedimiento ordinario, la Ley de Extranjería (artículo 64.1) también prevé una posibilidad para aplicar el llamado *internamiento*. Ésta se da en la *ejecución de la expulsión*. Pero este supuesto sólo se puede dar cuando hubiese expirado el plazo de cumplimiento voluntario sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional, siempre y cuando la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas<sup>971</sup>.

Lo anterior, sin olvidar que de conformidad con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (artículos 5, 18.d, 19, 20.1.d), desde el momento en que una persona solicita asilo o éste le es otorgado *no puede ser expulsada*. Por tanto, en esos supuestos, el llamado internamiento no está autorizado. Sólo sería aplicable si se rechaza la solicitud (artículo 20.1.d), si se deniega (artículo 37) o se revoca (artículo 44.2) y, posterior a ello, se acreditan los supuestos que antes se han establecido y no exista peligro para la vida, integridad o libertad de la persona que había solicitado asilo.

---

incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa; b) las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión y; c) la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

<sup>971</sup> Cfr. Requejo Rodríguez, Paloma, *El internamiento de extranjeros*, op. cit., pp. 67-70.

Por su parte, el supuesto de *denegación de entrada en frontera*, a diferencia de los anteriores, se presenta cuando<sup>972</sup>:

- a. No se cumplan los requisitos establecidos para la entrada a España (artículo 26.2)

Pero en todo caso, cuando el regreso de la persona a su lugar de origen se pudiera retrasar más de 72 horas.

Pero no sólo eso. Sino que, la denegación de entrada se debe hacer mediante resolución motivada (no hay expediente, ni procedimiento de expulsión o similar), en la que se debe informar acerca de los recursos que se pueden interponer en contra de ella, el plazo para hacerlo y la autoridad ante quien deben formalizarlo, así como de su derecho a contar con asistencia letrada y de intérprete desde el momento mismo que se hace el control en el puesto fronterizo<sup>973</sup>.

Lo que significa que sólo por denegación de entrada en puesto fronterizo y cuando el regreso pudiera tardar en efectuarse más de 72 horas sería posible pedir el internamiento. No estando ya dentro del país<sup>974</sup>, no fuera del punto fronterizo, no sin resolución de denegación de entrada, ni sin observarse lo antes señalado.

El tercer gran supuesto en el que una persona puede ser llevada a un centro de internamiento es en el caso de *devolución* (artículo 58.6 de la Ley de Extranjería) que a diferencia de los dos anteriores se presenta en dos supuestos:

- a. cuando se trate de personas que ya han sido expulsadas y estén contraviniendo la prohibición de entrada, y

---

<sup>972</sup> Sola Reche, Esteban, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la nueva Ley de Extranjería”, *op. cit.*, p. 413.

<sup>973</sup> Véase artículo 15 del Reglamento Ley de Extranjería.

<sup>974</sup> *Cfr.* Rodríguez Candela, José Luis y García España, Elisa, “La devolución del extranjero”, en *La Ley*, No. 5, septiembre de 1996, p. 1340 quienes en ese momento señalaban las diferencias que la Ley de Extranjería establecía entre el rechazo en frontera y la devolución.

- b. cuando se trate de personas que pretendan “entrar ilegalmente al país”<sup>975</sup>.

Y en ambos casos, la devolución no se pueda ejecutar en el plazo de 72 horas.

A diferencia de la expulsión<sup>976</sup>, en la devolución (artículo 58.3 de la Ley de Extranjería) no se requiere formar un expediente para devolver a personas extranjeras, pese a que es la misma autoridad administrativa competente para llevar a cabo las expulsiones la que acuerda la devolución (artículo 58.5 Ley de Extranjería). Además, de acuerdo con algunas resoluciones judiciales<sup>977</sup>, se ha establecido que procede la devolución y no la expulsión en aquéllos supuestos en los que la estancia irregular en España sea inferior a tres meses<sup>978</sup>. Lo que en nuestra opinión, sólo suma a la confusión y podría ir en detrimento de las garantías que se otorgan en los casos de expulsión.

En estos supuestos de devolución, el primero se puede entender que se acredita cuando ya se está o se pretende estar dentro del país y se tiene una prohibición previa por expulsión para hacerlo. En el segundo sólo que se pretende entrar sin la autorización correspondiente<sup>979</sup>, lo cual no constituye una infracción de las

---

<sup>975</sup> El término *ilegalmente* es el que utiliza en el referido artículo 58 la Ley de Extranjería.

<sup>976</sup> Sobre la confusión de medidas desde los primeros antecedentes legislativos, véase: Sola Reche, Esteban, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la nueva Ley de Extranjería”, *op. cit.*, p. 414, quien cita a: Gisbert Casasempere, “La entrada ilegal de inmigrantes, ¿retorno o expulsión?”, en *Tapia*, septiembre-octubre 2000, pp. 63-64.

<sup>977</sup> Por todas, véase: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, sentencia 2676/2011, de 24 de noviembre.

<sup>978</sup> *Cfr.* García Vitoria, Ignacio, “Denegación de entrada y salidas obligatorias del país: las garantías del procedimiento en la jurisprudencia (de junio de 2011 a junio de 2012)”, *op. cit.*, p. 232.

<sup>979</sup> En el Reglamento de la Ley de Extranjería (artículo 23) se dice que se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones. Esto debe tomarse con la debida precaución, por un lado, porque está incluido en el Reglamento y no en la Ley. Por otro lado, porque ello en cualquier caso se trata de *pretender* entrar, no de supuesto en los cuales ya se está dentro del territorio más allá de la frontera o sus inmediaciones.

previstas en la Ley de Extranjería<sup>980</sup>. Pero es necesario distinguir de manera clara ambos supuestos, sobre todo en el segundo que es en el que se pretende el ingreso al país sin la autorización, lo que significa que no se ha entrado, sino que se está pretendiendo entrar al país por un lugar o bajo condiciones no autorizadas. Pero a diferencia de la denegación, no se está necesariamente en el punto fronterizo.

Vinculado con la *denegación* y *devolución* es importante resaltar desde ahora que una vez que haya sido presentada una solicitud de protección internacional (derecho de asilo), “la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida”<sup>981</sup>. Por lo que, al ya no poder ser objeto de los supuestos antes sintetizados, parecería claro que en esos caso no es posible aplicar el internamiento derivado de la Ley de Extranjería<sup>982</sup>.

Esa situación se confirma en la Ley de Extranjería (artículo 58.4) al establecer que “[e]n el supuesto de que se formalice una solicitud de protección internacional [asilo/refugio] por personas que se encuentren en alguno de los supuestos [de devolución], no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional.” Pero no sólo eso, sino que “[t]ampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.” Aspectos que se deben tener especialmente presentes.

Así las cosas, pese a lo confusa que es la redacción y compleja la sistematización de la Ley de Extranjería, así como poco nítida la diferencia entre cada uno de los supuestos genéricos, parece

---

<sup>980</sup> Véanse artículos 50 a 54 de la Ley de Extranjería.

<sup>981</sup> Artículo 19 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

<sup>982</sup> No obstante, no pasamos por alto que el mismo artículo 19, antes citado, establece que “por motivos de salud o seguridad públicas, la autoridad competente podrá adoptar medidas cautelares en aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración”. Pero eso no significa que esas medidas se deban traducir necesariamente en internamiento, al existir otras medidas más previstas en la Ley de Extranjería como más adelante se estudiará.



evidente que los supuestos previstos para privar de la libertad a una persona migrante extranjera sin causas penales en un centro de internamiento de extranjeros son en realidad más limitados que lo que comúnmente se piensa.

Por lo que, toda privación de libertad sin causas penales de una persona migrante extranjera en un centro de internamiento de extranjeros en España que se encuentra fuera de esos supuestos (expulsión, devolución ó denegación de entrada), sin duda alguna será ilegal y una flagrante violación al derecho a la libertad personal.

Al analizar el cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación, así como la proporcionalidad detallaremos de manera expresa los supuestos y situaciones específicos que hemos identificado en cada uno de esos supuestos generales. Por ahora nos es suficiente con su mención y descripción general a partir de distinguir los tres supuestos generales de los cuales derivan.

Antes de concluir, debemos destacar que a pesar de lo antes descrito, en la Ley de Extranjería sólo se establece de manera expresa el fin que tiene la *medida cautelar* de internamiento para los supuestos de *expulsión* al establecer que busca: “asegurar la resolución final que pudiera recaer [en un procedimiento de expulsión]”<sup>983</sup>. En otras palabras, que se pueda ejecutar la expulsión si ésta se ordena al concluir el procedimiento respectivo.

En el supuesto de *denegación de entrada en frontera* se podría deducir ese fin de la lectura del artículo 60.1 que establece que la persona debe regresar a su punto de origen. Pero en el supuesto de *devolución* la Ley de Extranjería no establece un fin de manera expresa. “Con lo cual pueden aparecer dudas sobre si estamos hablando de la misma clase de internamiento en todos los posibles casos en los que la LE autoriza su aplicación”<sup>984</sup>. Además de que

---

<sup>983</sup> La Directiva 115/2008 establece que tiene como fin: “preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión.

<sup>984</sup> Sola Reche, Esteban, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la nueva Ley de Extranjería”, *op. cit.*, p. 425. En el mismo sentido: Del Rio Fernández, Lorenzo Jesús, “Detención e internamiento de extranjeros: Estatuto

por tratarse de una medida cautelar, la ausencia de un fin expreso e inexistencia de un proceso al que estén vinculadas, ponen en duda su legalidad.

Hay quien podría afirmar que al regular el referido artículo 61 las “medidas cautelares” con eso se incluyen todos los supuestos en que resulten previstas o aplicables, sin embargo, ese mismo artículo de manera literal señala que las medidas se pueden aplicar “[d]esde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión”. Y por tanto, no quedan incluidos los otros dos supuestos<sup>985</sup>.

Sólo sabemos que se trata del mismo internamiento haciendo una deducción *pro legislador* con la remisión que se hace en los artículos 60 y 58 al artículo 61. Especialmente, porque el artículo 58.6 establece que “[c]uando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión”. Pero eso no significa que tienen el mismo fin uno y otro supuesto, menos cuando en los casos de denegación de entrada no se abre un expediente de expulsión sino tan sólo se dicta una resolución y que en los casos de devolución no se abre expediente de expulsión. Con lo que, sería incorrecto equipararlas en sus fines cuando como “medidas cautelares” afectan un derecho tan importante como la libertad personal.

Para lo más que alcanza el contenido del artículo 58.6 de la Ley de Extranjería, y con muchas dudas que más adelante precisaremos, es para homologar los plazos, características, procedimientos y demás elementos que conforman el llamado internamiento por causas de expulsión con los derivados de la denegación de entrada en frontera y devolución. Esto es, para aplicar lo establecido en los artículos 62 a 62 sexies de la referida Ley. Pero no más y no de forma tan simplista y automática cuando lo que está en juego es la libertad personal.

---

jurídico”, en *Diario La Ley*, No. 5422 y 5423, 20 y 21 de noviembre de 2001, p. 3.

<sup>985</sup> *Cfr.* Del Río Fernández, Lorenzo Jesús, “Garantías en la detención y expulsión de extranjeros”, en *Diario La Ley*, No. 4471, 3 de febrero de 1998, p. 3.

De igual forma se podrían deducir uno o varios fines si se entiende que el Estado es quién decide quién entra y quien permanece en su territorio, así como atendiendo a la naturaleza jurídica que tienen la denegación y devolución<sup>986</sup>. Pero si de certeza y seguridad jurídica se trata, más cuando lo que está en peligro es la libertad personal, no hay duda alguna, en nuestra opinión, que la Ley de Extranjería falla al no establecer de manera expresa y clara cuál es el fin que tiene internar a una persona en los supuestos de denegación y devolución. Especialmente porque las regula como una medida cautelar. Igual se podría decir que el fin es obvio, pero creemos que tratándose de la libertad personal lo obvio es insuficiente, se necesita de lo expresamente establecido en ley.

Con este panorama que busca dar precisión, bien podríamos confirmar lo que Saskia Sassen señala en relación a que “la inmigración es más un problema de gestión que una crisis”<sup>987</sup>. Un problema construido por leyes ininteligibles y complicadas a las cuales una realidad más simple pero compleja las supera.

## **4.2 El análisis de la privación de libertad de personas migrantes *sine permissum* y sin causas penales en tres jurisdicciones fundamentales para España.**

El Tribunal Constitucional de España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya han tenido oportunidad de analizar, al menos en una parte, la privación de libertad de personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales. Aunque los dos últimos que se mencionan no lo han hecho respecto a algún caso relacionado con España cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015), sí han establecido algunos principios generales que resultan de utilidad.

---

<sup>986</sup> Cfr. Requejo Rodríguez, Paloma, *El internamiento de extranjeros, op. cit.*, pp. 72-74.

<sup>987</sup> Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización, op. cit.*, p. 76.

Por ello, a continuación analizaremos de manera breve las sentencias en las que los referidos tribunales han analizado de una u otra forma la privación de libertad de las personas migrantes *sine permissum* y sin causas penales, a fin de conocer los alcances de sus decisiones, lo que sí han analizado y lo que han dejado en el camino de la interpretación del Derecho bajo su respectiva competencia.

## A. Tribunal Constitucional de España

### a) *El primer análisis en abstracto: la base de todo.*

El TCE fue el primero que se pronunció respecto a la privación de libertad de personas migrantes en su sentencia *STC-115/1987* que resolvió el recurso de inconstitucionalidad 880/85, promovido por el Defensor del Pueblo<sup>988</sup>.

En dicho recurso se planteaba la inconstitucionalidad de varias normas contenidas en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España<sup>989</sup>; que como quedó establecido en el primer capítulo de este trabajo, es el primer antecedente de la Ley de Extranjería actualmente vigente en España<sup>990</sup>.

De manera particular, en cuanto al tema que interesa en esta investigación, se sostenía en el recurso que el artículo 26.2, párrafo segundo, de la referida Ley Orgánica era inconstitucional por vulnerar los artículos 17.1, .2, 24 y 25.3, en relación con el artículo 13, todos de la Constitución. Tal párrafo establecía lo siguiente:

---

<sup>988</sup> Tribunal Constitucional de España, *sentencia STC-115/1987*, de 7 de julio.

<sup>989</sup> *Cfr.* Mora Alemany, Rosario, “¿También los extranjeros son iguales ante la ley?”, en *Revista de Derecho UNED*, No. 12, 2013, pp. 574, 578, 580 y 590; Vidal Fueyo, Ma. del Camino, *Constitución y extranjería, op.cit.*, pp. 116-123; Pérez Alonso, Esteban Juan, “La expulsión de extranjeros: algunas consideraciones en torno al régimen de detención preventiva e internamiento de extranjeros. (Comentario a la sentencia núm. 115/1987, de 7 de julio)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 13, 1987, pp. 71-105.

<sup>990</sup> *Cfr.* González Beilfuss, Markus, “El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del derecho público de la inmigración”, en *Revista Catalana de Dret Public*, No. 40, 2010, p. 10.

“La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. De tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días.”

Estando enmarcado ello dentro del procedimiento de expulsión contenido en ese momento en el artículo 26. El Defensor del Pueblo en su escrito expresó que la medida de internamiento al exceder del plazo de 72 horas no respetaba la previsión constitucional del artículo 17.2, en la medida que el procedimiento de expulsión es de naturaleza administrativa y la Administración Civil no puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Además que la intervención de un juez no desvirtuaba la naturaleza administrativa de la expulsión confiriéndole carácter jurisdiccional y, finalmente, que el citado párrafo no respetaba el derecho a la tutela judicial del extranjero detenido reconocida a toda persona en el artículo 24 de la Constitución y en el artículo 14 del PIDCP<sup>991</sup>.

El Abogado del Estado, por su parte, al intervenir manifestó que respecto al artículo 26 sostenía que la detención preventiva por la autoridad gubernativa, por un plazo no superior a las 72 horas era totalmente respetuosa del artículo 17 constitucional y del artículo 5.1.f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en tanto que el internamiento tenía un alcance meramente cautelar y nunca represivo, lo cual era tutelado con la intervención del juez a fin de asegurar siempre la protección jurisdiccional de derechos y libertades públicas<sup>992</sup>.

Pese a los planteamientos formulados por el Defensor del Pueblo, que si bien no eran los mejores sí cuestionaban al menos el plazo

---

<sup>991</sup> Véase antecedente 3 de la sentencia STC-115/1987, de 7 de julio.

<sup>992</sup> Véase antecedente 9 de la sentencia STC-115/1987, de 7 de julio.

del internamiento (más de 72 horas), la naturaleza de la medida, la forma en la que se daba la intervención del juez y el derecho de tutela judicial, el Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico primero centró todo su análisis en la intervención judicial.

De esa manera, el TCE salvó la constitucionalidad del precepto impugnado haciendo una interpretación conforme a la Constitución<sup>993</sup> estableciendo que el párrafo impugnado debía entenderse en el sentido de que existe la exigencia de intervención judicial una vez transcurrido el plazo de 72 horas, aunque el legislador no lo haya indicado de forma expresa y sí de una forma un tanto ambigua. Por lo que el término *interesarse* que se utilizaba en el párrafo impugnado debía entenderse como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda quedar detenido el extranjero más allá del plazo de 72 horas.

En ese sentido, al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, según el TCE, el párrafo impugnado era respetuoso del artículo 17.2 de la Constitución, así como del 25.3 de la misma. Con lo que, ese carácter judicial de la privación de libertad hacía plenamente aplicable al caso de los extranjeros la doctrina sentada de ese Tribunal, para el supuesto distinto de la prisión provisional<sup>994</sup>. Por lo que el internamiento del extranjero debía regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar.

Respecto al plazo, lo único que dijo el Tribunal Constitucional es que la existencia de esa duración máxima de 40 días<sup>995</sup> reflejaba el carácter restringido y excepcional de la medida de internamiento, y que dicho plazo era también la duración máxima de la *prisión*

---

<sup>993</sup> Cfr. Martínez Pardo, Vicente, *Detención e Internamiento de Extranjeros*, *op.cit.*, p. 215.

<sup>994</sup> Conclusión que se comparte, entre otros, por: Villaverde Méndez, Ángel Ignacio, “El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado”, *op. cit.*, pp. 147 y ss.; Martínez Pardo, Vicente, *Detención e internamiento de extranjeros*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>995</sup> Plazo que fue ampliado en la Reforma de la Ley de Extranjería en 2009. Por lo que el plazo actual de 60 días no ha sido analizado por el Tribunal Constitucional español.

*preventiva* de los extranjeros prevista en el artículo 16.4 del Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982.

Además de que el término «imprescindible» que se usaba “sólo respecto a la duración, implícitamente parece dar a entender que ha de ser también imprescindible la propia pérdida de libertad, de modo que no es la sustanciación del expediente de expulsión, sino las propias circunstancias del caso, por razones de seguridad, orden público, etc., las que han de justificar el mantenimiento de esa pérdida de libertad, siendo el Juez, guardián natural de la libertad individual, el que debe controlar esas razones”<sup>996</sup>.

Con ese argumento, sin dar mayor razonamiento y creemos, sin tener en claro la analogía que estaba haciendo, el TCE sin preocupación alguna equiparó el internamiento por causas administrativas con una medida de naturaleza penal<sup>997</sup>, cuando lo único coincidente entre una y otra es que se aplicaban a extranjeros. Pero nada dijo de la proporcionalidad del plazo máximo a pesar de esa desafortunada comparación.

Además de que en ningún caso podría significar que el plazo de la referida prisión preventiva *per se* fuera válido constitucionalmente, cuando nunca había sido analizado por ese Tribunal, y mucho menos que la existencia de un plazo similar al previsto para el internamiento en ese momento fuera proporcional por el simple hecho de existir en un tratado de extradición que evidentemente tiene una naturaleza jurídica distinta. Aunque también es cierto que el Defensor del Pueblo nunca cuestionó directamente el plazo de 40 días entonces previsto, sino sólo que no podía existir una privación de libertad superior a 72 horas.

Igual fue desafortunado en ese mismo análisis que, por una parte, en una interpretación constitucional el TCE señalara que una norma “parece dar a entender”, cuando si lo que pretendía era dar certeza y

---

<sup>996</sup> Véase fundamento jurídico 1 de la sentencia STC-115/1987, de 7 de julio.

<sup>997</sup> *Cfr.* Pérez Alonso, Esteban Juan, “La expulsión de extranjeros: algunas consideraciones en torno al régimen de detención preventiva e internamiento de extranjeros. (Comentario a la sentencia núm. 115/1987, de 7 de julio)”, *op. cit.*, pp. 99-102.

seguridad jurídica debió señalar: debe ser entendida. Por otra parte, que a pesar de que desde ese momento la Ley de Extranjería preveía el internamiento también por meras cuestiones de “irregularidad”, el TCE pusiera énfasis en las razones de seguridad y orden público, especialmente para sustentar su equivocada<sup>998</sup> comparación antes referida, ya que con eso puso las bases, se sumó y enfatizó la vinculación de la migración con el peligro, con su criminalización.

Finalmente, el Tribunal Constitucional en su escueto análisis señaló que al ser adoptada la medida mediante una resolución judicial motivada que debía respetar el derecho de defensa, dicha intervención judicial evitaba que el internamiento pudiese considerarse arbitrario<sup>999</sup>. Además de que a partir de las 72 horas el extranjero se encuentra a plena disponibilidad judicial, la cual sólo cesa en el momento en el que el juez mismo decida la libertad o en el momento en que la autoridad administrativa solicitara su entrega para proceder a su efectiva expulsión y que, al llevarse a cabo ese internamiento en lugares sin carácter penitenciario, eso era una garantía adicional.

Con esos razonamientos, el TCE concluye que “el internamiento de extranjeros no pued[e] considerarse ni de carácter administrativo, ni sin las garantías de fondo y forma que eviten su carácter arbitrario”. Por lo cual, “no puede ser considerado inconstitucional”.

Conclusión muy difícil de compartir cuando la arbitrariedad o no de la medida la hace depender el Tribunal Constitucional sólo de la intervención judicial<sup>1000</sup>, sin analizar la proporcionalidad del plazo (que veladamente se cuestionó) y la medida en sí, mucho menos plantearse la necesidad de valorar si se cumplía con el principio de no discriminación, ni justificar por qué la intervención de un juez

---

<sup>998</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>999</sup> *Cfr.* Gómez-Ferrer, Rafael Jover, Ortega Carballo, Carlos y Ripol Carulla, Santiago, *Derechos fundamentales de los extranjeros en España, op. cit.*, p. 83.

<sup>1000</sup> En el mismo sentido: Daunis Rodríguez, Alberto, “Reglamento de los centros de internamiento de extranjeros: una nueva oportunidad perdida”, en *Diario La Ley*, N° 8418, Sección Doctrina, 11 de Noviembre de 2014, p.6; Miralles Sangro, Pedro Pablo, “Democracia, derechos humanos y constitución exigen el cierre inmediato de los centros de internamiento de extranjeros (CIES)”, en *Revista de Derecho UNED*, No. 10, 2012, p. 732.



que no tenía naturaleza administrativa sino penal era constitucionalmente admisible (juez natural), ni por qué una medida de origen y naturaleza administrativa podía prever de forma constitucionalmente válida una medida, así fuera cautelar, que implicara la privación de libertad aun con la intervención judicial y, sobre todo, por qué era posible generalizar esa concusión a todos los supuestos que en ese momento hacían posible su aplicación a pesar de sus diferencias. Entre algunos aspectos más que podrían haberse analizado y sobre todo, justificado constitucionalmente.

*b) Los primeros análisis de casos concretos: todo está dicho.*

Posterior a la sentencia antes analizada, la Primera Sala del Tribunal Constitucional en la sentencia *STC-144/1990*<sup>1001</sup>, dictada en el Recurso de amparo 846/1989, tuvo la oportunidad de analizar, pero ahora respecto a un caso concreto (no la figura en sí en abstracto), la constitucionalidad del internamiento en ese momento previsto en el art. 26.2 de la Ley de Extranjería.

En su fundamento jurídico cuarto, siguiendo lo establecido en la *STC-115/1987*, confirmó sin evaluar nada en particular, que la medida era válida en tanto fuera adoptada por decisión judicial. Y aunque concedió el amparo, ello no fue por analizar la medida en cuanto a sus características y configuración en el caso concreto, sino porque la decisión de internamiento fue adoptada de forma colectiva<sup>1002</sup> para todos los afectados —un total de ocho—, sin relación alguna entre ellos, con una motivación genérica y sin concreción alguna sobre cada detenido<sup>1003</sup>.

Conclusión similar en cuanto a su justificación y uso de precedente a la que llegó la misma Primera Sala en el fundamento quinto de la

---

<sup>1001</sup> Tribunal Constitucional de España, *sentencia STC-144/1990*, de 26 de septiembre, Primera Sala.

<sup>1002</sup> *Cfr.* López Benítez, Mariano, “El nuevo régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. Especial 99-100, mayo-diciembre 2014, p. 1932, nota al pie 31.

<sup>1003</sup> Tribunal Constitucional de España, *sentencia STC-144/1990*, de 26 de septiembre, Primera Sala, fundamento jurídico quinto.

*STC-12/1994*<sup>1004</sup>, derivada del Recurso de amparo 591/1993. Esto, pese a que el asunto estaba vinculado con una solicitud de asilo. Pero de manera simple, el TCE en su fundamento jurídico quinto concluyó que la medida de *internamiento* era perfectamente aplicable a la “detención de extranjeros sujetos a devolución por haber entrado ilegalmente (sic) en el país”.

Así, estableciendo que la solicitud de asilo se había planteado sin reunir las condiciones que establecía la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado y su Reglamento aprobado por Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero, y que, por tanto, no se podía hablar de una detención ilegal, el amparo se debía desestimar al estar expresamente autorizado en el artículo “36.2 de la Ley Reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España la devolución de los mismos cuando, como en el caso enjuiciado, hubiesen entrado ilegalmente en el país”.

Todo ello, sin preguntarse en ningún momento y mucho menos justificar el TCE si las conclusiones que antes se habían establecido para el internamiento en casos de expulsión eran exactamente aplicables u homologables a los supuestos de devolución que tenía frente a sí en ese análisis concreto que se le planteo.

*c) Previo al internamiento independientemente del lugar de la detención: estrictas 72 horas.*

En la *STC-174/1999* de 27 de septiembre, en la que se resolvió el recurso de amparo 1.374/99, el Tribunal Constitucional de España tuvo oportunidad de conocer de un caso relacionado con el tiempo que estuvo detenida una persona de nacionalidad china<sup>1005</sup>, primero, en dependencias policiales del 22 al 25 de marzo de 1999 y, después, en la *zona de rechazados* del aeropuerto de Las Palmas de Gran Canaria del 25 al 31 de mismo mes y año.

---

<sup>1004</sup> Tribunal Constitucional de España, *sentencia STC-12/1994*, de 17 de enero, Primera Sala.

<sup>1005</sup> *Cfr.* Villaverde Méndez, Ignacio, “El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado”, *op. cit.*, p. 170.

En esta, el TCE de manera destacada en el fundamento jurídico cuarto estableció que toda detención preventiva que tenga como fin dar cumplimiento a la ejecución forzada de una orden de expulsión o devolución, así sea que se lleve a cabo en la zona de rechazados, debe satisfacer los requisitos que cualquier otra detención de ese tipo y, por tanto, tiene un límite temporal insuperable de 72 horas. En eso, radica la importancia de esta sentencia.

Aunque el TCE no hace mención del internamiento, sí envía el mensaje de que no se olvide la existencia de éste, pues en ese mismo fundamento jurídico señala que la “ejecución forzosa deberá practicarse sin dilación, pero no necesariamente con el límite máximo de setenta y dos horas.” Abriendo así, indudablemente, la puerta del internamiento.

*d) Segundo análisis abstracto: la intervención judicial se consolida.*

La segunda vez que el TCE tuvo la oportunidad de analizar la privación de libertad de personas migrantes extranjeras de manera abstracta fue en la sentencia *STC-236/2007*<sup>1006</sup>, al resolver el recurso de inconstitucionalidad 1707-2001 presentado por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>1007</sup>.

Con lo que tenía frente a sí la oportunidad de analizar el nuevo contenido de las normas que prevén el llamado internamiento de extranjeros. Lamentablemente, el Parlamento de Navarra limitó su impugnación a expresar que el artículo 60 de la referida Ley, relativo a los supuestos de *retorno*<sup>1008</sup>, vulneraba el artículo 17.1 y .2 de la Constitución “pues no garantiza que más allá de las setenta

---

<sup>1006</sup> Tribunal Constitucional de España, *sentencia STC-236/2007*, de 7 de noviembre.

<sup>1007</sup> Véase con relación a esa sentencia: Vidal Fueyo, Ma. del Camino, “La jurisprudencia del tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”, *op. cit.*, pp. 353-379.

<sup>1008</sup> Lo que ahí se denomina retorno corresponde a lo que actualmente (noviembre 2015) se conoce como denegación de entrada en frontera.

y dos horas corresponda a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de libertad ya que de su redacción se desprende que el Juez no tendrá posibilidad de decidir otra cosa distinta al internamiento.”

Por su parte, el Abogado del Estado señaló que la fundamentación contenida en la STC-115/1987 avalaba precisamente la constitucionalidad del precepto al establecer que sea la autoridad judicial la que decida sobre la situación personal del extranjero obligado a retornar y determine el lugar donde deba ser internado.

El Tribunal Constitucional ante esas argumentaciones, en el fundamento jurídico decimoquinto de la sentencia desestima el motivo de inconstitucionalidad y, siguiendo justamente lo argumentado en la SCT-115/1987, establece que haciendo una interpretación conforme a la Constitución del artículo 60 de la Ley de Extranjería, “la expresión ‘para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta el momento del retorno’, contenida en el precepto impugnado, debe ser entendida como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero pendiente del trámite de expulsión más allá del plazo de setenta y dos horas, siendo el órgano judicial el que habrá de adoptar libremente la decisión.” Y en consecuencia, no podía ser considerado inconstitucional.

El planteamiento de inconstitucionalidad fue limitado, la respuesta del TCE no tuvo mayor esfuerzo que mirar a su doctrina y concluir, sin razonamiento a ese respecto, por qué una situación de *retorno* y una de *expulsión* podían ser tratadas de la misma forma por el legislador o peor aún, por ese propio Tribunal Constitucional, ya que los supuestos y características en que surge uno y otro no podían llevar a aplicar sin justificación o razonamiento alguno la doctrina prevista para el supuesto de *expulsión* de una ley que ya no estaba vigente, a un supuesto de *retorno*<sup>1009</sup>. Pero nuevamente la solución fue la intervención judicial.

---

<sup>1009</sup> Estas diferencias se entenderán de mejor forma para quien no esté familiarizado con esas figuras cuando se analice de manera concreta cada una de ellas en los siguientes apartados.

Si bien es cierto que por la forma en que fue planteada la inconstitucionalidad poco se podía hacer, también es cierto que el TCE no quiso entrar a más, como ocurrió con otros aspectos que se le plantearon en ese recurso<sup>1010</sup>.

*e) Una pregunta en abstracto sobre la proporcionalidad del plazo máximo de internamiento: la intervención judicial como respuesta.*

Días después de la sentencia antes analizada y de gran relevancia para el análisis que aquí desarrollamos, en la *STC-60/2007*<sup>1011</sup>, el Tribunal Constitucional al resolver el recurso de inconstitucionalidad 1644-2001, interpuesto por el Parlamento Vasco contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tuvo frente a sí la oportunidad de pronunciarse en abstracto y no a partir de un caso concreto en relación al plazo (en ese momento todavía de 40 días) del internamiento.

El Parlamento recurrente de manera muy clara cuestionó que “teniendo en cuenta que, el internamiento es una medida cautelar y no una sanción, la fijación del tiempo máximo de duración en cuarenta días parece excesiva, sobre todo si se considera que implica una real privación de libertad, de modo que supone un sacrificio desmesurado de la libertad de las personas y es contrario al art. 17 CE”.

El Abogado del Estado señaló que la medida y su plazo “responden a una restricción de la libertad de circulación y no de la libertad personal que resulta claramente proporcionada al fin que se persigue”. Así de claro se tenía desde esa oficina gubernamental el debate que por varios años se venía desarrollando en relación a ese tema y el derecho afectado.

Ante esas argumentaciones, el TCE en su fundamento jurídico sexto desestima el motivo de inconstitucionalidad invocando una vez más

---

<sup>1010</sup> *Ibidem.*, pp. 377-379.

<sup>1011</sup> Tribunal Constitucional de España, *sentencia STC-260/2007*, de 20 de diciembre.

la STC-115/1987 para decir que la medida tiene un régimen de control judicial, con lo cual, “el Juez [puede] fijar un periodo máximo de duración del internamiento inferior al citado”.

Con lo que sin interesarse en lo más mínimo en la proporcionalidad del plazo máximo de 40 días que era aplicable en ese momento y respecto a lo cual expresamente se le preguntó<sup>1012</sup>, el Tribunal Constitucional simplemente señala que al haber intervención de un Juez el plazo podría ser menor y, por tanto, no veía inconstitucionalidad alguna.

Sin embargo, el TCE omite responder si era constitucionalmente admisible que, justo por esa intervención judicial se decidía aplicar el plazo máximo y no uno menor como presumía se podía hacer. Esto es, porque en abstracto, como era el análisis que desarrollaba, 40 días era un plazo máximo admisible constitucionalmente para el internamiento como *medida cautelar*, pues sólo a partir de ello, uno menor por lógica también lo podría ser.

Con lo que, tampoco responde por qué más de 3, 9, 11 o 17 días, por ejemplo, si serían constitucionalmente admisibles para una medida de esa naturaleza y fines o, lo que podría ser más relevante, por qué el simple hecho de que intervenga un Juez es lo que hace proporcional a la medida cautelar independientemente de cuál sea el plazo mínimo que se fije. Pero obviamente, habría sido fundamental que el TCE dijera por qué el plazo máximo, que en muchos casos se aplicaba aun con o justamente por la intervención del Juez, era un plazo máximo proporcional a los fines de la medida, en todos y cada uno de los supuestos en los cuales estaba prevista su aplicación.

---

<sup>1012</sup> La ausencia de estudio del plazo máximo, como hemos visto, se centro en la intervención judicial y en que según el TCE: “cuando utiliza el término «imprescindible» [en el artículo 26.2] sólo respecto a la duración, implícitamente parece dar a entender que ha de ser también imprescindible la propia pérdida de libertad, de modo que no es la sustanciación del expediente de expulsión, sino las propias circunstancias del caso, por razones de seguridad, orden público, etc., las que han de justificar el mantenimiento de esa pérdida de libertad”. Pero perdía de vista que no a toda persona “parece dar a entender” eso y de ahí, la importancia que había de pronunciarse sobre la proporcionalidad de la *medida cautelar*.

Esto es, porque un plazo de, por ejemplo, 35 días fijado por un Juez era igualmente proporcional como medida cautelar en un supuesto de expulsión, que en uno de devolución o retorno que eran en ese momento los legalmente previstos. ¿Sólo por ser menor a 40 días y haber sido fijado por un Juez? Sin embargo, una vez más el TCE dejó varias preguntas sin respuesta, no distinguió los supuestos y centró sus argumentos en la intervención judicial establecida desde 1987.

*f) Más análisis de casos concretos: ¿mejor protección o la simple repetición de lo ya establecido en la Ley?*

Posterior a ese análisis abstracto, la Primera Sala del TCE en un Recurso de amparo (8951-2006), dictó la sentencia *STC-169/2008*<sup>1013</sup>. En la demanda se alegaba la falta de motivación<sup>1014</sup> del internamiento decretado a solicitud de la Delegación del Gobierno en Madrid. Para resolver el caso, el Tribunal Constitucional una vez más se limita a recoger su doctrina anterior<sup>1015</sup> e invocó el contenido de la *STC-115/1987* al señalar la validez constitucional del internamiento y la importancia que tiene la actuación del Juez de instrucción, así como las características que debe cumplir su resolución por la que se adopte el internamiento.

Así, en su fundamento jurídico tercero señaló que “el Juez de Instrucción habrá de adoptar su decisión motivadamente, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión o de devolución invocada por la autoridad gubernativa, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida, al hecho de que carezca de domicilio o de documentación, a la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de

---

<sup>1013</sup> Tribunal Constitucional de España, sentencia *STC-169/2008*, de 15 de diciembre.

<sup>1014</sup> Atendiendo en esencia a los mismos aspectos (importancia de la motivación del Auto de internamiento) antes de este caso, el TCE también se había pronunciado sobre este tema en la *STC-96/1995*, de 19 de junio (FJ 3), *STC-182/1996*, de 12 de noviembre (FJ 3) y *STC 303/2005*, de 24 de noviembre.

<sup>1015</sup> *Cfr.* Gómez-Ferrer, Rafael Jover, Ortega Carballo, Carlos y Ripol Carulla, Santiago, *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, *op. cit.*, p.84.

otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes, o a cualquier otra circunstancia que el Juez estime relevante para adoptar su decisión”.

Esa interpretación podría considerarse como una actuación *garantista* del TCE, ya que amplía lo que de manera expresa establecía la Ley de Extranjería en el artículo 62.1 al crear vía interpretativa una cláusula abierta en la que pueden apoyarse los jueces para tomar su decisión: “cualquier otra circunstancia que el Juez estime relevante para adoptar su decisión”. Sin embargo, en este caso esa apertura resulta peligrosa al poder funcionar tanto en sentido positivo como negativo. Es decir, para motivar la denegación de internamiento o para motivar el internamiento.

Si es para denegarlo, “cualquier otra circunstancia” juega en favor de la libertad. Pero si es para ordenarlo, “cualquier otra circunstancia” va en contra de la libertad, al darle al Juez de Instrucción la posibilidad de que establezca cualquier motivación, más allá de lo previsto en el artículo 62.1, que estime relevante para adoptar su decisión de internamiento. Circunstancia que no es menor y que, sin duda, según la lectura y uso que se le dé, así como posición que se tenga frente a la libertad personal de las personas migrantes extranjeras, se puede considerar acertado o erróneo.

En el caso que se analizaba y que el que antes describimos, el Juez de Instrucción había incumplido con su obligación al no expresar los motivos y causas en virtud de los cuales acordó el internamiento, por lo que el TCE otorgó el amparo solicitado a pesar de que la persona afectada había sido devuelta a su país 2 años y 6 meses antes de que se dictara dicha sentencia.

*g) El más reciente análisis en abstracto: todo sigue igual.*

Finalmente, la última vez que el Tribunal Constitucional se ha referido al llamado internamiento de extranjeros cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015)<sup>1016</sup> fue en la sentencia *STC-*

---

<sup>1016</sup> La última revisión de la base de datos del Tribunal Constitucional la llevamos a cabo el 11 de noviembre de 2015.



17/2013<sup>1017</sup> al resolver el recurso de inconstitucionalidad 1024-2004, interpuesto por el Parlamento Vasco contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.

Sólo que en este caso, no analizó la medida de internamiento en sí, sino una parte de las condiciones de estancia en los centros de internamiento de extranjeros, de manera específica las entonces nuevas medidas de vigilancia y seguridad interior. En particular, la habilitación a la autoridad del centro para llevar a cabo inspecciones y registros, para utilizar medidas de contención física personal o separación preventiva (medidas de aislamiento) en determinadas ocasiones y sin previsión de régimen alguno de recursos o quejas.

Respecto a todos esos aspectos, el TCE haciendo interpretaciones conformes a la Constitución declaró que ninguna de esas medidas era inconstitucional.

Lo más relevante de esa sentencia, para el análisis que se hará a continuación, es que el Tribunal Constitucional distingue entre los casos de *devolución* y *expulsión* al no tener la misma naturaleza. Siendo esa distinción relevante como lo veremos en los siguientes apartados y ser, como antes quedó expresado, algo que le había parecido irrelevante en todos los análisis previos que había desarrollado.

De todo lo antes descrito, resulta evidente que el TCE sólo se ha ocupado del análisis de una parte muy pequeña del llamado *internamiento* de extranjeros. Incluso, podemos afirmar que no ha analizado el *internamiento* por existencia de procedimiento de *expulsión* bajo el nuevo plazo de 60 días y que se encuentra recogido de una forma y en un artículo distinto al que analizó en

---

<sup>1017</sup> Tribunal Constitucional de España, *sentencia STC-17/2013*, de 31 de enero.

1987 y 2007. En tanto que del *internamiento* por procedimiento de *devolución* sólo analizó lo relativo a los efectos y fines que tiene la intervención judicial, pero no más. Mientras que del *retorno* (hoy *denegación*) no analizó en sustancia nada, ya que simplemente lo equiparó con los supuestos de expulsión sin dar mayores razones de eso.

Lo único que sí ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional es la constitucionalidad de la detención de extranjeros con motivo de la incoación de un expediente de expulsión<sup>1018</sup>. Y en sí, de la constitucionalidad de la medida en todos los supuestos previstos en la Ley de Extranjería, pese a que no ha analizado su proporcionalidad (ni genérica, ni del plazo máximo), pese a que ya le fue cuestionado en 2007 el entonces plazo máximo de 40 días (no así el de 60), ni si es aplicada de manera discriminatoria.

Es más, en todos esos análisis ni siquiera le ha parecido relevante la diferencia que hay entre los textos oficiales del CEDH y su traducción al castellano, en donde sin duda se debería de hacer un importante análisis por la extensión del plazo en que puede ser aplicado el llamado internamiento y que sin duda ello sobrepasa lo que puede entenderse por arresto o detención, frente a lo que puede entenderse por privación de libertad. Sin embargo, eso no ha estado nunca ni siquiera cerca del análisis y debate. Aunque en defensa del TCE debemos señalar que en cierta medida también eso se debe a que no siempre se le han planteado los cuestionamientos constitucionales, en abstracto o en concreto, de la mejor forma.

## B. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Como ha quedado establecido en el tercer capítulo de este trabajo, el artículo 5.1.f) del CEDH recoge 3 supuestos en los que una persona extranjera puede ser afectada en su *libertad personal*<sup>1019</sup>:

---

<sup>1018</sup> Cfr. Quintana Carretero, Juan Pedro, “Régimen sancionador en materia de extranjería. Procedimiento y garantías”, en *Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo*, Derecho Consejo General del Poder Judicial-Escuela Judicial, Cuadernos de Judicial, XXIII-2005, Madrid, p. 358.

<sup>1019</sup> Eso no significa que los demás supuestos que incluye el artículo 5 no les puedan ser aplicables, sólo pretendemos afirmar que tres de los supuestos

para evitar su entrada al país, cuando tiene un procedimiento de expulsión/deportación y en casos de extradición. Al ser ésta última de naturaleza penal, como quedó establecido antes, la hemos excluido del análisis aquí desarrollado.

En ese sentido, a continuación destacaremos la forma y los casos más relevantes en los cuales el TEDH ha analizado cada una de las porciones normativas que aquí interesan. Aunque debemos advertir de que lo ha hecho en pocos casos, pues la gran mayoría de sus análisis relacionados con el artículo 5.1.f) se refieren a supuestos de extradición<sup>1020</sup>.

#### *a) Detención con fines de expulsión/deportación*

El primer caso en el que se analizó esta porción normativa fue en *Chahal c. Reino Unido*<sup>1021</sup>, en una sentencia de la Gran Sala<sup>1022</sup>.

El caso está relacionado con una familia integrada por dos personas indias (esposos) que entraron sin autorización a Reino Unido en 1971 y 1975, así como con su hija e hijo que nacieron en Reino Unido en 1977 y 1978 (británicos), respectivamente. El señor Chahal viajó en 1984 a la India y regresó a Reino Unido en donde empezó a desarrollar actividades políticas y religiosas relacionadas con la defensa de la causa *sij* (religión a la que se convirtió en su viaje a la India y que es considerada la mayoría en el estado

---

genéricos que recoge dicho artículo están dirigidos especialmente a quien no es nacional del Estado en el que se encuentra o al que llega.

<sup>1020</sup> Cfr. European Court of Human Rights, *Migrants in detention*, Factsheet, July 2014, pp. 1-12, disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Migrants\\_detention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Migrants_detention_ENG.pdf) (Consultado el 4 de agosto de 2015); European Court of Human Rights, *Guide on Article 5. Right to Liberty and Security Article 5 of the Convention*, op. cit., pp. 19-21; Arrese, Ma. Nieves, “Art. 5. Derecho a la libertad y a la seguridad”, en Lasagabaster Herrarte, Iñaki (Director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 101-169; Harris, D.J., O’Boyle, M.O., Bates, E.P., Buckley C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, op. cit., pp. 122-199.

<sup>1021</sup> TEDH, *caso Chahal c. Reino Unido*, Gran Sala, Aplicación 22414/93, sentencia de 15 de noviembre de 1996.

<sup>1022</sup> En relación a ese caso, véase también: Thwaites, Rayner, *The Liberty of Non-citizens. Indefinite Detention in Commonwealth Countries*, op. cit., pp. 128-137.

separatista indio de Punjab). En 1985 y 1986 el señor Chahal fue detenido por ser sospechoso de participar en algunas actividades delictivas, pero siempre quedó en libertad sin cargos.

El 14 de agosto de 1990, el Ministro del Interior británico decidió expulsar al señor Chahal porque su presencia en el Reino Unido constituía un peligro para la seguridad nacional, siendo detenido dos días después. El señor Chahal presentó demanda de asilo por el temor a ser perseguido en la India, misma que se le denegó. El 9 de agosto de 1991 fue anulada jurisdiccionalmente la decisión de expulsión por falta de motivación. En 1992 el Ministro del Interior reexaminó el asunto y concluyó, sin embargo, que el procedimiento de expulsión debía proseguir.

El TEDH en su sentencia lo primero que establece es que el artículo 5.1.f) provee un diferente nivel de protección que el artículo 5.1.c)<sup>1023</sup>. Ya que en este caso, primero, la decisión de expulsión subyacente debe poder justificarse en virtud del derecho nacional o del Convenio<sup>1024</sup>.

En segundo lugar, la detención sólo se justificará por el tiempo que dure el proceso de deportación. Pero dicho proceso debe estar en curso. Además, si dichos procedimientos no son tramitados con la debida diligencia, la detención dejará de ser admisible<sup>1025</sup>.

El Tribunal Europeo no entra a analizar si el tiempo que estuvo privado de libertad el señor Chahal era acorde con el Convenio, lo que analiza es si la duración del proceso de expulsión había sido excesiva, concluyendo que no ya que estaba inmersa una solicitud de asilo, por los procesos judiciales que se dieron relacionados con dicho proceso y en sí por la debida diligencia con que se habían llevado a cabo los procedimientos internos. Incluso, el TEDH afirma que la detención del señor Chahal fue “regular” en el sentido

---

<sup>1023</sup> Artículo 5.1.c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido

<sup>1024</sup> TEDH, *caso Chahal c. Reino Unido*, párr. 112.

<sup>1025</sup> *Ibidem.*, párr. 113.

de que se siguieron las vías legales y se observaron las normas de fondo y de forma previstas en la legislación interna<sup>1026</sup>.

Al concluir eso, la Gran Sala del TEDH toma en cuenta el extremadamente largo periodo de tiempo (casi 5 años) en el que había estado detenido el señor Chahal, pero se limita a analizar si ante ello existían suficientes garantías contra la arbitrariedad. Concluyendo que sí porque existían suficientes informes y elementos que permitían confirmar que no podía ser puesto en libertad por ser considerado un peligro para la seguridad.

De esa forma, la Gran Sala concluye diciendo que el señor Chahal ha estado detenido durante el periodo de tiempo que lo debía estar por las graves sospechas existentes. Y que, dadas las excepcionales circunstancias del caso, las autoridades habían actuado con la debida diligencia en el proceso de expulsión y había las suficientes garantías contra la arbitraria privación de libertad, por lo que la detención del señor Chahal había cumplido con los requisitos del artículo 5.1.f)<sup>1027</sup>.

Ante esa conclusión, en un voto concurrente el Juez Nicolás Valticos señaló que él no creía que un periodo de detención para expulsión que dura 4 o 5 años pudiera ser considerado como cumplir con los requisitos del artículo 5.1.f). Si bien él estaba de acuerdo con la mayoría respecto a que el caso era complicado y que los diversos procesos, incluida la solicitud de asilo, habían impedido una deportación inmediata, pese a que el Estado lo había hecho de la mejor manera posible, en todo caso se debía decir que la detención “no era contraria” a los requisitos del artículo 5. Pero pasar de eso a decir que la situación había “cumplido con los requisitos” del artículo 5 de la Convención, [le parecía] excesivo<sup>1028</sup>.

Así las cosas, resulta evidente que en ese caso el Tribunal Europeo no analizó en sí la proporcionalidad del plazo de privación de libertad, sino todo el entorno del caso y la complejidad de éste.

---

<sup>1026</sup> *Ibidem.*, párrs. 114-118.

<sup>1027</sup> *Ibidem.*, párr. 123.

<sup>1028</sup> *Cfr.* TEDH, *caso Chahal c. Reino Unido*, Voto concurrente del Juez Valticos.

Nosotros compartimos lo que dijo el Juez Valticos, pues la debida diligencia con la que se tramite un asunto en ningún caso puede hacer olvidar la especial relevancia que tiene la libertad personal y, por tanto, que los plazos de privación de libertad excesivos puede ser que no contravengan al CEDH, pero tampoco se puede asegurar sin analizarlos en lo particular que éstos cumplan con el objeto y fin del tratado. Además de que, deben existir plazos máximos determinados, para asegurar que la afectación a la libertad no se extienda más de lo debido aunque exista una aparente debida diligencia en el trámite del asunto por las autoridades responsables.

El segundo caso relevante en el que el TEDH se ha ocupado del supuesto detención con fines de expulsión lo fue el caso *A. y otros c. Reino Unido*<sup>1029</sup> resuelto por medio de una sentencia de la Gran Sala el 19 de febrero de 2009<sup>1030</sup>.

Este caso también es complejo, ya que parte de una Orden de Derogación que hizo el gobierno del Reino Unido a su Ley de Derechos Humanos de 1998, con motivo de los atentados terroristas ocurridos el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, por medio de la cual se ampliaron las facultades para arrestar y detener a un extranjero a fin de expulsarlo si representaba un riesgo para la seguridad nacional o se sospechaba que pertenecía a un grupo terrorista.

Bajo esa derogación, entre el 19 de diciembre de 2001 y el 23 de octubre de 2002, fueron privadas de libertad las 11 personas que incluye el caso, mismas que eran 7 nacionales de Argelia, 1 de Jordania, 1 de Marruecos, 1 de Túnez y 1 apátrida. Todos hombres que en su mayoría tenían historias de vida complejas y que por diversas razones se encontraban en Reino Unido.

Al analizar el Tribunal Europeo de manera particular el artículo 5.1.f), en primer lugar repite lo señalado en el *caso Chahal* en

---

<sup>1029</sup> TEDH, *caso A. y otros c. Reino Unido*, Gran Sala, Aplicación 3455/05, sentencia de 19 de febrero de 2009.

<sup>1030</sup> Para más información de este caso, véase: Barnard, Catherine and Gehring, Markus W. (Eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 14, 2011-2012, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 412-415.

cuanto a la necesidad de que el procedimiento de expulsión deba estar en curso y éste se desarrolle con las debidas garantías, y agrega a ello que para que no pueda ser tachada de arbitraria una medida privativa de la libertad tomada sobre el fundamento del artículo 5.1.f), ésta debe de ser tomada de buena fe. Debe también estar estrechamente vinculada al motivo de la detención alegado por el Gobierno; además, el lugar y las condiciones de detención deben ser apropiados; finalmente, la duración de esta medida no debe exceder el plazo razonable necesario para alcanzar el objetivo perseguido<sup>1031</sup>.

Siguiendo nuevamente lo señalado en el *caso Chahal*, el Tribunal señaló que si bien los demandantes habían sido detenidos por más tiempo, ese tiempo no había sido tanto como el sufrido por el señor Chahal, que había pasado más de seis años en prisión sin que el Tribunal viera una violación de artículo 5.1. Sin embargo, durante toda la duración de la detención del señor Chahal, la cuestión de la legalidad y de la compatibilidad con el artículo 3 (prohibición de tortura) de su eventual deportación a la India, había sido objeto de un procedimiento tramitado de manera activa y diligente ante las autoridades internas y el Tribunal. Lo cual, no podía decirse en el caso bajo análisis, ya que el procedimiento había estado principalmente relacionado con la legalidad de la detención<sup>1032</sup>.

El TEDH, por otra parte, no acepta el argumento del Gobierno de que el artículo 5.1 le permite un equilibrio entre el derecho del individuo a la libertad y el interés del Estado de proteger a su población de la amenaza terrorista. Considera que ese argumento es inconsistente no solo con la jurisprudencia del Tribunal en virtud del sub-párrafo (f) sino también con el principio que, al establecer los párrafos (a) a (f) una lista exhaustiva, no se pueden incluir más supuestos de privación de libertad que los ahí estrictamente establecidos<sup>1033</sup>.

El Tribunal Europeo recuerda, de manera muy importante, que ya ha juzgado en numerosas ocasiones que el internamiento y la

---

<sup>1031</sup> TEDH, *caso A. y otros Vs. Reino Unido*, *op. cit.*, párr. 161.

<sup>1032</sup> *Ibidem.*, párr. 166.

<sup>1033</sup> *Ibidem.*, párr. 168.

prisión preventiva sin cargos y desvinculados de un procedimiento son incompatibles con el derecho fundamental a la libertad en virtud del artículo 5.1<sup>1034</sup>.

Finalmente, en cuanto a éste punto, el TEDH concluye que las medidas derogatorias que implementó Reino Unido eran desproporcionadas puesto que suponían una discriminación injustificada entre extranjeros y ciudadanos británicos, ya que nunca justificó de manera adecuada las razones por las cuales los extranjeros podían ser más peligrosos que los nacionales. Con lo que la medida era evidentemente discriminatoria<sup>1035</sup>.

Con todo ello, el TEDH declaró violado el artículo 5.1, que era la principal demanda de 9 de las 11 personas que habían sido privadas de libertad.

Es a partir de los parámetros establecidos en esos dos casos, en donde el TEDH ha centrado todos sus análisis posteriores respecto a esa porción normativa incluida en el artículo 5.1.f)<sup>1036</sup>.

Así por ejemplo, en aplicación de esta jurisprudencia, el Tribunal Europeo consideró en el caso *A. A. c. Grecia*, de 22 de julio de 2010<sup>1037</sup>, que el mantenimiento de la privación de libertad del demandante durante meses no podía considerarse regular, en la medida en que había solicitado asilo mientras estaba detenido y ello había suspendido la resolución de expulsión, que era lo que justificaba su privación de libertad. Por lo que al no haber ya base legal o ser ésta insuficiente la privación de libertad no se podía considerar acorde con el Convenio Europeo.

---

<sup>1034</sup> *Ibidem.*, párr. 169. Ver en sentido similar; TEDH, *caso Lawless Vs. Irlanda* (No. 3), Sala, Aplicación 332/57, Serie A, sentencia de 1 julio 1961, párrs. 194-196 y 212-213.

<sup>1035</sup> TEDH, *caso A. y otros c. Reino Unido*, párr. 189.

<sup>1036</sup> *Cfr.* Harris, D.J., O'Boyle, M.O., Bates, E.P., Buckley C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 159-163.

<sup>1037</sup> TEDH, *caso A. A. c. Grecia*, Sala, Aplicación 12186/08, sentencia de 22 de julio de 2010.



También destaca, por tratarse de un caso de un menor, el caso *Rahimi c. Grecia*<sup>1038</sup>, de 5 de abril de 2011<sup>1039</sup>, en el que el TEDH se centró en la buena fe con que las autoridades griegas adoptaron y aplicaron la decisión de privar de libertad a un menor de edad no acompañado a fin de garantizar su expulsión. Ello, porque en el caso de los menores de edad, especialmente si estos no estaban acompañados, toda medida debía ser adoptada teniendo en cuenta el interés superior del niño, así como la exigencia de que cualquier medida privativa de libertad fuera una medida de último recurso.

Además de aplicar su jurisprudencia, destaca en este caso especialmente lo que dice el Tribunal Europeo respecto a la privación de libertad en los casos de expulsión, ya que señala que ésta debe ser razonablemente necesaria, por ejemplo, para impedirle cometer una infracción o que huya<sup>1040</sup>.

Ejemplos como los anteriores hay más<sup>1041</sup>, pero prácticamente todos son una aplicación directa de los criterios establecidos en los dos primeros casos que aquí se ha sintetizado. Pese a ello, vale la pena destacar que en prácticamente todos los casos en que se analiza la duración de la medida privativa de libertad, dicha medida no tenía un límite máximo, por lo que para determinar que ello no fuera arbitrario la tendencia del Tribunal ha sido revisar el tiempo y forma en la que se desarrollaba el procedimiento respectivo, por lo que cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015) no se ha referido de manera específica a cuál puede ser considerado un plazo razonable máximo o mínimo en dichos casos, sino cómo se puede evaluar eso a partir del procedimiento al que necesariamente debe estar vinculada la afectación a la libertad.

---

<sup>1038</sup> TEDH, *caso Rahimi c. Grecia*, Primera Sección, Aplicación 8687/08, sentencia de 5 de abril de 2011.

<sup>1039</sup> En relación a este caso, véase también: Weiss, Adam and Lieu, Esther, “Detention of Children”, en *Immigration, Asylum and Nationality Law*, Vol. 26, No 4, 2012, pp. 351-353.

<sup>1040</sup> TEDH, *caso Rahimi Vs. Grecia*, *op. cit.*, párr. 107.

<sup>1041</sup> Véase: Díaz Crego, María, “Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en Aja, Eliseo y otros (ed.), *La hora de la integración. Anuario de la inmigración en España*, Badalona: CINDOB ediciones, 2011, pp. 419 a 422.

Esto es especialmente necesario destacarlo, porque el Tribunal Europeo no ha conocido de ningún caso en el que se cuestione la razonabilidad o proporcionalidad de algún plazo previsto legalmente para determinar si éste es arbitrario o no. Siendo importante ese aspecto ya que el hecho de que haya conocido de casos en los que la privación de libertad con fines de *expulsión* se prolongaba hasta por 6 años, no puede considerarse como una validación para que se considere que ese o un plazo menor de meses pudiera ser un plazo acorde con el Convenio. Sino simplemente que dichos plazos deben estar estrictamente vinculados con los procedimientos que se siguen, al ser justo eso lo que ha sido valorado por el TEDH.

Más cuando en casos como el de *Raza c. Bulgaria*<sup>1042</sup>, de 11 de febrero de 2010, en el que el TEDH pese a que tenía frente a sí el plazo de 18 meses establecido en la Directiva 2008/115/CE de la Unión Europea (sobre retorno)<sup>1043</sup>, no entró a analizar dicho plazo, ya que Bulgaria había adaptado su legislación a dicha Directiva posteriormente a que se había dado la detención en este caso, con lo que a pesar de que en éste se había superado notablemente el plazo de 1 año y 6 meses con la detención del señor Raza (2 años y 7 meses), eso se encontraba fuera del alcance legal del análisis por haber iniciado su ejecución antes que la vigencia de la transposición de esa Directiva, por lo que no analizó dicho plazo, ni indirectamente con ello el de la Directiva 2008/115/CE.

Así, a pesar de que la Corte Europea concluye que la detención no había sido válida durante todo el periodo, eso lo determina no por el plazo, sino por la incapacidad de las autoridades para llevar a cabo las actuaciones con la debida diligencia que el caso ameritaba. Esto es, nuevamente se centra en el procedimiento al que se encontraba vinculada la detención, pero no al plazo que duró o podía durar ésta. Lo que tampoco significa que con esa decisión se pueda presumir que el plazo previsto en la Directiva 115/2008 sea proporcional a

---

<sup>1042</sup> TEDH, *caso Raza c. Bulgaria*, Primera Sección, Aplicación 31465/08, sentencia de 11 de febrero de 2010, final de 11 de mayo de 2010.

<sup>1043</sup> *Cfr.* Costello, Cathryn, “Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 19, No.1, Winter 2012, p. 281.

sus fines, sino tan sólo que en ese caso concreto el referido plazo (al ser el mismo que estaba previsto en Bulgaria) era menos malo que el tiempo que ya había sufrido la víctima de la privación de libertad, además de que, como hemos indicado, el referido plazo no fue analizado por haberse iniciado la detención antes que la vigencia de la Directiva en Bulgaria por medio de su legislación.

Más recientemente el TEDH ha seguido su mismo patrón de análisis, así en el caso *Kim c. Rusia*<sup>1044</sup> en el que analizó la detención de una persona apátrida que estuvo 2 años en un centro de detención para extranjeros sin poder ser expulsada, el TEDH como en otros casos evaluó de manera central la indebida falta de diligencia con la que las autoridades tramitaron su caso y la inexistencia de un procedimiento para que se pudiera pedir la revisión de la detención. Sin pronunciarse respecto al plazo de la privación de libertad, declaró violado el derecho a la libertad personal.

Como vemos, las detenciones prolongadas e indefinidas son un común denominador en este tipo de casos que llegan a la jurisdicción del Tribunal Europeo, pero éste hasta hoy ha preferido analizar antes que los plazos, los procedimientos que se siguen. A pesar de que en los procedimientos normalmente se incluyen los plazos, nada ha dicho en relación a la proporcionalidad de éstos. Con lo cual, se ha centrado en la labor de jueces y autoridades administrativas de migración, sin estudiar lo que el legislador les ha dado para trabajar a los referidos órganos del Estado.

Un aspecto en el que deseamos insistir, es que el TEDH en prácticamente todos los casos que analiza en relación al artículo 5 del Convenio insiste en que la legalidad no es suficiente para declarar válida una medida, sino que también se debe tener especial atención en que dicha medida no sea arbitraria<sup>1045</sup>.

Así las cosas, el TEDH ha fijado sus parámetros de análisis, pero aún tiene pendientes por explorar muchos supuestos, incluido,

---

<sup>1044</sup> TEDH, *caso Kim c. Rusia*, Primera Sección, Aplicación 44260/13, sentencia de 17 de julio de 2014, final de 17 de octubre de 2014.

<sup>1045</sup> *Cfr.* Harris, D.J., O'Boyle, M.O., Bates, E.P., Buckley C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 136-137.

insistimos, el de la proporcionalidad de los plazos de detención con fines de *expulsión* cuando dichas medidas son dirigidas, como no puede ser de otra forma en este supuesto, sólo a extranjeros<sup>1046</sup>.

*b) Detención para prevenir entrada no autorizada en el país*

El primer caso en el cual el TEDH se pronuncia en relación a esta porción normativa fue en el caso *Saadi c. Reino Unido*<sup>1047</sup>, en el que la Gran Sala por sentencia de 29 de enero de 2008, resolvió el caso de esa persona de origen Iraquí (Curdo) que llegó el 30 de diciembre del año 2000 al aeropuerto de Heathrow en Londres y solicitó asilo<sup>1048</sup>.

El TEDH estableció, en primer lugar, que el artículo 5.1.f) establece una excepción a esa regla general de que nadie puede ser privado de la libertad, dando autorización a los Estados para controlar la libertad de los extranjeros en un contexto de inmigración. Y que, como el Tribunal lo había señalado antes, con sujeción a sus obligaciones en virtud del Convenio, los Estados gozan de un "derecho soberano indiscutible para controlar la entrada de extranjeros y la residencia en su territorio". Por lo cual, los Estados están autorizados a detener a los posibles inmigrantes que han solicitado el permiso para entrar, ya sea en forma de asilo o no, siendo ello compatible con el artículo 5.1.f)<sup>1049</sup>.

---

<sup>1046</sup> Para un análisis amplio de la expulsión ante los órganos del sistema europeo de derechos humanos, véase: Dembour, Marie-Bénédicte, *When Human Become Migrants. Study of European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 164-190.

<sup>1047</sup> TEDH, *caso Saadi c. Reino Unido*, Gran Sala, Aplicación 13229/03, sentencia de 29 de enero de 2008.

<sup>1048</sup> En relación a este caso, véase: Moreno Lax, Violeta, "Beyond Saadi v UK: Why the 'Unnecessary' Detention of Asylum Seekers is Inadmissible under EU Law", en *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 5 (2), 2011, pp. 166-206.

<sup>1049</sup> *Ibidem.*, párr. 64. En el mismo sentido véase casos: TEDH, *caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, Pleno, Aplicaciones 9214/80; 9473/81; 9474/81, Serie A94, sentencia de 28 de mayo de 1985; y *caso Amuur* y *caso Chahal* antes citados.

Pese a ello, el Tribunal Europeo resalta que esa detención debe ser compatible con el objetivo básico del artículo 5, que es el de salvaguardar el derecho a la libertad y garantizar que nadie se vea privado de su libertad de manera arbitraria<sup>1050</sup>. Por lo que, el cumplimiento de la legislación nacional no es suficiente: el artículo 5.1 requiere además que toda privación de la libertad esté en consonancia con el propósito de proteger al individuo de la arbitrariedad, pues una privación de libertad puede ser legal en términos del derecho nacional, pero ser arbitraria y, por tanto, contraria al Convenio Europeo<sup>1051</sup>.

El Tribunal insiste en que en su jurisprudencia no existe una definición global en cuanto a qué tipos de conducta por parte de las autoridades podrían constituir "arbitrariedad" en el sentido del artículo 5.1, ya que los principios fundamentales se han desarrollado sobre una base caso por caso. Además, es evidente a partir de la jurisprudencia que el concepto de arbitrariedad en el contexto del artículo 5 varía en cierta medida dependiendo del tipo de detención que se trate.

No obstante ello, y eso es especialmente relevante, el TEDH señala que el principio de proporcionalidad es especialmente importante y que la duración de la detención es un factor relevante en el análisis de dicha proporcionalidad<sup>1052</sup>.

En ese sentido, el Tribunal Europeo considera que el principio de que la detención no debe ser arbitraria debe aplicarse a la detención bajo la primera parte del artículo 5.1.f) de la misma manera que se aplica a la detención en virtud de la segunda parte. Por lo que, en estas se debe observar al menos<sup>1053</sup>:

- La medida de detención debe prolongarse por un período razonable de tiempo.
- Cualquier privación de libertad en virtud del artículo 5.1.f) se justifica sólo por el tiempo que el proceso esté en curso.

---

<sup>1050</sup> TEDH, *caso Saadi c. Reino Unido*, *op. cit.*, párr. 66.

<sup>1051</sup> *Ibidem.*, párr. 67.

<sup>1052</sup> *Ibidem.*, párr. 70. Aunque ello no lo ha analizado en el supuesto de expulsión.

<sup>1053</sup> *Ibidem.*, párrs. 67-80.

- Si dichos procedimientos no son tramitados con la debida diligencia, la detención dejará de ser admisible.
- Debe llevarse a cabo de buena fe.
- Debe estar estrechamente relacionada con el propósito de prevenir la entrada no autorizada de la persona en el país.
- Debe llevarse a cabo en lugares apropiados (teniendo en cuenta que la medida es aplicable no a los que han cometido delitos, sino a los extranjeros que, a menudo temiendo por sus vidas, han huido de su país).
- Su duración no debe exceder más de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos.
- Contar con todas las garantías de una persona privada de libertad (conocer razones de detención, derecho a ser llevada ante un juez, derecho a interponer recurso, derecho a la reparación).

Crterios que ahora ya son la base de su jurisprudencia, por lo que será interesante aplicarlos en diversos casos nacionales y que, también los ha reiterado en el caso *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*<sup>1054</sup>, de 13 de marzo de 2012, en el que si bien hay aspectos relacionados con la expulsión, también los hay en relación con el asilo que se ubica más en la porción normativa analizada en este apartado a fin de que no ingrese al territorio del país una persona que no tenga la autorización para ello.

Este supuesto, como una gran parte de la jurisprudencia del TEDH relacionada con personas migrantes se refiere a personas solicitantes de asilo<sup>1055</sup>. Son escasos, por no decir nulos, otros supuestos analizados por el Tribunal Europeo en los que las personas migrantes no tengan esta condición, lo que demuestra que aún es

---

<sup>1054</sup> TEDH, *caso Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, Segunda Sección, Aplicación 15297/09, sentencia de 13 de diciembre de 2011, final de 13 de marzo de 2012.

<sup>1055</sup> En relación a ese tema, véase: Morgades Gil, Silvia, “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 37, septiembre- diciembre 2010, pp. 801-842, especialmente para la afectación a la libertad personal pp. 820-832.

necesario que muchos casos lleguen (porque existen) a ese tribunal internacional a fin de que analice otras muchas situaciones de vulnerabilidad de las personas migrantes, pues éstas no inician ni terminan con las personas solicitantes de asilo o refugio.

Aunque sin duda, estos últimos sí son uno de los grupos con mayor vulnerabilidad y que más están siendo centro de atención en los meses recientes (año 2015), especialmente en Europa por el gran número de personas que están huyendo de la guerra en Siria, Afganistán, Eritrea y otros países africanos<sup>1056</sup>, a pesar de que no es una situación nueva pues libros publicados hace cinco años ya lo consideraban desde entonces como una crisis<sup>1057</sup>.

Otros casos vinculados con la detención en frontera<sup>1058</sup> en las que se pone especial énfasis en la necesidad de que las personas sean puestas a disposición de un juez para que determine la legalidad de la detención y que ello se lleve a cabo en un plazo razonable, no siéndolo más de 15 días, son los casos *Shamsa c. Polonia*<sup>1059</sup> y *Riad e Idiab c. Bélgica*<sup>1060</sup>. Pero fuera de estos casos, hasta hoy han sido pocas las oportunidades en las cuales el TEDH, más allá de pronunciarse en relación a las garantías que toda afectación a la libertad debe tener, se ha pronunciado de manera específica sobre la detención para prevenir el ingreso no autorizado.

Lo hasta ahora resuelto por el Tribunal Europeo da muestra clara de que aún el camino es largo en el análisis de las situaciones en las que las personas migrantes extranjeras son privadas de libertad sin

---

<sup>1056</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *La crisis del Mediterráneo 2015 a seis meses: las cifras de refugiados e inmigrantes más altas*, comunicado de prensa, Ginebra, 1 de julio de 2015, disponible en: <http://www.acnur.es/noticias/notas-de-prensa/2148-2015-07-01-15-24-30>

<sup>1057</sup> Véase: Hansen, Peo and Brian Hager, Sandy, *The Politics of European citizenship: deepening contradictions in social rights and migration*, op. cit., pp. 188-193.

<sup>1058</sup> Véase: Cornelise, Galina, *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, op. cit., pp. 280-300.

<sup>1059</sup> TEDH, caso *Shamsa c. Polonia*, Tercera Sección, Aplicación 45355/99, sentencia de 27 de noviembre de 2003.

<sup>1060</sup> TEDH, caso *Riad and Idiab c. Belgium*, Aplicaciones No. 29787/03 y 29810/03), sentencia de 24 de enero de 2008.

causas penales. Aunque también parecen claros los parámetros que ha fijado.

En ese sentido, pese a los vacíos existentes que antes se han expresado, para nuestro estudio resulta relevante la jurisprudencia antes sintetizada, especialmente los criterios que han sido enlistados y que en su mayoría han pasado del *caso Saadi* a toda su jurisprudencia vinculada con el tema.

Todo lo cual, sin duda alguna, aporta un poco de más elementos que el hecho de considerar que la intervención judicial que motiva y fundamenta debidamente una privación de libertad es suficiente para considerar admisible cualquier afectación a la libertad de las personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales.

### C. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como ha quedado establecido antes, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, fue aprobada<sup>1061</sup> el de 16 de diciembre de 2008<sup>1062</sup>. Menos de un año después de su aprobación, el TJUE dictó la primera sentencia relacionada con el ahí también llamado *internamiento*.

*a) El cómputo de los plazos de internamiento bajo la Directiva 2008/115: la implícita validación del plazo máximo.*

---

<sup>1061</sup> En relación a la Directiva, véase: Acosta Arcarazo, Diego, “The Returns Directive: Possible Limits and Interpretation”, en Zwaan, Karin (Ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2011, pp. 7-24.

<sup>1062</sup> Un análisis detallado de la medida también que incluye especificaciones relacionadas con los Estados miembros de la Unión puede consultarse en: European Union Agency for Fundamental Rights, *Detention of third-country nationals in return procedures*, Luxembourg, 2010.



La Gran Sala dictó el 30 de noviembre de 2009 la sentencia en el caso Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)<sup>1063</sup>, derivada de una petición de decisión prejudicial que tenía por objeto la interpretación del artículo 15, apartados 4 a 6 (internamiento con fines de expulsión) de la antes referida Directiva, presentada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Sofía, Bulgaria, quien debía resolver sobre el mantenimiento del señor Kadzoev (Huchbarov) en un centro de internamiento de extranjeros<sup>1064</sup>.

En esencia, se le preguntó al TJUE una serie de cuestiones relacionadas con la duración máxima del internamiento y la forma en la cual debería computarse el plazo previsto en la Directiva 2008/115/CE.

Atendiendo a lo que le preguntó el Tribunal búlgaro, el TJUE señaló que el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva, debe interpretarse en el sentido de que la duración máxima del internamiento que prevé debe incluir el período de internamiento transcurrido en el marco de un procedimiento de expulsión iniciado antes de que el régimen de esa Directiva fuera aplicable<sup>1065</sup>.

También, que el período en el que una persona ha permanecido en un centro de internamiento temporal, con fundamento en una decisión adoptada en virtud de las disposiciones nacionales y comunitarias relativas a los solicitantes de asilo, no debe considerarse como un internamiento a efectos de la expulsión en el sentido del artículo 15 de la Directiva 2008/115<sup>1066</sup>.

---

<sup>1063</sup> TJUE, *caso Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, Gran Sala, Asunto C-357/09 PPU, sentencia de 30 de noviembre de 2009.

<sup>1064</sup> Respecto a este caso véase: Mitsilegas, Valsamis, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer, London, 2015, pp. 97-101; Sciortino Giuseppe, “The Regulation of Undocumented Migration”, en Martinello, Marco and Rath, Jan (Eds.), *An Introduction to International Migration Studies. European Perspectives*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2012, pp. 341-343.

<sup>1065</sup> TJUE, *caso Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, *op. cit.*, párr. 39.

<sup>1066</sup> *Ibidem.*, párr. 48.

De igual manera, el Tribunal de Justicia señaló que el referido artículo 15 debe interpretarse en el sentido de que el período durante el que la ejecución de la orden de expulsión administrativa en la frontera ha estado suspendida, a causa de un procedimiento de recurso jurisdiccional interpuesto por el interesado contra dicha orden, se computa para el cálculo del período de internamiento a efectos de la expulsión cuando durante dicho procedimiento el interesado ha permanecido en un centro de internamiento temporal<sup>1067</sup>.

A pesar de lo anterior que no es precisamente protector de la libertad personal, de manera muy destacada, el TJUE expresó en sus razonamientos que el internamiento de una persona a efectos de su expulsión sólo puede mantenerse mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión, y mientras sea necesario para garantizar que la expulsión se lleve a buen término. Por lo que sólo una perspectiva real de que la expulsión puede llevarse a buen término justifica el internamiento y que ésta no existe cuando parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país, habida cuenta de los plazos previstos en la Directiva<sup>1068</sup>.

Finalmente, el Tribunal de la Unión indicó que referido artículo 15 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no permite, cuando haya terminado el período máximo de internamiento previsto por esa Directiva, que el interesado no sea inmediatamente puesto en libertad, aún cuando no está en posesión de documentos válidos, da muestras de comportamiento agresivo y no disponga de medios de subsistencia propios ni de una vivienda, o de medios facilitados con ese objeto por el Estado miembro<sup>1069</sup>.

Como puede observarse, en ese asunto no hay cuestionamiento alguno a la medida en sí, ni respecto a los límites que ello tiene frente a la libertad personal. Sino más bien, sólo aspectos directos de su aplicación que buscaban encontrar una forma de ampliar y prolongar la privación de la libertad más allá de los ya de por sí, en

---

<sup>1067</sup> *Ibidem.*, párr. 57.

<sup>1068</sup> *Ibidem.*, párr. 67.

<sup>1069</sup> *Ibidem.*, párr. 71

nuestra opinión, excesivos plazos que establece la referida Directiva.

De esa forma, sin referirse a la libertad personal, en gran medida porque no le fue cuestionado eso, el TJUE da respuesta a los cuestionamientos validando implícitamente el contenido de la referida Directiva 115/2008, sin hacer tampoco referencia alguna a los criterios que antes fueron sintetizados de la jurisprudencia del TEDH que bien habrían sido relevantes para dar respuesta a las preguntas que se le formularon, especialmente en el tema de la permanencia en centros de internamiento temporal por solicitantes de asilo, pero en general, al estar sin duda alguna afectándose en ese caso la libertad personal.

*b) La intervención judicial en la aplicación de la Directiva 2008/115: los supuestos de solicitud de prórroga de internamiento y de imposibilidad de expulsión*

Otra sentencia relevante en el ámbito del llamado *internamiento* lo es la dictada por la Sala Segunda del Tribunal de la Unión, el 10 de septiembre de 2013, en el caso *M.G., N.R. y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (Secretario de Estado de Seguridad y Justicia)<sup>1070</sup>, en el que el *Raad van State* (tribunal de primera instancia), de los Países Bajos por medio de una cuestión prejudicial le preguntó<sup>1071</sup> varios aspectos relacionados con el artículo 15, apartados 2 y 6, de la Directiva 2008/115, relacionados con la forma en la cual el juez debe actuar en casos en que eso es aplicable.

El TJUE señaló que cuando en el marco de un procedimiento administrativo se ha decidido la prórroga de una medida de internamiento con vulneración del derecho a ser oído, el juez nacional competente para apreciar la legalidad de esa decisión sólo puede ordenar el levantamiento de la medida de internamiento si

---

<sup>1070</sup> TJUE, caso *M. G. y N. R. contra Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Sala Segunda, Asunto C-383/13 PPU, sentencia de 10 de septiembre de 2013.

<sup>1071</sup> En relación a este caso, véase: Duijkersloot, Ton, “Consequences of the Violation by Administrative Authorities of the Right to be heard under EU Law: the Case M.G. and N.R.”, en *Review of European Administrative Law*, Vol. 7, No. 1, 2014, pp. 81-96.

estima, a la vista de todas las circunstancias de hecho y de Derecho de cada caso concreto, que esa vulneración ha privado efectivamente a quien la invoca de la posibilidad de ejercer mejor su defensa, en tal grado que ese procedimiento administrativo hubiera podido llevar a un resultado diferente.

Tema de gran importancia, porque si en una prórroga puede ocurrir eso, resulta evidente que si el Juez nacional en el caso concreto detecta esas mismas irregularidades desde el inicio de la solicitud de internamiento, dicha medida no tendría porque ejecutarse. Aspecto que bien debe tenerse en cuenta por la relevancia de los derechos involucrados en ese supuesto.

Estrechamente vinculado con lo anterior, es lo resuelto por la Sala tercera del Tribunal de la Unión el 5 de junio de 2014, en el caso Bashir Mohamed Ali *Mahdi*<sup>1072</sup>, relativo a una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Sofía, Bélgica, que tenía que resolver de oficio sobre la prórroga del internamiento del señor Mahdi, nacional sudanés, que se encontraba internado en un centro especial de internamiento de extranjeros<sup>1073</sup>.

El Tribunal búlgaro en primer lugar preguntó si el artículo 15, apartados 3 y 6, de la Directiva 2008/115, en relación con los artículos 6 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que la decisión de una autoridad competente sobre la continuidad del internamiento de un nacional de un tercer país, al término del período máximo de internamiento inicial, debe adoptarse mediante un acto escrito en el que se indiquen los fundamentos de hecho y de Derecho que justifican esa decisión. A ello, el Tribunal de la Unión responde que sí, que tal y como lo indica es la forma en la cual ello debía llevarse a cabo<sup>1074</sup>.

---

<sup>1072</sup> TJUE, *caso Bashir Mohamed Ali Mahdi*, Sala Tercera, Asunto C-146/14 PPU, sentencia de 5 de junio de 2014.

<sup>1073</sup> En relación a este caso, véase: Mitsilegas, Valsamis, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 101-103; Basilien-Gainche, Marie-Laure, “Detention under control. A deceptive upheaval?”, *Comment on CJEU, 5 June 2014, Bashir Mohamed Ali Mahdi, C-146/14 PPU*, en *EU Law Analysis*, 2014.

<sup>1074</sup> TJUE, *caso Bashir Mohamed Ali Mahdi*, *op. cit.*, párr. 52.

En adición a lo anterior, el Tribunal de Bulgaria preguntaba si el artículo 15, apartados 3 y 6, de la Directiva 2008/115, en relación con los artículos 6 y 47 de la CDFUE, debe interpretarse en el sentido de que el control que debe efectuar la autoridad judicial que decida sobre una solicitud de prórroga del internamiento de un nacional de un tercer país debe permitir a dicha autoridad pronunciarse en cuanto al fondo en cada caso acerca de la prórroga del internamiento del nacional, de la posibilidad de sustituir el internamiento por una medida menos coercitiva o de la puesta en libertad del nacional, de modo que dicha autoridad está facultada para basarse en los hechos y pruebas presentados por la autoridad administrativa que formule la solicitud, así como en las observaciones que presente, en su caso, el nacional. A esa pregunta el Tribunal de la Unión responde también de forma afirmativa, indicando que puede hacer todo lo que indica y tomando en cuenta los elementos que señala<sup>1075</sup>.

Por otra parte, el Tribunal Contencioso Administrativo de Sofía preguntaba si el artículo 15 de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro puede estar obligado a conceder un permiso de residencia autónomo u otra autorización que confiera un derecho de estancia a un nacional de un tercer país que carezca de documentos de identidad y no haya obtenido tales documentos de su país de origen, después de que un juez nacional haya puesto en libertad a ese nacional por haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión a efectos del artículo 15, apartado 4, de esa Directiva.

A esa muy relevante pregunta en términos humanitarios, que plantea un supuesto que se da después de que la persona ha estado privada de libertad y no se le ha podido expulsar, el Tribunal de la Unión responde diciendo que no puede obligarse a un Estado miembro a conceder un permiso de residencia autónomo u otra autorización que confiera un derecho de estancia a un nacional de un tercer país que carezca de documentos de identidad y no haya obtenido tales documentos de su país de origen, después de que un juez nacional haya puesto en libertad a ese nacional por haber

---

<sup>1075</sup> *Ibidem.*, párr. 64.

desaparecido la perspectiva razonable de expulsión en el sentido del artículo 15, apartado 4, de esa Directiva. Sin embargo, en ese caso, el Estado miembro deberá proporcionar a dicho nacional una confirmación escrita de su situación<sup>1076</sup>.

Con esta sentencia, el TJUE reafirma que no es un tribunal de derechos humanos. No sólo por lo que concluye en algunas de las preguntas que se le formulan, sino también porque teniendo la oportunidad de pronunciarse en relación al artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (libertad personal) y la compatibilidad con éste del multicitado artículo 15 de la Directiva 2008/115 (internamiento), no lo hace, ni acude a la jurisprudencia del TEDH a fin de acotar de mejor manera los alcances y sentido que se le debe dar al referido artículo 15 a fin de hacerlo compatible con la protección del derecho a la libertad personal.

Con lo cual, pese a la importancia que tiene lo que establece el TJUE en cuanto a la intervención judicial en los casos de solicitud de prórroga de internamiento e imposibilidad de expulsión, en el fondo sigue validando de manera implícita el internamiento y ahora también su ampliación por medio de prórrogas, en tanto exista la adecuada intervención judicial o de autoridad competente. Y aunque le fue preguntado, pero no dio respuesta, implícitamente con su silencio ha expresado que no ve ninguna incompatibilidad de esas medidas con la afectación que tiene la libertad personal.

*c) Lo incompatible con la Directiva 2008/115: nada vinculado con la proporcionalidad de su plazo máximo, ni menores a éste.*

Además de esas 3 sentencias, el Tribunal de la Unión ha analizado también en parte el llamado internamiento en otros casos a fin de establecer qué medidas implementadas por los Estados son compatibles con el contenido de la Directiva 2008/115/UE. Así, en los casos *Dridi*<sup>1077</sup>, *Achughbajian*<sup>1078</sup>, *Sagor*<sup>1079</sup>, *Bero*<sup>1080</sup> y *Pham*<sup>1081</sup> estableció que se oponen a ésta<sup>1082</sup>:

---

<sup>1076</sup> *Ibidem.*, párr. 89.

<sup>1077</sup> TJUE, *caso Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, Sala Primera, Asunto C-61/11 PPU (Petición de decisión prejudicial), sentencia de 28 de abril de 2011.

- La normativa de un Estado miembro que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado<sup>1083</sup>.
- La normativa de un Estado miembro que reprime mediante sanciones penales la estancia irregular en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país que, aunque se halle en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro y no esté dispuesto a abandonarlo voluntariamente, no está sujeto a medidas coercitivas como las que contempla el artículo 8 de la citada Directiva<sup>1084</sup>.
- La normativa de un Estado miembro que permite sancionar la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de arresto domiciliario sin garantizar que la ejecución de tal pena deba finalizar tan pronto como sea

---

<sup>1078</sup> TJUE, *caso Alexandre Achughbabian y Préfet du Val-de-Marne*, Gran Sala, Asunto C-329/11, Petición de decisión prejudicial, sentencia de 6 de diciembre de 2011.

<sup>1079</sup> TJUE, *caso Md. Sagor*, Sala Primera, Asunto C-430/11, Petición de decisión prejudicial, sentencia de 6 de diciembre de 2012.

<sup>1080</sup> TJUE, *caso Adala Bero y Regierungspräsidium Kassel- Ettayebi Bouzalmate y Kreisverwaltung Kleve*, Gran Sala, Asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13, Petición de decisión prejudicial, sentencia de 17 de julio de 2014.

<sup>1081</sup> TJUE, *caso Thi Ly Pham y Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik*, Gran Sala, Asunto C-474/13, Petición de decisión prejudicial, sentencia de 17 de julio de 2014.

<sup>1082</sup> En relación a los casos *Pham, Brero y Bouzalmate*, véase: Mitsilegas, Valsamis, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, op. cit., pp. 104-105. Y en relación a todos los casos aquí citados véase: Basilien-Gainche, Marie-Laure, “Immigration Detention under the Return Directive: the CJEU Shadowed Lights”, en *European Journal for Migration and Law*, No. 17, 2015, pp. 107-129, especialmente pp. 114-118.

<sup>1083</sup> TJUE, *caso Hassen El Dridi*, párrs. 59 y 62.

<sup>1084</sup> TJUE, *caso Alexandre Achughbabian y Préfet du Val-de-Marne*, párrs. 37 y 50; así como el fallo.

posible el traslado físico del interesado fuera de dicho Estado miembro<sup>1085</sup>.

Además de ello, el Tribunal de la Unión ha establecido precisiones respecto a los lugares en los que se puede llevar a cabo el llamado *internamiento*, señalando qué:

- Un Estado miembro está obligado, como norma general, a internar a efectos de expulsión a los nacionales de terceros países en situación irregular en un centro de internamiento especializado de ese Estado, aun cuando dicho Estado miembro tenga una estructura federal y el Estado federado competente para acordar y ejecutar ese internamiento en virtud del Derecho nacional no cuente con un centro de internamiento de esa índole<sup>1086</sup>.
- Un Estado miembro no puede internar a efectos de expulsión a un nacional de un tercer país en un centro penitenciario con presos ordinarios ni siquiera en el caso de que dicho nacional haya accedido a ese internamiento<sup>1087</sup>.

En el análisis de todos esos casos el TJUE sigue sin observar ninguna posible afectación a la libertad personal en la aplicación de la Directiva 2008/115, especialmente cuando se hace sin una perspectiva de naturaleza penal. Con lo que, tal parece, que al seguir pasando por alto en sus análisis de este tema en concreto la jurisprudencia del TEDH, olvida que en temas de libertad personal su afectación es de grado o intensidad, antes que de materia o naturaleza.

Empeora la situación, el hecho de que el 1 de octubre del año 2015, la Cuarta Sala del TJUE, en el caso *Celaj*<sup>1088</sup>, oponiéndose al menos

---

<sup>1085</sup> TJUE, *caso Md. Sagor*, párrs. 44 y 47, así como fallo.

<sup>1086</sup> TJUE, *caso Adala Bero y Regierungspräsidium Kassel- Ettayebi Bouzalmate y Kreisverwaltung Kleve*, párrs. 28 y 32.

<sup>1087</sup> TJUE, *caso Thi Ly Pham y Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik*, párrs. 17, 19 y 21 a 31, así como fallo.

<sup>1088</sup> TJUE, *caso Skerdjan Celaj*, Sala Cuarta, Asunto C-290/14, Petición de decisión prejudicial, sentencia de 1 de octubre de 2015.



en parte a algunos de los criterios que antes han sido enlistados, estableció que:

“La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa de un Estado miembro que establece la imposición de una pena privativa de libertad al nacional de un tercer país en situación irregular que, tras haber retornado a su país de origen en el marco de un procedimiento de retorno anterior, entre de nuevo ilegalmente en el territorio de dicho Estado infringiendo una prohibición de entrada.”<sup>1089</sup>

Con esto, nuevamente el TJUE lleva al ámbito penal las cuestiones relacionadas con las personas migrantes *sine permissum*. Algo en que parecía se seguiría avanzando por su total eliminación, no sólo por lo que el TJUE dijo en los casos *Dridi* y *Achughbaban* antes citados, sino también porque eso es una tendencia que se ha venido impulsado desde Naciones Unidas<sup>1090</sup> o la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>1091</sup>, por citar un par de ejemplos que ven como incompatible y excesivo el uso del derecho penal para contener a la migración sin autorización.

Por lo demás y dejando en claro que el TJUE no es por mucho un tribunal de derechos humanos<sup>1092</sup>, resulta útil lo que establece en

---

<sup>1089</sup> *Idem.*, Declaración y párrs. 25, 29 y 33.

<sup>1090</sup> Véase: Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *Informe del Grupo*, A/HRC/7/4, *op. cit.*, párr. 53; *Informe presentado por la Relatora Especial*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 73.

<sup>1091</sup> Véase, entre otras: Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 169.

<sup>1092</sup> *Cfr.* Pomares Cintas, Esther, “La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 7, septiembre 2014-febrero 2015, p. 151.

relación a los mínimos a observar para aplicar la medida y las condiciones en las cuales se debe llevar a cabo, pero antes de eso, debería cuestionarse si lo dispuesto en esa norma europea no es una intervención arbitraria, por desproporcional, en la libertad personal de las personas migrantes extranjeras *sine permissum* nacionales de quienes no forman parte de la Unión.

De todo lo anterior, resulta evidente que ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nunca se ha cuestionado la proporcionalidad del plazo de privación de libertad que autoriza la Directiva 2008/115, sino simplemente se ha dado por válido de manera implícita éste sin mayor análisis de ese y otros aspectos.

En gran parte, nos parece, porque los jueces nacionales no se lo han planteado de manera directa. Pero tampoco se ha analizado nada relativo a la arbitrariedad con la cual se puede estar implementando la medida, sino tan sólo algunos rasgos generales que podrían evitar ésta, pero más bien desde una perspectiva ya de aplicación y ejecución, nunca para analizar su compatibilidad con el derecho a la libertad personal, ni siquiera cuando ello se le preguntó.

En ese sentido, al igual que los otros dos tribunales analizados, es claro que el camino por recorrer es aún largo ante esta jurisdicción de la Unión Europea, si no es que se continúa dando pasos atrás como lo hizo con la re autorización de la penalización de la migración *sine permissum*.

### **4.3 Análisis de la privación de libertad personal de migrantes *sine permissum* y sin causas penales en España bajo el método de sospechosa proporcionalidad.**

Hasta este momento, ha quedado establecido que la privación de libertad denominada *internamiento* que se ejecuta en los centros de internamiento de extranjeros por una plazo de hasta 60 días es una *medida cautelar* prevista legalmente en España. Dicha medida, puede ser aplicada en supuestos específicamente establecidos en casos de expulsión, denegación de entrada en frontera y devolución.

De igual forma, que su previsión legal se ha considerado constitucionalmente admisible por el Tribunal Constitucional (sin analizarse todos los supuestos) al ser acordada por medio de la intervención de un Juez de Instrucción penal en un Auto que debe estar suficiente y debidamente motivado y fundamentado.

También, que el plazo máximo de 40 días previsto en la Ley de Extranjería antes de su reforma en el año 2009 era adecuado, porque el Juez al intervenir podía fijar un plazo menor al máximo.

Y que, ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han conocido de ningún caso referente a la aplicación del internamiento en España, por lo que no ha sido analizado a la luz de las normas internacionales y supranacionales que les dan competencia a esos tribunales.

Así las cosas, es evidente que la referida privación de libertad no ha sido analizada bajo los principios de igualdad y no discriminación, pero tampoco bajo parámetros de proporcionalidad. Por lo que ante ese vacío, a continuación nos proponemos llevar a cabo ese análisis a partir de la aplicación de lo que hemos denominado *método de sospechosa proporcionalidad* que como ya advertimos y justificamos en los capítulos anteriores, no es otra cosa más que la aplicación conjunta a dos niveles de los análisis de las más consensuadas evaluaciones de igualdad y proporcionalidad (véase *supra* 2.6 y 3.9).

Con ese fin, estableceremos, en primer lugar, los tres supuestos genéricos y cada uno de sus supuestos específicos de manera desglosada. Para que, en segundo lugar, los analicemos bajo el *método de sospechosa proporcionalidad*.

## A. Privación de libertad con fines de expulsión

Como se explicó antes, la Ley de Extranjería autoriza que en casos de *expulsión*<sup>1093</sup> se aplique el llamado *internamiento* sólo en cinco

---

<sup>1093</sup> No se debe olvidar que de conformidad con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (artículos 5, 18.d, 19, 20.1.d), desde el momento en que una persona solicita asilo o éste le es otorgado no puede ser expulsada. Por tanto, en esos supuestos, el llamado

supuestos concretos sin causas penales en los que se sigue un procedimiento preferente, además del caso en que no se ha dado cumplimiento voluntario a una expulsión derivada de procedimiento ordinario (*supra* 4.1).

No obstante ello, en esos 6 supuestos concretos se incluye varias situaciones específicas. Al ser nuestra intención establecer con la mayor precisión posible las situaciones que pueden dar origen a la aplicación de la medida cautelar denominada internamiento, desglosaremos cada uno de esos supuestos. De esa manera, podemos afirmar que en casos de *expulsión* el internamiento se puede aplicar en las siguientes situaciones:

- i. Encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia y exista riesgo de incomparecencia.
- ii. Encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia y se evite o dificulte la expulsión.
- iii. Encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia y representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.
- iv. Encontrarse irregularmente en territorio español por carecer de autorización de residencia, siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente, existiendo riesgo de incomparecencia.
- v. Encontrarse irregularmente en territorio español por carecer de autorización de residencia, siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente y la persona extranjera evite o dificulte la expulsión.

---

*internamiento* no está autorizado. Sólo sería aplicable si se rechaza la solicitud (artículo 20.1.d), si se deniega (artículo 37) o se revoca (artículo 44.2) y, posterior a ello, se acreditan los supuestos que aquí se analizan y no existe peligro para su vida, integridad o su libertad.

- vi. Encontrarse irregularmente en territorio español por carecer de autorización de residencia, siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente y el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.
- vii. Encontrarse irregularmente en territorio español por tener caducada más de tres meses la autorización de residencia, siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente, existiendo riesgo de incomparecencia.
- viii. Encontrarse irregularmente en territorio español por tener caducada más de tres meses la autorización de residencia, siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente y la persona extranjera evite o dificulte la expulsión.
- ix. Encontrarse irregularmente en territorio español por tener caducada más de tres meses la autorización de residencia, siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente y el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.
- x. Incumplir con las medidas impuestas por razón de seguridad pública de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Extranjería<sup>1094</sup>.
- xi. Incumplir con las medidas de presentación periódica de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Extranjería<sup>1095</sup>.
- xii. Incumplir con las medidas de alejamiento de fronteras de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Extranjería<sup>1096</sup>.

---

<sup>1094</sup> El ejemplo de esto sería en los estados de excepción de sitio, en los términos previstos en la Constitución (art. 5.2) o como consecuencia de una expulsión previa el incumplir con la prohibición de entrada de hasta diez años, que son las previstas en la Ley de Extranjería.

<sup>1095</sup> El ejemplo de esto sería también en los estados de excepción (art. 5.2) o la medida cautelar que se puede adoptar en caso de expulsión (art. 61.1.a).

- xiii. Incumplir con las medidas de alejamiento de núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Extranjería<sup>1097</sup>.
- xiv. Participar en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- xv. Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional<sup>1098</sup>.
- xvi. Participar en actividades que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países<sup>1099</sup>.
- xvii. Estar implicado en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>1100</sup>.
- xviii. Inducir con ánimo de lucro, individualmente, la inmigración clandestina de personas en tránsito al territorio español, siempre que el hecho no constituya delito<sup>1101</sup>.

---

<sup>1096</sup> Aplica el mismo artículo 5.2 de la Ley de Extranjería y no hay otro, a pesar de que se podrían hacer extensivas las prohibiciones de entrada a territorio previstas en el artículo 58 de la Ley de Extranjería.

<sup>1097</sup> Al igual que el supuesto previo, sólo está contemplado en la Ley de Extranjería en estados de excepción de sitio, en los términos previstos en la Constitución (art. 5.2).

<sup>1098</sup> Como bien se sabe, el termino *seguridad nacional* es muy amplio. Sin embargo, en la recientemente publicada Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional; se define como: “la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos” (art. 3).

<sup>1099</sup> Respecto a esto no existe ningún ejemplo o situación concreta que sirva de referencia en la Ley de Extranjería, por lo que su contenido no es fácil de determinar.

<sup>1100</sup> No se olvide que esa Ley fue abrogada y la que la sustituye no establece nada en relación con la expulsión. Véase *supra* nota 960.

<sup>1101</sup> En este listado, intencionadamente no incluimos las 24 situaciones que, en principio, se deberían incluir. Sólo lo hacemos respecto a la acción de *inducir* y

- xix. Inducir con ánimo de lucro, formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito al territorio español, siempre que el hecho no constituya delito.
- xx. Inducir con ánimo de lucro, individualmente, la inmigración clandestina de personas con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito.
- xxi. Inducir con ánimo de lucro, formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas con destino al territorio español, siempre que el hecho no constituya delito.
- xxii. Inducir con ánimo de lucro, individualmente, la permanencia de inmigración clandestina de personas en el territorio español, siempre que el hecho no constituya delito.
- xxiii. Inducir con ánimo de lucro, formando parte de una organización, la permanencia de inmigración clandestina de personas en el territorio español, siempre que el hecho no constituya delito.
- xxiv. No haber abandonado territorio español cuando hubiese expirado el plazo de cumplimiento voluntario, siempre y cuando la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas.

---

dejamos fuera las de *promover, favorecer o facilitar* ya que esas, a partir de junio del año 2000, de conformidad con el artículo 318 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; necesariamente son conductas delictivas atendiendo al tipo penal básico del referido artículo 318 bis. Véase en este sentido: Mayordomo Rodrigo, Virginia, “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, pp. 337-338; Rebollo Vargas, Rafael, “El delito de tráfico ilegal de personas y la (in)competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), No. 11-09, julio 2009, p. 09:2. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-09.pdf> Para profundizar en los debates de ese tipo penal, véase: García Sánchez, Beatriz, “La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LVIII, fascículo III, 2005, pp. 837-886 (especialmente 853-866).

De una lectura integral de la Ley de Extranjería y la Ley de Asilo<sup>1102</sup>, que son las normas relevantes a tener en cuenta en supuestos de *expulsión sin causas penales*, no está autorizado en ningún otro supuesto que los 24 antes precisados la posibilidad de aplicar la medida cautelar de internamiento. Cualquiera que en la práctica se ejecute bajo esa denominación no requiere ni siquiera del análisis que a continuación se hará, pues esos otros supuestos serán y son evidentemente ilegales.

El anterior listado pudiera parecer innecesario y repetitivo, pero ante la complejidad que tiene la redacción y sistematización de la Ley de Extranjería, preferimos parecer redundantes con el fin de que no exista duda en relación a los únicos supuestos que legalmente están previstos para internar a una persona sin causas penales vinculados a la expulsión. Que no hay más, al menos cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015).

Como puede deducirse de su lectura, sólo seis de los supuestos antes enumerados (i, ii, iv, v, vii, viii) estarían directamente vinculados con la situación migratoria de la persona. Dos (xi y xxiv) podrían tener las mismas características que esos seis, pero no necesariamente. Mientras que los dieciséis restantes están necesariamente vinculados con cuestiones de seguridad pública, orden público y seguridad nacional en que se involucren las personas migrantes extranjeras.

Independientemente de lo anterior, en veintitrés de los veinticuatro supuestos, de conformidad con la misma Ley de Extranjería, el internamiento tendría las siguientes características:

Fin de la medida: Asegurar la resolución final que pudiera recaer en el procedimiento de expulsión.

Duración: En tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, siendo su duración máxima de 60 días.

---

<sup>1102</sup> No olvidemos la prohibición de expulsión a quienes se les haya concedido el derecho de asilo (artículo 5), así como la suspensión de los procedimientos de expulsión a los solicitantes de asilo (artículos 18.1.d y 19.1) y, por tanto, la inaplicabilidad del internamiento en esos casos.



Naturaleza: Medida cautelar administrativa en procedimiento preferente.

Sólo el último supuesto (xxiv) difiere de lo anterior, en dos aspectos, el primero, que es su fin, en razón de que ahí ya no hay procedimiento que seguir, sino simplemente se trata de la ejecución de una expulsión ya ordenada. El segundo, es que contrario a los demás, esta ejecución deriva de un procedimiento ordinario.

En lo que sí coinciden los veinticuatro supuestos es en el hecho de que la persona migrante extranjera está dentro del territorio de España y se presume en todos su entrada inicial autorizada.

De todo esto, lo primero que puede llamar la atención es el hecho de que, en principio, se le dé el mismo trato o se les aplique la misma medida cautelar a las 6 situaciones indudablemente relacionadas con la “irregularidad” de las personas por no haber obtenido *prórroga de estancia*, por no tener *autorización de residencia* (que no necesariamente de entrada) o tener *caducada* más de tres meses la *mencionada autorización*, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente; que a las 18 restantes que se vinculan, como hemos señalado, con cuestiones de seguridad pública, orden público ó seguridad nacional, así como una con la ejecución de una expulsión ya ordenada.

Si bien, es justo en ese punto donde el Juez de Instrucción entrará a determinar la proporcionalidad de la medida y tomará en consideración las circunstancias concurrentes<sup>1103</sup>, el simple hecho de que se pueda aplicar en esas 6 situaciones nos parece injustificado, por una parte, porque de acuerdo con la Ley de Extranjería hay riesgo de incomparecencia cuando se carece de domicilio o de documentación identificativa<sup>1104</sup>. Pero si estamos en supuestos en los cuales se ha tenido previamente una autorización de estancia o residencia, es evidente que no estamos frente a casos de personas respecto a las cuales no se tenga o pudiera tener algún registro previo o incluso todo un historial y expediente de todo el

---

<sup>1103</sup> Artículo 62.1, segundo párrafo de la Ley de Extranjería.

<sup>1104</sup> *Idem*.

tiempo de su estancia autorizada en el país. Con lo que parece innecesaria su inclusión legal en ese conjunto de supuestos que dan origen al internamiento.

Por otra parte, en esos mismos casos y en ese mismo momento procesal ¿cómo se puede saber que las actuaciones de la persona migrante extranjera buscan evitara o dificultar la expulsión?, si todavía no hay expulsión y no todo expediente de expulsión concluye con la determinación de ésta. Peor aún, resulta evidente que cualquier persona que ha tenido un permiso de estancia o autorización de residencia, si desea continuar en España y se le inicia un expediente de expulsión, hará todo lo posible por recuperar ese estatus jurídico ¿eso podría implicar una actuación para buscar evitar la expulsión? Parece que la respuesta es afirmativa, lo cual, resulta cuando menos extraño.

Pero además, en esos 6 supuestos aun cuando el Juez esté obligado a tomar en consideración especialmente lo anterior, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes<sup>1105</sup>, esto último no es aplicable en estos supuestos, ya que si no nos encontraríamos en los 3 supuestos (*supra* iii, vi y ix) en que la Ley de Extranjería sí vincula “irregularidad” con representar un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. De ahí, nuestro interés en distinguir con todas sus características cada una de las situaciones.

Lo anterior, no significa que consideremos desde ahora adecuada la medida cautelar de internamiento en las demás situaciones que se enumeraron, menos cuando estamos frente a términos indeterminados o con tal amplitud como seguridad pública, orden público o seguridad nacional, y no hay delito ni sanción penal. Pero tampoco en el caso de la ejecución de la expulsión, ya que en ese caso ya no hay procedimiento a seguir, simplemente se trata de la ejecución, con lo que darle el mismo tratamiento que a las demás situaciones muestra que algo no está del todo correcto. Con esto, simplemente queremos llamar la atención en esa situación, ya que todas esas situaciones entran en el supuesto genérico de expulsión,

---

<sup>1105</sup> *Idem.*

pero no todos por ello son iguales salvo en que se dirigen a personas migrantes extranjeras.

Con esas precisiones, a continuación desarrollaremos el análisis de *sospechosa proporcionalidad* y advertiremos, cuando resulte necesario, el momento en que hagamos alguna distinción entre las diferencias antes resaltadas, toda vez que en nuestra opinión, nos son menores, especialmente, bajo un análisis de estricta proporcionalidad como el que haremos a continuación.

*a) Primer nivel de análisis: igualdad y no discriminación*

El primer aspecto que no podemos perder de vista, es que el análisis que desarrollaremos a continuación es en relación a la libertad personal de personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales, esto es, de la afectación de un derecho humano a una de las conocidas como categorías sospechosas (origen nacional). Advertido ello seguimos los pasos que hemos sugerido antes (*supra* 2.6 y 3.9).

- i. Descarte. ¿El derecho o libertad está expresamente excluido de reconocimiento en la Constitución y/o tratados a las personas migrantes extranjeras?

No. Como quedó establecido en el tercer capítulo de este trabajo, la libertad personal está reconocida a *toda persona* en todas las normas legales aplicables en España, tanto de origen nacional (Constitución), como de origen internacional (tratados).

- ii. Comparación. ¿Nacionales y no nacionales (ó no nacionales de dos nacionalidades) están en la misma situación de hecho que genera consecuencias jurídicas distintas en el reconocimiento de un derecho o libertad?

No, entre nacionales y no nacionales. Sí, posiblemente, entre dos tipos de extranjeros: nacionales de países pertenecientes a la Unión Europea y nacionales de terceros estados no pertenecientes a ésta.

Entre nacionales y extranjeros, por la situación que se analiza no es posible establecer un término de comparación, toda vez que una

persona nacional nunca puede ser expulsada y, por tanto, nunca estará en las situaciones de hecho que generan la consecuencia jurídica de internamiento. Una persona nacional de España no puede ser afectada en su libertad personal con fines de expulsión. Con lo cual, al no ser posible la comparación, jurídicamente no podemos hablar de discriminación. Esto significa que ya sólo nos queda analizar en todos los supuestos similares la proporcionalidad de la restricción a la libertad personal. Es decir, pasar al segundo nivel de análisis propuesto.

Es importante señalar en este orden de ideas que, pretender comparar una infracción de tipo administrativo por grave que pudiera ser de una persona nacional, con la infracción a la Ley de Extranjería de una persona extranjera que da como resultado el internamiento para intentar construir el término de comparación no es del todo acertado, ya que sólo serían comparables si en la situación de hecho que genera la misma infracción administrativa (por ejemplo, orinar en la vía pública) las consecuencias jurídicas que se generaran para un nacional y un no nacional fueran diferentes. Como igual ocurriría respecto a otras situaciones que involucraran el mismo u otro derecho humano, pero en la cual tanto nacionales como no nacionales pudieran colocarse o llevar a cabo. Por ejemplo, las necesidades de atención médica (derecho a la salud) o la posibilidad de desarrollar una actividad productiva (derecho al trabajo).

Lo que sí se podría cuestionar en todo caso es por qué en un procedimiento sancionador administrativo (misma naturaleza que el de la Ley de Extranjería), cuando éste se dirige también a personas nacionales no sé prevén actualmente medidas cautelares ó provisionales que puedan afectar la libertad personal<sup>1106</sup>. Dicho argumento pierde sentido cuando se analiza y nos damos cuenta que sí se podría hacer, que sí se podría establecer una medida de ese

---

<sup>1106</sup> Véanse, por ejemplo, artículo 98.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; artículo 56 g) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; artículo 69 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; artículos 47 y 49 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana ó artículos 72 y 136 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

tipo. En primer lugar, porque de conformidad con las interpretaciones que ha hecho el TCE (*supra* 3.2), eso no está prohibido por la Constitución. En segundo lugar, porque como señala la doctrina en materia administrativa, en cuestión de medidas cautelares nos encontramos ante un verdadero *numerus apertus*<sup>1107</sup>, por lo que bien se podría prever alguna. Ante eso sólo queda preguntarse ¿Por qué no se ha hecho? ¿Qué pasaría si se hace? ¿Por qué desde 1985 la única medida cautelar existente con esas características se dirige a personas migrantes extranjeras?

Las respuestas a esas preguntas sin duda alguna nos llevan a ámbitos de discriminación, no necesariamente desde el derecho positivo y la evaluación que aquí se desarrolla, pero sí en otros muchos ámbitos, entre ellos, lo que desde la sociología con aportes de la psicología se ha denominado como *discriminación institucionalizada*<sup>1108</sup>. Es decir, ese conjunto de actos, conductas y comportamientos que normalizan un trato discriminatorio. Esa serie de medidas de las que posiblemente desde el punto de vista jurídico no se puede establecer discriminación por lo que antes se dijo, pero que sí ponen de relieve su poca legitimidad al dirigirse y preverse en normas dirigidas a personas migrantes extranjeras<sup>1109</sup>.

---

<sup>1107</sup> Cfr. González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, “Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, 3ª Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 1874; Rebollo Puig, Manuel, “Medidas provisionales en el procedimiento administrativo”, en la obra colectiva “Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez”, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, p. 669.

<sup>1108</sup> Cfr. Henkel, Kristin E., Dovidio, John F. and Gaertner, Samuel L., “Institutional Discrimination, Individual Racism, and Hurricane Katrina”, en *Analyses of Social Issues and Public Policy*, Vol. 6, No. 1, 2006, p.p. 101-105; Stavenhagen, Rodolfo, “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”, en *Revista IIDH*, Vol. 48, 2008, p. 262; Gilbert Ceballos, Jorge, *Introducción a la Sociología*, LOM, Santiago de Chile, 1997, p. 447; Augoustinos, Martha and Walker, Iain, “The Construction of Stereotypes within Social Psychology. From Social Cognition to Ideology”, en *Theory & Psychology*, Vol. 8, No. 5, October 1998, p. 645; Jones, James M., *Prejudice and Racism*, McGraw-Hill, New York, 1997, p.p. 63-65; McCrudden, Christopher, “Institutional Discrimination”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 2, No. 3, Winter, 1982, p.p. 303-367.

<sup>1109</sup> Cfr. Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, op. cit., pp. 31, 35-36.

Si en este punto se buscara construir un término de comparación entre nacionales y no nacionales el cuestionamiento debería ir a ¿por qué sólo las personas nacionales no pueden ser expulsadas? o ¿por qué sí se puede expulsar a las personas migrantes extranjeras? Y la respuesta a esas preguntas, como antes lo hemos señalado<sup>1110</sup>, están más allá del derecho positivo plasmado en textos constitucionales y de tratados de derechos humanos.

Lo anterior, pasa por cuestionarnos, entre otras muchas cosas: ¿por qué el nacer de un lado u otro de una frontera nos hace diferentes? ¿Por qué una nacionalidad que no escogemos al nacer justifica que se nos dé un tratamiento diferenciado? ¿Por qué el origen nacional es la única categoría sospechosa que tiene expresamente excluido y/o condicionado el reconocimiento de algunos derechos humanos? ¿Por qué la igualdad y la no discriminación no han podido traspasar las fronteras, la nacionalidad y la soberanía? Las respuestas a esas y otras preguntas sin formular aquí que sería bueno hacerlo, sobrepasan el objetivo de este trabajo, pero indudablemente están en el fondo y origen de lo que aquí nos ocupa.

En donde sí puede haber un término de comparación, en principio, es como ya lo decíamos entre extranjeros —pero ciudadanos— de la Unión Europea y extranjeros nacionales de cualquier otro Estado no miembro de la Unión (comúnmente llamados de terceros Estados).

Sin embargo, por todo lo que implica un análisis serio de la *ciudadanía europea*<sup>1111</sup> con todas sus complejidades<sup>1112</sup>, frente a la

---

<sup>1110</sup> Véase *supra* nota 644.

<sup>1111</sup> Véase sobre ésta: Isin, Engin F. and Saward, Michael (Eds.), *Enacting European Citizenship*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; Dolejšiová, Ditta and García López, Miguel Ángel (Eds.), *European citizenship in the process of construction: challenges for citizenship, citizenship education and democratic practice in Europe* Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009.

<sup>1112</sup> *Cfr.* Liañan Nogueras, Diego J., “La ciudadanía europea: una cuestión abierta”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 32, 2013, pp. 357-372; Martínez de Velasco, Joaquín Huelin, “La ciudadanía europea ¿Un sueño al alcance de la mano?”, en *Autonomías*, No. 29, noviembre de 2003, pp. 60-72.

nacionalidad, no sólo desde el ámbito jurídico, sino también político, preferimos entender y equiparar a toda ciudadana europea como española. No hacerlo así, nos llevaría a desviar los objetivos de este trabajo de investigación. Pero sin duda, es un análisis que merece ser desarrollado y debatido no sólo en el caso de la libertad personal y expulsión<sup>1113</sup>.

En todo caso, nuestra afirmación de equiparación encuentra respaldo en lo que establece el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, sin obviar el contenido de su artículo 15.1 c)<sup>1114</sup>, que sería justamente uno de los ámbitos que podría hacer surgir el término de comparación en el debate expulsión-libertad personal.

- iii. Razón de mucho peso. ¿Existe una razón de mucho peso que justifique la distinción entre nacionales y extranjeros (ó dos tipos de extranjeros), para que migrantes extranjeros no tengan la misma consecuencia jurídica en el reconocimiento de un derecho o libertad ante un mismo supuesto de hecho?

---

<sup>1113</sup> Cfr. Hansen, Peo and Brian Hager, Sandy, *The Politics of European citizenship: deepening contradictions in social rights and migration*, Berghahn Books, New York, 2010, pp. 43-45.

<sup>1114</sup> Artículo 15. Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:

c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen.

Al no poder establecerse un *tertium comparationis* por lo que antes se ha expresado, el análisis de igualdad y no discriminación debería concluir en ese segundo paso del primer nivel de análisis.

No obstante ello, para las dudas que pudiese haber en la comparación que decidimos no desarrollar entre extranjeros de terceros Estados y “extranjeros” pero ciudadanos de la Unión Europea, podemos señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció desde el año 1991 en el caso *Moustaquim c. Belgica*<sup>1115</sup>, reiterándolo en otros casos<sup>1116</sup> sin ningún cambio<sup>1117</sup>, que considera como esa razón de mucho peso, para distinguir entre ciudadanos europeos y nacionales de terceros Estados, el hecho de que el conjunto de Estados que integran la Unión Europea (en el momento en el que resolvía ese caso todavía Comunidad Europea) han creado juntos un *orden legal especial*<sup>1118</sup>.

Criterio que a nosotros nos parece peligroso, no sólo porque el TEDH en todos sus análisis desde el caso *Moustaquim* sólo hace esa afirmación y no da más razones<sup>1119</sup>, sino también porque bajo esa perspectiva, cualquier conjunto de Estados en tanto decidan darse un *orden legal especial* juntos, bien podrían discriminar por cualquier otra razón o afectar de igual forma a cualquier otra categoría sospechosa que, como en el caso del origen nacional, no cuente dentro de ese orden legal con alguna expresa protección.

---

<sup>1115</sup> TEDH, *caso Moustaquim c. Bélgica*, Sala, Aplicación No. 12313/83, Sentencia de 18 de febrero de 1991, párr. 49.

<sup>1116</sup> TEDH, *caso Gaygusuz c. Austria*, Sala, Aplicación No. 19391/90, Sentencia de 16 de septiembre de 1996, párr. 42; *caso Koua Poirrez c. Francia*, Sección Segunda, Aplicación No. 40892/98, Sentencia de 30 de septiembre de 2003, párr. 46; *caso Dhabhi c. Italia*, Sección Segunda, Aplicación No. 17120/09, Sentencia de 8 de abril de 2014, párr. 53.

<sup>1117</sup> *Cfr.* Van Dijk, P., “Protection of ‘Integrated’ Aliens Against Expulsion Under the European Convention on Human Rights”, *op. cit.*, p. 34.

<sup>1118</sup> De manera textual el TEDH estableció: “As for the preferential treatment given to nationals of the other member States of the Communities, there is objective and reasonable justification for it as Belgium belongs, together with those States, to a special legal order.”

<sup>1119</sup> *Cfr.* Brouwer, Evelien and De Vries, Karin, “Third-country nationals and discrimination on the ground of nationality: article 18 TFEU in the context of article 14 ECHR and EU migration law: time for a new approach”, *op. cit.*, 127-129.



Por ahora, dejamos planteada esa situación y respaldamos la afirmación de equiparación que hacíamos antes con un criterio jurídico que ha venido sosteniendo el TEDH.

Ante ese panorama, lo que resulta claro es que desde el punto de vista jurídico, no podemos hablar de *discriminación* o violación al principio de *igualdad* en el caso de la afectación a la libertad personal de personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales bajo los 24 supuestos de *expulsión* que aquí hemos identificado.

*b) Segundo nivel de análisis: proporcionalidad de la restricción al derecho.*

Al no poderse determinar la existencia de discriminación en todos los supuestos del primer nivel de análisis, debemos pasar al segundo nivel. Si en el primero se hubiese podido establecer de manera clara una situación de discriminación en todos los supuestos ya no sería necesario pasar a este nivel, ya que la existencia de discriminación, como quedó establecido en el segundo capítulo de este trabajo, tiene tal importancia que cualquier restricción a un derecho que en el origen tiene una discriminación es en sí misma contraria a la Constitución y tratados de derechos humanos.

Precisado ello, pasamos al análisis de la proporcionalidad de la restricción a la libertad personal.

- i. Idoneidad. ¿El sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho es adecuado para preservar otro derecho o bien constitucionalmente protegido?

Como se sabe, la idoneidad consiste en una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado a través de la intervención legislativa y el fin propuesto por el legislador. Esto es, consiste en la identificación de un fin de relevancia constitucional y la verificación sobre si la medida examinada es adecuada para lograr el referido fin<sup>1120</sup>.

---

<sup>1120</sup> Cfr. Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2007, pp. 40-45; Bernal Pulido,

Así, para determinar la idoneidad de la medida que afecta la libertad personal en nuestro objeto de estudio, no podemos perder de vista que analizamos un *medida cautelar*. Esto es, una de esas formas en las que la interpretación de la Constitución que hace TCE considera admisible para incidir en dicha libertad<sup>1121</sup>. Que no es ni se trata, por ejemplo, de una sanción que sería constitucionalmente inadmisibles y, con ello, resultaría innecesario entrar a este análisis por su evidente incompatibilidad. Es decir, que estamos frente a lo que podría considerarse un sacrificio adecuado al ejercicio de la libertad personal.

En ese sentido, en 23 de las 24 situaciones que pueden dar lugar al internamiento por *expulsión*, sin duda estamos en ese supuesto y, evidentemente, nos permiten entrar a analizar con mayor profundidad su idoneidad, es decir, si hay un fin o bien constitucional a preservar con ello. Esto es así, ya que como lo hemos detallado antes, esos 23 supuestos están vinculados y son dependientes de un procedimiento de expulsión en trámite. Con lo que no hay duda que estamos frente a una medida cautelar que tiene por fin expreso en ley: asegurar la resolución final que pudiera recaer.

Ante esa situación, la respuesta a la pregunta que se hace en este nivel de análisis es: Sí, en esas 23 específicas situaciones.

Ello se justifica en que, la afectación que sufre la libertad personal (medida cautelar) está encaminada a cumplir con la facultad del Estado para decidir quién permanece en su territorio. Facultad que insistentemente hemos dicho no avalamos en todos los casos<sup>1122</sup>,

---

Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 715, 720, 725, 730-736; Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, ábaco-Universidad Austral, Buenos Aires, 2004, pp. 71-75; Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco (Dir.), *Constitución: problemas filosóficos*, Ministerio de la Presidencia-CEPC, Madrid, 2003, p. 241;

<sup>1121</sup> Medida cautelar que, como hemos establecido antes, de acuerdo con esas interpretaciones también podría ser implementada en caso de personas nacionales en procedimientos similares de naturaleza administrativa.

<sup>1122</sup> El tema de la *expulsión* merece un amplio debate y más en aquellos casos de personas extranjeras que sin el permiso del Estado o sin la renovación de éste

pero que, encuentra su sustento jurídico en normas constitucionales e incluso en tratados de derechos humanos, así como en las interpretaciones que han hecho prácticamente todos los tribunales (*supra* capítulo III).

Insistiendo en este punto que aunque no se comparta la idea de la expulsión, en tanto no se modifique el sistema legal, no solo nacional, sino también el internacional de los derechos humanos, la afectación a la libertad personal con fines de expulsión seguirá siendo admisible para el ejercicio de la facultad del Estado de decidir quién permanece en su territorio y ante ésta, sólo se tienen unas garantías que buscan evitar que sea ilimitada y, por tanto, arbitraria. Mientras ello no cambie, jurídicamente seguirá siendo admisible.

Peor aún en el caso de España después de la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015<sup>1123</sup>, en la que estableció que es incompatible con la multicitada Directiva 2008/115/CE la previsión como sanción por encontrarse *irregular* la imposición de multa o expulsión, por ser excluyentes entre sí, ya que la única opción compatible de conformidad con el objeto que persigue la normativa europea es la expulsión<sup>1124</sup>. Es decir, la expulsión y las medidas que se utilizan para cumplir con ella, en tanto no sean arbitrarias, son incluso una exigencia de las normas europeas.

En ese sentido, que la medida cautelar tenga como fin “asegurar la resolución final que pudiera recaer”<sup>1125</sup> en el procedimiento sancionador de expulsión, con las salvedades apuntadas, hace a esta medida idónea en este nivel del análisis de proporcionalidad.

---

llevan una estancia pacífica prolongada en un país del cual no son nacionales, formando ya parte de una comunidad. En ese sentido véase: Carens, Joseph H., *Immigrants and the Right to Stay*, *op. cit.* De igual forma véase el artículo 57.5.b) de la Ley de Extranjería respecto a la no expulsión de residentes de larga duración y *supra* nota 560.

<sup>1123</sup> TJUE, caso *Samir Zaizoune y Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa*, Sala Cuarta, petición de decisión prejudicial, sentencia de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14

<sup>1124</sup> Véanse principalmente los párrafos 38 a 41 de la referida sentencia.

<sup>1125</sup> Artículo 61.1 de la Ley de Extranjería.

Ahora bien, todo lo anterior, como decíamos, ocurriría en 23 de los 24 supuestos específicos que analizamos. Pero, en el vinculado con el incumplimiento voluntario de la resolución de expulsión derivado de un procedimiento ordinario, eso no es así.

Afirmamos lo anterior, porque el sacrificio impuesto al derecho a la libertad personal, en ese caso, no es el adecuado para preservar el fin que antes hemos señalado, ya que en este, si bien de igual forma se busca alcanzar el fin último que es que la resolución de expulsión se haga efectiva, en las primeras 23 situaciones hay un procedimiento en trámite que justifica la medida cautelar. En el que aquí analizamos ya no hay proceso, sino una resolución que cumplir y, por tanto, el sacrificio impuesto al derecho no puede ser el mismo a pesar de que el fin último de las dos lleve a que el Estado cumpla con su facultad de decidir quien permanece en su territorio.

Esto es así, porque como lo hemos insistido, estamos analizando una *medida cautelar* que es lo que previó el legislador en la Ley de Extranjería. No un acto aislado, ni una medida de ejecución, como tampoco una sanción. La sanción es la expulsión, no el *internamiento*<sup>1126</sup>. Que sea una medida cautelar no es una situación menor, pues como hemos señalado anteriormente, de ello depende que sea admisible constitucionalmente como una forma de afectar la libertad personal.

Como también ya lo hemos establecido siguiendo a diversos doctrinarios<sup>1127</sup>, al tener esa naturaleza debe cumplir con ciertas y determinadas características. Especialmente porque de la satisfacción de éstas depende su legalidad y, en la legalidad de la medida se sustenta toda la posibilidad de que se pueda o no afectar la libertad personal.

---

<sup>1126</sup> Cfr. Vidal Fueyo, María del Camino, *Constitución y extranjería*, op. cit., pp. 223-229; Requejo Rodríguez, Paloma, *El internamiento de extranjeros*, op. cit., pp. 21, 51, 55 y 62; Pérez Alonso, Esteban Juan, “La expulsión de extranjeros: algunas consideraciones en torno al régimen de detención preventiva e internamiento de extranjeros. (Comentario a la sentencia núm. 115/1987, de 7 de julio)”, op. cit., pp. 71-105.

<sup>1127</sup> Véase *supra* notas 948 a 953.

Algunas de esas características, como hemos establecido, son: no son un fin en sí mismas sino que deben tener un fin claramente definido; inseparables de su fin, dependientes o subordinadas del proceso principal con lo que deben extinguirse cuando termine éste.

En ese sentido, en este supuesto estamos más bien frente a una medida de ejecución<sup>1128</sup>. La cual, sin duda, puede ser jurídicamente válida e incluso considerada como una medida adecuada (idónea), pero entonces, ya no puede colocarse bajo la cobertura, diseño y condiciones de la medida cautelar legalmente establecida en la Ley de Extranjería, sino que requiere de una regulación específica que atienda a su naturaleza. Esto es, que establezca que es una medida de ejecución de una resolución de naturaleza administrativa consistente en la privación de libertad hasta por 60 días, para que, a partir de eso se pueda determinar, primero, su constitucionalidad como una forma por la cual se puede privar de la libertad<sup>1129</sup> y, después, su proporcionalidad. Esta naturaleza ejecutiva es innegable, ya que la Ley de Extranjería ubica este supuesto justamente bajo el rubro *ejecución de la expulsión* (artículo 64).

Si ya de entrada, es dudosa la constitucionalidad de la *medida cautelar* porque no es la jurisdicción contencioso-administrativa, sino un Juez de Instrucción —que, como ya se apuntó, no puede entrar a valorar si es conforme a derecho dicha resolución administrativa de expulsión—, la autoridad jurisdiccional competente para decidir sobre la necesidad de la medida de pérdida de libertad<sup>1130</sup>, en estos casos lo es aún más porque ya no estamos frente a una medida cautelar, a pesar de que la Ley de Extranjería haga la remisión.

---

<sup>1128</sup> Cfr. Requejo Rodríguez, Paloma, *El internamiento de extranjeros*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>1129</sup> Ese análisis es de gran importancia, como también lo es entender claramente las razones por las cuales no es una medida cautelar. Cuando analicemos la *denegación* profundizaremos en ello, por ahora, para intentar dejar muestra de las diferencias se puede decir que: la medida cautelar es dependiente del procedimiento; la medida de ejecución es dependiente de la resolución. Si depende de la resolución, podría considerarse que es parte de esta. Si eso ocurre ¿es constitucionalmente admisible? De ahí, que no sea menor su diferenciación a partir de sus elementos sustanciales de grado, intensidad y dependencia.

<sup>1130</sup> Vidal Fueyo, Camino, “La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional”, *op. cit.*, p. 217.

Lo anterior puede ser debatible, especialmente si se afirma que no es una medida aislada, sino que deriva de un procedimiento ordinario. Para nosotros resulta claro que no es idónea en el “molde” que se le coloca, por una parte, porque estamos analizando una medida cautelar y, por otro parte, porque lo que se afecta con ello es la libertad personal. El fin último sin duda puede ser el mismo, en eso no tenemos duda, y eso no es el punto de debate aquí. El debate es que el sacrificio impuesto al derecho en este caso no es el adecuado por lo que antes se detalló.

Para nosotros es imposible hacer este análisis apartando al internamiento de la naturaleza jurídica de medida cautelar que le da la Ley de Extranjería, pues es justo eso lo que determina su grado e intensidad, así como lo que valida en principio su admisibilidad en el sistema constitucional. Hacer un análisis pasando por alto ese aspecto u obviando el acto concreto que recoge, en nuestra opinión, es dar por válido el uso fraudulento de una figura jurídica (medida cautelar) que debe cumplir con ciertas y determinadas características para considerarse como tal. Lo que, de por sí es cuestionable, más lo debe ser cuando lo que se afecta con ello es la libertad personal.

- ii. Necesidad. ¿La medida de intervención en el derecho fundamental es la menos lesiva con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el mismo objetivo?

No. Lo cual se demuestra, por una parte, con el contenido mismo de la Ley de Extranjería y, por otra parte, con los elementos que nos proporciona la realidad de la aplicación de esa medida. Los motivos que fundamentan esta conclusión son los siguientes:

En primer lugar, no es la *medida cautelar* menos lesiva, como nos lo demuestra el propio texto del artículo 61 de la Ley de Extranjería en el que se mencionan como otras medidas cautelares posibles para cumplir con el mismo fin: a) Presentación periódica ante las autoridades competentes; b) Residencia obligatoria en determinado lugar; c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.

Lo que demuestra, en palabras del propio legislador, que se puede cumplir con la facultad del Estado para decidir quién permanece en su territorio (expulsar), incluso con medidas que en nada afectan a la libertad personal aunque sí tienen una afectación menor de otros derechos como el de circulación y residencia.

En ese sentido, se debe resaltar que el hecho de que se mencionen esas otras medidas, no significa que el llamado *internamiento* sea la última opción de todas las existentes y que, por tanto, pueda ser necesario al ser la última opción disponible; ya que por la redacción del referido artículo 61, puede ser la primera, al no establecerse un orden gradual de aplicación de éstas, sino simplemente que se puede “adoptar alguna de las siguientes”.

Cuando en el artículo inmediato siguiente a ese (62) se regula el “ingreso en los centros de internamiento”, sin que en el resto del Título III de la Ley (De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador) se haga mención alguna a las demás medidas cautelares y mucho menos a la forma en la cual se pueden implementar, la invitación a aplicar la única medida cautelar regulada (internamiento) es evidente, lo que la convierte en la primera opción para no incurrir en algún tipo de responsabilidad.

Situación que se confirma con el hecho de que el Reglamento de la Ley de Extranjería (artículo 235.6) sólo hace una repetición superflua sin mayores especificaciones de las medidas cautelares antes mencionadas: retirada de pasaporte, presentación periódica y residencia obligatoria<sup>1131</sup>.

En segundo lugar, aun cuando fuera la última o única opción, el hecho de que pueda extenderse hasta por 60 días muestra también que no es la medida menos lesiva contra la libertad personal si se trata de una verdadera medida cautelar y si el objetivo es “asegurar la resolución final que pudiera recaer” en el procedimiento sancionador. Y menos lo es, en el supuesto en el que ya no hay procedimiento a seguir, sino tan sólo una resolución que ejecutar.

---

<sup>1131</sup> Cfr. Ortega Martín, Eduardo, *Manual práctico de derecho de extranjería*, op. cit., p. 446.

Esto, por una parte, porque la presencia de la persona en un determinado lugar no es el único factor relevante para que se pueda dar cumplimiento a una resolución de expulsión, ya que de conformidad con el Reglamento de la Ley de Extranjería (artículo 246.5)<sup>1132</sup> la ejecución de la resolución depende de más factores que esa presencia de la persona en un lugar: recursos económicos de la persona o de su país para hacer el traslado, presupuesto de España destinado a suplir lo anterior, reconocimiento del país de origen de la nacionalidad de la persona que se le pretende enviar, etc.

Al existir esos otros factores, parece indicarnos que la medida necesaria podría ser una restricción a la libertad personal (hasta por 72 horas), pero no una privación de libertad (más de 72 horas). Con lo que sería una medida de ejecución y no una medida cautelar<sup>1133</sup>. Esto, bajo el entendido de que no existieran —como existen— otras medidas menos lesivas o no lesivas de la libertad personal (no sólo las antes mencionadas) por medio de las cuales se puede asegurar la presencia de una persona.

Y, por otra parte, porque no debemos perder de vista que estamos analizando los supuestos de *expulsión*, lo que significa que la persona ya se encontraba dentro del territorio del país por lo que de forma evidente no estamos frente a casos de personas respecto a las cuales no se tenga o pudiera tener algún registro previo que permitiría asegurar su presencia sin necesidad de privarles de la libertad. Sino frente a casos en los cuales se tiene información de las personas o se podría obtener, por encontrarse con anterioridad a la situación que genera la cusa de expulsión, dentro del país.

Lo anterior, especialmente y sin duda alguna en las situaciones en que se está *sine permissum* por no haber obtenido prórroga de estancia (*supra* i, ii, iv, v, vii, viii), por no tener autorización de residencia (que no necesariamente de entrada) o tener caducada más

---

<sup>1132</sup> La ejecución de la resolución de expulsión se efectuará a costa del extranjero si éste dispusiera de medios económicos. En caso contrario, se comunicará dicha circunstancia al representante diplomático o consular de su país, a los efectos oportunos.

<sup>1133</sup> Esto no contradice lo que establecimos en el análisis de idoneidad, sino por el contrario, lo refuerza, ya que no hay correspondencia entre lo jurídicamente regulado y el conjunto de supuestos de los que se ocupa.



de tres meses la mencionada autorización, y siempre que la persona interesada no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. Al igual que en los supuestos en los que no se ha dado de manera voluntaria la ejecución de la expulsión.

Pero lo mismo, aunque posiblemente con algunas excepciones, podría presentarse en los casos en que la persona extranjera representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Es decir, los casos sin causas penales en los que no necesariamente se está *sine permissum*. Aunque en estos casos, de ser real y verificable ese riesgo, lo cuestionable en todo caso sería que se les trasladara a un lugar que de conformidad con la Ley de Extranjería no es de carácter penitenciario y, por tanto, no tiene las capacidades, condiciones, ni medios para atender de manera adecuada ese riesgo, de ser real y no sólo una forma de criminalización de los extranjeros.

Sin que eso signifique que se les deba llevar a un centro penitenciario, sino que la verdadera existencia del riesgo implicaría replantearse, de un lado, los actos y conductas que entran en esta categoría y, por el otro, la verdadera naturaleza del lugar en el que se ejecuta el internamiento si ese riesgo existe. No sólo pensando en las personas migrantes extranjeras, sino también en quienes deben cumplir con su custodia y vigilancia. Lo que confirma que la solución no es tan simple y que no se pueden equiparar todas las situaciones de expulsión de manera tan simple.

Quienes si ven la necesidad de esa medida —aunque no hacen un análisis de proporcionalidad— tanto en el ámbito académico<sup>1134</sup> y sobre todo en discursos públicos de funcionarios encargados de extranjería en España, la justifican en el hecho de que si no es con una medida así, por ejemplo, podría darse el caso de que en relación a una misma persona exista una interminable cadena de multas, lo cual sería poco efectivo en muchos supuestos por la insolvencia de la persona extranjera. Lo que olvidan u omiten intencionadamente,

---

<sup>1134</sup> Véase, por ejemplo, Andrés Sanchís, Elsa, “La entrada ilegal de extranjeros en España y su tipificación como infracción administrativa”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, No. 4, 2003, p. 55; Martínez Pardo, Vicente, *Detención e Internamiento de Extranjeros*, *op. cit.*, p. 69.

es que si eso les preocupa en los casos de multas, también les debería preocupar en los casos de expulsión, cuando para ejecutar ésta también se necesita que la persona extranjera sea solvente y sino, al menos sí el país del que proviene o es nacional.

De esa forma, por los supuestos en los que nos encontramos en este momento (expulsión), parece claro que, por ejemplo, la residencia obligatoria en un determinado lugar o la presentación periódica ante autoridades, al menos, son medidas que podrían servir para cumplir con el fin, sin afectar la libertad personal o haciéndolo en un menor grado. Con lo que sin duda hay medidas menos lesivas que exhiben como innecesario al internamiento como primera opción para alcanzar el mismo objetivo. De incumplirse éstas, pero sólo a partir de eso, se podría pensar en una medida de mayor intervención.

En casos extremos en que se considerara que no es posible aplicar medidas previas por resultar *per se* todas ineficientes, de igual forma una intervención de más de 8 días que es lo que debe durar el procedimiento preferente en que se tramita la expulsión y al que se vincula la medida cautelar, se mostraría en todo caso también como una medida innecesaria al no ser la menos lesiva. Por lo que, bajo el diseño actual, sólo podría pensarse como *necesaria* una medida cautelar de plazo idéntico al que debe durar el procedimiento del que depende su existencia. Pero eso, con muchas reservas, pues primero se debe demostrar y justificar por qué se considera que otras medidas menos lesivas son o pueden resultar ineficientes.

En tercer lugar, existen datos que ayudan a confirmar lo innecesario del internamiento por no contribuir a alcanzar el objetivo que se busca, ya que el hecho de que una persona sea privada de su libertad en un CIE no garantiza su expulsión y sí afecta su libertad personal, con lo que es un medio lesivo que no cumple con su fin en un importante número de casos.

Así por ejemplo, de acuerdo con los informes de la Fiscalía General del Estado, en el año 2009 hubo 26.032 personas privadas de libertad en los CIE de España, siendo de éstas expulsadas sólo el

70%, es decir 18.308, pese a que las cifras no están del todo confirmadas en éste último rubro<sup>1135</sup>.

Para el año 2011 de las 13.241 personas que estuvieron privadas de libertad en un CIE, sólo 6.825 habían sido efectivamente expulsados o retornados a su país de procedencia<sup>1136</sup>. Esto es, apenas el 51%. En el año 2012 el número de personas privadas de libertad fue de 11.325, siendo efectivamente expulsadas o devueltas un total de 5.924<sup>1137</sup>, esto es, el 52%.

Destacando en ese sentido, que de ese grupo que no pudo ser expulsado, 3.217 personas (59%) fueron puestas en libertad por imposibilidad de poder documentarlas<sup>1138</sup>. Esta información ya no fue publicada por la Fiscalía en su Memoria 2013<sup>1139</sup>, por lo que no nos ha sido posible acceder a esa información pese a que también la solicitamos por escrito a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras de la Policía Nacional.

---

<sup>1135</sup> Al revisar las Memorias de la Fiscalía General del Estado llamó especialmente nuestra atención lo siguiente: “Dada la carencia generalizada en todas las Fiscalías de un sistema informático que gestione la información sobre este ámbito de actuación no podemos facilitar una estadística completa y solvente sobre todas y cada uno de los aspectos relevantes. La única estadística fiable, proporcionada por los responsables de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), es la relativa al número de personas que han sido allí recogidas” (Memoria 2009, p. 753).

<sup>1136</sup> Véase Memora de la Fiscalía General del Estado, *op. cit.*, p.859. Según informa la Unidad Central de Expulsiones y Repatriaciones de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras (UCER): en Algeciras y Anexo (Isla La Paloma) estuvieron internados 3.093 (expulsados 1.533 [49%]); en Barcelona, 1.978 (expulsados 914 [46%]); en Madrid, 3.867 (expulsados 1.905 [49%]); en Málaga, 437 (expulsados 257 [58%]); en Murcia, 1.505 (expulsados 798 [53%]); en Valencia, 1.716 (expulsados 1.088 [60%]); en Fuerteventura –El Matorral– 119 (expulsados 47 = [39%]); en Las Palmas, 400 (expulsados 221 [55%]); y, en Tenerife (Hoya Fria), 126 (expulsados 62 [49%]).

<sup>1137</sup> Véase Memora de la Fiscalía General del Estado, *op. cit.*, pp. 355 y 357.

<sup>1138</sup> *Ídem*.

<sup>1139</sup> Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería: Memoria 2013, pp. 1-20. (p. 389-394)

Con información proporcionada al diputado Jon Iñarritu<sup>1140</sup> por el Gobierno de España sabemos que en el año 2014 estuvieron en un CIE 7.268 personas<sup>1141</sup>, de las cuales sólo pudieron ser expulsadas 3.483, es decir, apenas el 47%.

Si a ese panorama sumamos que de conformidad con la información que el Gobierno de España dio a la diputada del PSOE Ángeles Álvarez en respuesta a una pregunta<sup>1142</sup> que formuló en la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados, se señala que de un total de 7.696 personas que fueron expulsadas de España en el año 2014, sólo 3.483 estuvieron privadas de libertad en un CIE. Esto es, que el 57% de las expulsiones para ser efectivas no necesitaron de la aplicación de la medida cautelar de internamiento.

Así, todo parece indicar que la efectividad de las expulsiones no pasa por privar de la libertad a las personas migrantes extranjeras, pues el éxito es menor en esos supuestos que en los casos en los cuales no se utiliza. Con ello, también de manera práctica se demuestra que en España el garantizar el cumplimiento de la facultad del Estado para expulsar, no requiere de la aplicación de una medida tan lesiva a la libertad personal como lo es el internamiento hasta por 60 días.

- iii. Proporcionalidad sentido estricto. ¿La restricción, limitación o injerencia satisface estrechamente la finalidad que se busca como consecuencia directa de la menor restricción?

---

<sup>1140</sup> Véase *supra* nota 218.

<sup>1141</sup> Acudimos a esa información para el año 2014, en razón de que la Memoria de la Fiscalía correspondiente al año 2014, publicada el 25 de septiembre de 2015, no contiene esa información. Véase *supra* nota 218.

<sup>1142</sup> *Cfr.* El País, *831 inmigrantes fueron expulsados de la Comunidad Valenciana en 2014*, Comunidad Valenciana, 2 agosto 2015, disponible en: [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/08/02/valencia/1438512354\\_736056.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/08/02/valencia/1438512354_736056.html); Eldiario.es, *España expulsó a 7.696 inmigrantes en 2014*, 02/08/2015, disponible en: [http://www.eldiario.es/desalambre/inmigrantes-expulsados-Espana\\_0\\_415758517.html](http://www.eldiario.es/desalambre/inmigrantes-expulsados-Espana_0_415758517.html) (consultado el 4 de agosto de 2015); El Mundo, *7.696 inmigrantes fueron expulsados de España en 2014*, 02/08/2015, disponible en: <http://www.elmundo.es/espana/2015/08/02/55bde348ca474118428b4571.html> (consultado el 6 de agosto de 2015).

Con lo antes establecido, el análisis de este punto resultaría innecesario al quedar demostrado que la privación de libertad por el llamado internamiento no es una medida necesaria (salvo en casos extremos y con la reserva antes anotada), ni idónea en todos los supuestos que es previsible<sup>1143</sup>. Sin embargo, también queremos demostrar porque es desproporcional por el plazo que se fija como máximo para su aplicación.

Así las cosas, en primer lugar, simplemente reiteramos que con las cifras antes expuestas, que son las oficiales del Estado, parece evidente que el grado de no satisfacción o restricción que reciente la libertad personal no se corresponde con el grado de satisfacción o efectividad que tiene la facultad estatal de expulsar a las personas migrantes. Ya que, como fue establecido, más del 50% de personas que son privadas de libertad en un CIE no son expulsadas. Mientras que más del 50% de las expulsiones efectivas no necesitaron de la aplicación de esa medida. Lo que significa que en cifras, el costo que sufre la libertad personal no se corresponde con el beneficio que obtiene la facultad del Estado para decidir quién permanece en su territorio por medio de expulsiones.

Para no perder de vista que lo que analizamos es la *medida cautelar*, bien podemos afirmar que ésta no cumple con su fin legalmente previsto en más del 50%, es decir, no asegura la resolución final que recae en el procedimiento de expulsión.

Pero más aún, si atendemos a los criterios establecidos por el TEDH en relación a que la detención sólo se justificará por el tiempo que dure el proceso; que la duración de esta medida no debe exceder el plazo razonable necesario para alcanzar el objetivo perseguido y; que el principio de proporcionalidad es especialmente importante y la duración de la detención es un factor relevante en el análisis de dicha proporcionalidad, es fácil determinar que el plazo máximo de 60 días o su promedio según cifras oficiales (26-45 días) hace a esta medida desproporcional y, por tanto, arbitraria.

---

<sup>1143</sup> Idoneidad que, insistimos, para nosotros es altamente dudosa y que en este análisis aceptamos sólo por su admisibilidad constitucional de acuerdo con el Tribunal Constitucional español, no en nuestra posición (véase *supra* 3.2 y 3.9).

Especialmente porque si el procedimiento de expulsión se tramita por medio de un procedimiento preferente y éste de acuerdo con el Reglamento de la Ley de Extranjería (artículos 234 a 237) se debe desarrollar en un máximo de 8 días<sup>1144</sup>, el plazo máximo de 60 días o cualquier otro superior a esos 8 días se muestra como desproporcional. Más si no perdemos de vista que estamos frente a una *medida cautelar* y éstas deben ser excepcionalísimas, inseparables de su fin, dependientes o subordinadas del proceso principal con lo que deben extinguirse cuando termine éste<sup>1145</sup>.

Ahora bien, los 8 días también se muestran como desproporcionales, porque como hemos visto e insistido, la ejecución de la expulsión antes que depender de la presencia física de una persona en un lugar determinado, depende de que se satisfagan otros requisitos, entre ellos, que el país de su origen le reconozca como nacional, que se cuente con la documentación necesaria para acceder al país de destino o tener el dinero suficiente para cubrir los costos de ésta<sup>1146</sup>. Por lo que así sean uno u ocho días, antes que asegurar la presencia física de la persona extranjera se debe asegurar que se tenga quien cubra dichos costos<sup>1147</sup> o la cooperación del país de destino, tal y como lo establecen las normas aplicables. En ese sentido, la privación de libertad se muestra como desproporcional también desde éste ángulo.

---

<sup>1144</sup> 48 horas iniciación, alegaciones iniciales y proposición de pruebas. Máximo 3 días para pruebas si se admiten. 48 horas alegaciones finales y propuesta de resolución.

<sup>1145</sup> Cfr. Teso Gamella, Pilar, *Medidas cautelares en la justicia administrativa*, op. cit., pp. 22-25; Ortell Ramos, Manuel y Calderón Cuadrado, María Pía, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, op. cit., pp. 13-18.

<sup>1146</sup> Cfr. Martínez Escamilla, Margarita, “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, op. cit., p. 40.

<sup>1147</sup> El Gobierno de España con ese fin, para lo que denomina “servicio de transporte aéreo de repatriados” destinó en el periodo 2013-2014 un total de 24.200.000,00 euros; para el periodo año 2015-2016 la cantidad destinada es de 12.100.000 euros. Véase: Consejo de Ministros, *Acuerdo por el que se modifican los límites establecidos en el artículo de la Ley General Presupuestaria para adquirir compromisos de gasto con cargo a ejercicios futuros, a fin de posibilitar a la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior la contratación de servicios de apoyo a la seguridad en los centros penitenciarios, transporte aéreo de repatriados y otros servicios*, 5 de diciembre de 2014, disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2014/refc20141205.aspx#centrospeniten>

Pero en este análisis, además, no podemos pasar por alto que en el supuesto genérico de expulsión, como antes se estableció, hay un supuesto específico en el cual ya no hay expediente sancionador que tramitar. Por tanto, esos 8 días resultan innecesarios y los 60 son por donde se les vea, desproporcionales. Si en estos supuestos, lo único que hace falta es ejecutar la resolución que previamente ha sido dictada, ¿qué podría justificar un internamiento de hasta 60 días?

La amplitud máxima del plazo de 60 días también muestra su desproporcionalidad de manera práctica, ya que siguiendo el argumento que dio el Tribunal Constitucional respecto a la intervención del Juez para el establecimiento de un plazo menor al de 60 días (40 días cuando se analizó), y que la Ley de Extranjería (artículo 62.1, segundo párrafo) le ordena a dicho Juez que de acuerdo con el principio de proporcionalidad determine el internamiento, no hay constancia de que dicho plazo se ajuste al menos a los 8 días que debe durar el procedimiento preferente por el que se deben tramitar estos casos.

De acuerdo con los informes de la Fiscalía General del Estado, en el año 2008, por regla general y con contadas excepciones, los jueces fijaron el plazo que en ese momento era de máximo 40 días de manera automática en prácticamente todos los casos<sup>1148</sup>. Lo que se confirmaba en 2010 que la mayoría de los jueces fijaban el plazo máximo ya entonces de 60 días de manera automática, un importante número un plazo inicial de 30 días, en tanto que algunos que mantenían sus formatos de acuerdo de internamiento desfasados seguían estableciendo 40 días<sup>1149</sup>.

Información que se confirma también un año más tarde<sup>1150</sup>. Para la memoria 2013 este dato les pareció irrelevante en la Fiscalía General del Estado y acceder a los autos de internamiento es una misión casi imposible. Sin embargo, parece poco probable que ello

---

<sup>1148</sup> Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería: Memoria 2013, p. 750.

<sup>1149</sup> *Ibidem.*, p. 1004. En ese año sólo Barcelona tenía un promedio menor de 24.5 días.

<sup>1150</sup> *Ibidem.*, pp. 856 y 857. En ese año sólo en Salamanca los plazos iban entre 20 y 40 días.

haya cambiado, ya que cada juzgado trabaja a partir de sus propios formatos pre establecidos en los cuales únicamente rellenan el nombre, fecha y alguna información más, no así lo relacionado con el plazo<sup>1151</sup>.

Pero además, con información que se pudo obtener del año 2009<sup>1152</sup>, se demuestra que la participación del Juez no es garantía de proporcionalidad en la aplicación de la medida, ya que más del 60% de las personas privadas de libertad en un CIE tenían redes o vínculos familiares, sociales y laborales, que bien podrían haber hecho que se evitara su internamiento. De ese porcentaje, el 40,2% había residido de 4 a 10 años en España, el 15,9% de 1 a 3 años, el 9,4% menos de un año, el 5,6% de 10 a 19 años, y el 2,8% por 20 años o más<sup>1153</sup>. Con lo que parece claro que la intervención judicial no es garantía no sólo frente al plazo, sino de la propia aplicación de forma proporcional en cada caso de la medida.

Si el TCE hubiese tomado en cuenta estos factores o simplemente hubiese analizado la proporcionalidad de la medida de internamiento y su plazo, posiblemente se habría dado cuenta de que la intervención de un Juez sirve para evaluar la legalidad de la detención y aplicar dentro del margen que le da la Ley el internamiento de manera proporcional al caso que se le plantea, a pesar de que los hechos demuestran que esa proporcionalidad está más bien respaldada en el formato de turno. Pero si hubiese atendido al plazo mínimo y máximo establecido por el legislador, posiblemente se habría dado cuenta que el Juez no puede resarcir la desproporcionalidad de origen establecida en la Ley por el legislador.

De igual forma, si el TCE hubiese tomado en cuenta las características reales de la medida cautelar regulada por el

---

<sup>1151</sup> Esto pudimos confirmarlo personalmente con algunos magistrados con los que tuvimos oportunidad de entrevistarnos y presenciar sus audiencias en la Ciudad Judicial de Barcelona, así como por el acceso que se nos permitió a copias de sus formatos obtenidas directamente de la base de datos común de todos los juzgados.

<sup>1152</sup> Cfr. Pérez Sala, Pau, *Situación de los Centros de Internamiento para extranjeros en España*, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2009, p. 80.

<sup>1153</sup> *Ídem*.



legislador y, a partir de ello, llevado a cabo su evaluación, posiblemente el resultado final habría sido otro. Pero como antes lo establecimos, prefirió comparar la medida cautelar de internamiento con una de naturaleza penal sin tomar en cuenta cómo se presentaba en cada supuesto aplicable y, para sumar a esa vinculación entre lo penal y la migración, para darle una mirada criminalizadora, sólo hizo referencia a los supuestos vinculados con orden público y seguridad en su trascendental análisis de 1987.

Si lo hasta aquí señalado fuese insuficiente, la desproporcionalidad del plazo y de la medida en sí se vio agravada por el contenido de la Directiva 2008/115 de la Unión Europea, que establece un plazo de hasta 18 meses de internamiento. Y que fue, según se puede leer en el preámbulo y exposición de motivos de la reforma a la Ley<sup>1154</sup>, el único sustento que permitió en el caso de España ampliar el plazo máximo de 40 a 60 días, sin que exista ninguna otra justificación que permita determinar que entre mayor sea la posibilidad de afectación de la libertad de las personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales, mayor es el cumplimiento de la facultad del Estado para hacer efectivas las expulsiones.

Un análisis que el TCE tampoco ha hecho, ni se le ha preguntado para intentar al menos conocer cuál es el anclaje constitucional de ese incremento en las posibilidades de afectar la libertad personal y, ante esa falta de profundidad, se ha validado desde 1987 la constitucionalidad de una medida que al menos en los casos de expulsión, como ahora fue demostrado, no satisface una evaluación de proporcionalidad y en consecuencia, es una privación de libertad arbitraria e injustificada, a pesar de ser legal.

---

<sup>1154</sup> En el preámbulo se lee lo siguiente: “En el Título III, con el objetivo de reforzar la lucha contra la inmigración irregular se prevén nuevas infracciones para evitar actuaciones fraudulentas, tales como los matrimonios de conveniencia, la promoción de la inmigración irregular por medios indirectos o el falseamiento de los datos para el empadronamiento. Con la misma finalidad se propone el aumento de las sanciones económicas para todas las infracciones. Asimismo, se introducen determinadas modificaciones con el fin de dotar de mayor eficacia y más garantías, a las medidas de suspensión y devolución; *también se contempla la ampliación del plazo de internamiento que pasaría a los 60 días desde los 40 que se aplican actualmente*, así como se mejora la seguridad jurídica de los afectados, por estas medidas con la concesión de un plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión.” Cursivas añadidas por nosotros.

## B. Privación de libertad por denegación de entrada en frontera

Como se ha establecido anteriormente, en casos de *denegación*<sup>1155</sup> de entrada a territorio español<sup>1156</sup>, la libertad personal de las personas migrantes extranjeras puede ser afectada por medio del llamado *internamiento* en un único supuesto<sup>1157</sup> concreto que antes se detalló (*supra* 4.1)<sup>1158</sup>. Dicho supuesto es el siguiente:

- i. Denegación de entrada en frontera mediante resolución motivada por no cumplir los requisitos para entrar a España<sup>1159</sup> y el regreso se pudiese retrasar por más de 72 horas.

---

<sup>1155</sup> No se debe confundir la *devolución*, ni el *retorno* de los que se hace mención en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria con la *denegación* de entrada. Siendo esto especialmente importante porque en ningún supuesto de *devolución*, ni de *retorno* previsto en la Ley antes citada, como tampoco en la Ley de Extranjería, como se estableció antes, está previsto legalmente que se pueda aplicar el llamado *internamiento* a quienes hayan solicitado la protección internacional. Por lo que al no estar prevista, sino más bien excluida, lo que corresponde es: libertad.

<sup>1156</sup> La *denegación* se corresponde a lo que en otras legislaciones se denomina *rechazo en frontera* y que en nuestra opinión es un término más adecuado. En España a esta figura en su regulación anterior se le denominaba *retorno*.

<sup>1157</sup> Véase artículo 60.1 de la Ley de Extranjería.

<sup>1158</sup> No olvidemos la prohibición de retorno a quienes hayan solicitado asilo (artículo 19.1) y, por tanto, la inaplicabilidad del internamiento en esos casos.

<sup>1159</sup> Artículo 25. Requisitos para la entrada en territorio español.

1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

2. Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado.

En este supuesto, de conformidad con la Ley de Extranjería, el internamiento tienen las siguientes características:

Fin de la medida: Que la persona regrese a su punto de origen<sup>1160</sup>.

Duración: Su duración máxima es de 60 días.

Naturaleza: Medida cautelar administrativa.

En este supuesto se está en la ficción jurídica o material de que la persona no ha ingresado al territorio de España<sup>1161</sup>. En el mejor de los casos está en la conocida como zona internacional<sup>1162</sup>. “Rebasado el puesto fronterizo aéreo, marítimo o terrestre, ya se ha producido la entrada y no cabe su denegación”<sup>1163</sup>.

Con esas precisiones del objeto de estudio, es momento de aplicar a este supuesto genérico el método de *sospechosa proporcionalidad*.

#### a) Primer nivel de análisis: igualdad y no discriminación

---

No será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso.

3. Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

4. Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente.

<sup>1160</sup> Artículo 60.1 de la Ley de Extranjería

<sup>1161</sup> Cfr. Sola Reche, Esteban, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la nueva Ley de Extranjería”, *op. cit.*, p. 414.

<sup>1162</sup> Cfr. Del Valle Gálvez, Alejandro, “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 9, junio 2005, pp. 1-18.

<sup>1163</sup> Sola Reche, Esteban, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la nueva Ley de Extranjería”, *op. cit.*, p. 415.

Con el fin de evitar ser repetitivos en el análisis y toda vez que nos encontramos frente a situaciones de hecho muy similares a las que se actualizan en el supuesto genérico de expulsión, al no existir posibilidad jurídica (sí hipotética) de negar la entrada a España a quien posea esa nacionalidad, resulta evidente que no podemos establecer un término de comparación y, por tanto, no es posible hablar jurídicamente de discriminación o un trato desigual.

Lo mismo ocurre en el caso de los nacionales de los países miembros de la Unión Europea por las razones que ya desarrollamos en el apartado anterior a éste, pero que además se ven reforzadas en la razón de mucho peso asentada en el *orden legal especial* de dicha Unión, por el hecho de que en el artículo 3 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, se establece expresamente el derecho de entrar libremente en territorio español<sup>1164</sup>.

En el mejor de los casos y eso es un tema que escapa a nuestras posibilidades de análisis en este trabajo, lo interesante en este supuesto sería analizar esta misma igualdad y no discriminación pero *en la aplicación* de la ley. En donde, seguramente, sí podríamos encontrar muchos términos de comparación entre diversas nacionalidades en las que la denegación de entrada en frontera se aplica de forma muy diferenciada. Incluso, antes de ésta, en los requisitos que a cada nacionalidad se le exigen para poder ingresar a España y que es lo que al final determina la denegación.

Ante esa situación, pasamos al segundo nivel de análisis.

---

<sup>1164</sup> Esto sin pasar por alto que el artículo 4 del mismo Decreto sí prevé la posibilidad de denegar la entrada por no acreditar debidamente los requisitos exigidos a tal efecto por ese Real Decreto, bien por motivos de orden público, seguridad o salud públicas. Con lo cual, se puede volver a cuestionar la efectividad de la *ciudadanía europea* o la fortaleza de la soberanía frente a temas migratorios aun cuando existe la referida ciudadanía y Unión Europea.

b) Segundo nivel de análisis: proporcionalidad de la restricción al derecho.

Antes de iniciar este segundo nivel de análisis, debemos recordar que en el supuesto de *denegación* de entrada en frontera, formalmente no se ha ingresado al territorio de España, pero se pretende entrar por un puesto habilitado para ese fin<sup>1165</sup>. Con esa reiteración, iniciamos el análisis.

- i. Idoneidad. ¿El sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho es adecuado para preservar otro derecho o bien constitucionalmente protegido?

No. A pesar de que el fin último que tiene la medida, sirve para satisfacer la facultad del Estado de decidir quién entra a su territorio y que, con eso, se puede deducir del contenido del artículo 60.1 de la Ley de Extranjería como finalidad de la medida a aplicar que la persona regrese a su punto de origen<sup>1166</sup>, que normalmente se entiende como tal el lugar de donde llega, no necesariamente al país del que sea nacional<sup>1167</sup>, aunque sí pueden coincidir; no podemos olvidar que estamos analizando una *medida cautelar*.

Por lo que, no se puede olvidar que la idoneidad se trata de un análisis de una relación medio-fin, que consiste en la identificación de un fin de relevancia constitucional y la verificación sobre si la medida examinada es adecuada para lograr el referido fin.

En ese sentido, consideramos que el sacrificio impuesto al derecho a la libertad personal, en ese caso, no es el adecuado para preservar el fin que antes hemos señalado, ya que en este, si bien se busca que la persona regrese a su punto de origen y, por tanto, no ingrese a España, al no existir un procedimiento a seguir, sino tan sólo una resolución que cumplir, el sacrificio impuesto al derecho no se corresponde con la *medida cautelar* que sirve para cumplir el fin

---

<sup>1165</sup> Cfr. Ortega Martín, Eduardo, *Manual práctico de derecho de extranjería*, op. cit., p. 441.

<sup>1166</sup> La Directiva 2008/115/CE establece que el fin es preparar el retorno. Sin embargo, ello no se transpuso en la Ley de Extranjería.

<sup>1167</sup> Al no establecerse el lugar al que se le debe regresar a la persona, cabe la posibilidad que ese no sea su país y, por tanto, tampoco pueda ingresar.

último que es que el Estado cumpla con su facultad de decidir quién entra en su territorio.

Esto es así, porque como lo hemos insistido, estamos analizando una *medida cautelar*. No un acto aislado, ni una medida de ejecución, como tampoco una sanción. Al tratarse de una medida cautelar, como también hemos insistido, su vinculación a un proceso es esencial, ya que eso es lo que justifica su existencia. La medida cautelar es accesoria al procedimiento, que en este caso no existe.

Peor aún en este supuesto, la medida cautelar causa un sacrificio inadecuado, ya que, contrario a lo que ocurre en la expulsión, en éste la persona no ha entrado formalmente a territorio de España. Ante eso, las preguntas que se deberán responder son: ¿se puede aplicar la misma medida cautelar a quien ya está dentro del territorio que a quien formalmente aún no lo está? ¿Se puede aplicar la misma medida cautelar que busca ejecutar una sanción derivada de una infracción a una situación que busca ejecutar una resolución por incumplimiento de requisitos? ¿Un Juez de Instrucción tiene competencia para decidir sobre la libertad de una persona que formalmente está fuera de España? ¿El fin último justifica cualquier medio cuando el derecho intervenido es la libertad personal?

Todo parece indicar que en este caso estamos más bien ante una medida de ejecución<sup>1168</sup> y lo que se ejecuta es una resolución que no deriva de un procedimiento, que no deriva de la aplicación de una sanción. Esa medida, sin duda alguna puede satisfacer el fin último que aquí se ha indicado, pero en todo caso, debe estar regulada de conformidad con su naturaleza para que se pueda considerar idónea. En tanto esté regulada como medida cautelar no se puede considerar idónea al imponer un sacrificio a la libertad personal que no es adecuado por la naturaleza y características que dichas medidas deben satisfacer para ser legalmente admisibles.

---

<sup>1168</sup> Cfr. Requejo Rodríguez, Paloma, *El internamiento de extranjeros, op. cit.*, p. 81; Velasco Caballero, Francisco, “Expulsión administrativa, devolución, retorno y otras ‘salidas obligatorias’”, en *Monografías de la Revista aragonesa de Administración Pública*, Ciudadanía e inmigración, 2003, p. 330.

Probablemente, habrá a quien le parezca que el problema sólo es de denominación y que lo relevante es el fin, que insistimos, indudablemente se corresponde con la facultad del Estado para decidir quién entra a su territorio. Para nosotros, en parte sí es de denominación, ya que eso es una cuestión de sustancia, grado e intensidad<sup>1169</sup> que trasciende directamente en el grado de incidencia que se puede generar en la libertad personal. En una medida de ejecución, forzosa o no, no caben las mismas posibilidades que en una medida cautelar y viceversa. “Y la diferencia entre una y otra es evidente: mientras que la primera pretende garantizar la ejecutividad de la [resolución] para cuando ésta adquiera firmeza, la segunda persigue la ejecución misma”<sup>1170</sup>.

Si se analiza al internamiento haciendo a un lado su naturaleza (consciente o inconscientemente), que es lo que a su vez le ha servido para ser admisible constitucionalmente como una forma de afectar a la libertad personal, seguramente se puede concluir que también en este supuesto es una medida idónea. Para nosotros, eso es inseparable si se analiza de manera estricta y, por tal razón, consideramos que no se puede considerar idónea en el caso de *denegación* de entrada en frontera bajo la regulación que actualmente tiene, que es lo que analizamos aquí.

- ii. Necesidad. ¿La medida de intervención en el derecho fundamental es la menos lesiva con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el mismo objetivo?

No. Si seguimos manteniendo que el fin es que la persona no entre al territorio de España, que regrese al lugar de su origen, no hay duda alguna que no es la intervención menos lesiva contra la libertad personal. Pues si ese es el fin, antes que afectar la libertad

---

<sup>1169</sup> Cfr. Montero Aroca, Juan, *Derecho Jurisdiccional II*, Proceso Civil, Undécima edición, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002, p. 543; Peces Morate, Jesús Ernesto, “Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias”, en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1999, p. 155.

<sup>1170</sup> Martín Delgado, Isaac, “La naturaleza jurídica de la ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, No. 28, 2006, p. 91.

personal hasta por 60 días se podrían implementar otras medidas<sup>1171</sup> que incluso no afectarían la libertad personal o no en el grado e intensidad que se hace con el internamiento<sup>1172</sup>.

Pero no como se hace en el artículo 60.1, segundo párrafo, que establece al internamiento como la primera y única medida cautelar que se puede implementar en este supuesto, sin importar cuál es el requisito que se está incumpliendo, a pesar de que eso puede ir desde la falta de un documento de identidad o la acreditación de medios económicos suficientes para su sostenimiento hasta visados o certificados sanitarios<sup>1173</sup>. Y aún siendo que no se cumpliera con todos los requisitos, la privación de libertad no se justifica como la primera y única opción disponible para asegurar el regreso al punto de origen.

El hacerlo así, muestra que no da opción a medidas menos lesivas de la libertad personal y se va directamente a la privación de libertad en un CIE. Situación especialmente grave, pues lo único que se ha hecho es llegar a un punto fronterizo sin cumplir con los requisitos de ingreso de acuerdo al criterio de la persona que ahí se encuentre decidiendo ello. Pero a pesar de esa situación, la consecuencia es igual que si se hubiera cometido previamente una infracción o recibido una sanción. Aunque al menos en esos casos hay un procedimiento del cual depende la medida cautelar<sup>1174</sup>.

---

<sup>1171</sup> Esas medidas dependerán de cuál es el requisito o los requisitos que no se estén cumpliendo. Pero todas deben de partir del hecho de que la persona está fuera del territorio de España, por lo que lo primero que debemos preguntarnos es ¿el Estado español puede afectar la libertad personal de una persona que está formalmente fuera de su territorio? Parece que la respuesta es no. A partir de esa respuesta y necesario punto de análisis, es de donde se deben construir las alternativas. Más adelante proponemos algunas.

<sup>1172</sup> Por ejemplo, mejorar y hacer más eficientes las previstas en el artículo 66.3 de la Ley de Extranjería (obligaciones de los transportistas), sin que eso signifique delegar en éstos la facultad de decidir quién puede ingresar a su territorio o si se cumple con los requisitos para ello. Como también y mejor aún, en simplificar y hacer accesibles a toda persona los requisitos de ingreso.

<sup>1173</sup> Véase artículos 4 a 10 del Reglamento de la Ley de Extranjería.

<sup>1174</sup> Medida que como ya establecimos antes, tampoco es proporcional.



Si la finalidad fuese la misma que en los casos de expulsión, la situación es igual, pues como ya vimos, incluso en ese supuesto genérico hay alternativas menos lesivas de la libertad personal. Y que si no perdemos de vista que en estos casos, las personas se han presentado a un punto fronterizo autorizado para ingresar a territorio español<sup>1175</sup>, se presume que hay formas de identificarles y ubicarles, especialmente si ocuparon algún tipo de transporte de los que también tienen obligaciones de conformidad con la Ley de Extranjería.

En este supuesto no se debe pensar en las personas que llegan a cualquier punto de la frontera y pretenden ingresar. La Ley de Extranjería es clara en señalar que se refiere a quienes se encuentran en un puesto fronterizo<sup>1176</sup>.

Más aún, si el objetivo está puesto en que la persona no entre al país por no cumplir con los requisitos que se le exigen, parece en todo sentido irrazonable que se le permita entrar sólo para estar privada de la libertad en un CIE, ya que la ficción jurídica de estar fuera del territorio termina en el momento que la persona está bajo la jurisdicción de las autoridades españolas<sup>1177</sup>, que se confirma cuando es puesta bajo la jurisdicción de un Juez de Instrucción.

Este hecho que representa una “autorización” de entrada al territorio, una sujeción plena a la jurisdicción de España, permite pensar que medidas como a) Presentación periódica ante las autoridades competentes; b) Residencia obligatoria en determinado lugar; c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida; d) Colocación de dispositivos electrónicos de localización; entre otras más, serían posibles de implementarse antes que una entrada sólo para privarles de la libertad, como hemos dicho, dependiendo en cada caso de cuál es el requisito o requisitos que han incumplido para poder entrar a España.

---

<sup>1175</sup> El Reglamento de la Ley de Extranjería (artículo 1) les denomina “puestos habilitados”.

<sup>1176</sup> Artículo 26.2 de la Ley de Extranjería.

<sup>1177</sup> *Cfr.* “Indefinite detention of Immigrants Parolees: an unconstitutional condition?”, en *Harvard Law Review*, Vol. 116, No. 6, 2003, p. 1868.

Normalmente se niegan o ve imposible la aplicación de esas medidas en supuestos como el que nos ocupa, porque se piensa en la persona migrante extranjera como alguien que va a huir, como alguien peligroso, como alguien que puede causar un mal. Pensarlo así, además de que es prejuzgar, denota el poco conocimiento respecto a la migración (*supra* 1.1), pues entender ésta a partir de sus realidades demostraría que más de una de esas opciones sería posible aplicar sin poner en riesgo que la persona regrese a su punto de origen.

En ese sentido, al ser la primera y única “medida cautelar” prevista en la Ley de Extranjería para este supuesto, nos hace que considerar que no es la menos lesiva de la libertad personal, entre todas aquéllas que, como hemos visto, pueden revestir la misma idoneidad para alcanzar el fin señalado.

- iii. Proporcionalidad sentido estricto. ¿La restricción, limitación o injerencia satisface estrechamente la finalidad que se busca como consecuencia directa de la menor restricción?

Al igual que en el apartado anterior, el desarrollo de éste punto de análisis resulta innecesario por todo lo que antes se ha establecido. Sin embargo, únicamente para abonar a la desproporcionalidad del plazo de hasta 60 días o incluso el de 8 días del que hablábamos en el apartado de expulsión, no podemos pasar por alto que en este supuesto de *denegación* no hay procedimiento alguno a tramitar a cargo de las autoridades migratorias que pudiese hacer justificable un plazo de internamiento, sino simplemente se dicta una resolución al momento en el que se deniega la entrada (artículo 15 del Reglamento de la Ley de Extranjería).

Con lo que si seguimos el criterio del TEDH en el que ha establecido que cualquier privación de libertad en virtud del artículo 5.1.f) se justifica sólo por el tiempo que el proceso esté en curso<sup>1178</sup>, vemos que en este supuesto no hay tal proceso.

En este punto, adquiere total sentido la falta de *idoneidad* que antes establecimos, ya que si estamos frente a una medida que busca

---

<sup>1178</sup> Cfr. TEDH, *caso Saadi Vs. Reino Unido*, *op. cit.*, párr. 72.

ejecutar una resolución y no frente a una medida cautelar en realidad como lo demostramos, no existe correspondencia entre el fin que se busca y los medios que se utilizan. Esto es, la finalidad que se busca y que es lo que justifica la injerencia en la libertad personal, no se satisface con la menor restricción.

Al tratarse de una medida de ejecución, es desproporcional que se puedan autorizar hasta 60 días de afectación de la libertad personal para ello, aunque el plazo que fije el Juez de Instrucción pueda ser menor, toda vez que la resolución ya está tomada y lo único que se necesita es que se cumpla, no hace falta esperar el desarrollo y conclusión de un procedimiento que podría justificar que la “medida cautelar” durara en tanto se sigue y concluye dicho procedimiento.

Ahora bien, si contra la denegación de entrada la persona interpone algún recurso o medio de defensa, nos parece importante distinguir que los procedimientos relacionados con éstos no pueden vincularse con el internamiento, ni su interposición justificar la necesidad de internamiento. Eso podría representar un obstáculo a la tutela judicial, en la medida de que si se interponen, existiría como consecuencia la posibilidad de ser privada de libertad en un CIE, lo cual, sin duda alguna puede disuadir el ejercicio de ese derecho. El internamiento no puede por ninguna razón convertirse en la *medida cautelar* de esos procedimientos, ni la presentación de estos justificar la aplicación del internamiento.

Más cuando de conformidad con la Disposición adicional decimocuarta del Reglamento de la Ley de Extranjería “las resoluciones sobre denegación de entrada no agotan la vía administrativa”<sup>1179</sup>, es decir, que contra éstas no puede interponerse un recurso jurisdiccional, sino necesariamente uno administrativo.

---

<sup>1179</sup> Sólo en este caso y en el de devolución se establece esa excepción, ya que la referida Disposición adicional decimocuarta establece: “Las resoluciones que dicten los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior, y de Trabajo e Inmigración, los Delegados del Gobierno y Subdelegados del Gobierno, bajo la dependencia funcional de estos dos últimos Ministerios, con base en lo dispuesto en este Reglamento, sobre concesión o denegación de visados, prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y de trabajo, cédulas de inscripción, así como sobre sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros, pondrán fin a la vía administrativa, y

Pero en ese caso, llama especialmente la atención el hecho de que de conformidad con la Ley de Extranjería (artículo 60.1, segundo párrafo), sólo la autoridad que hubiere denegado la entrada es quien puede solicitar el internamiento. Pero si se ha interpuesto un recurso, parecería lógico que desde ese momento quien debe decidir sobre la situación de la persona es quien revisa esa denegación<sup>1180</sup>, no la misma autoridad que ha denegado la entrada y, por tanto, ésta ya no podría hacer la solicitud de internamiento. Aunque en este punto, todo dependerá finalmente del intérprete de la norma.

No obstante lo anterior, no se puede pasar por alto que no en todos los casos las personas interponen esos medios de defensa y que éstos se pueden interponer y tramitar aun cuando el extranjero no se encuentre en España, tanto en vía administrativa como jurisdiccional<sup>1181</sup>, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes. En ese sentido, por una parte, no es posible aplicar una regla general simplemente por existir la posibilidad de interponer un medio de defensa contra la denegación de entrada en frontera. Y, por otra parte, el trámite, presentación y plazos de un medio de defensa contra la denegación de entrada no tiene porque vincularse con el internamiento. Menos cuando los plazos de los referidos recursos administrativos (recurso de alzada) permiten que la resolución se dicte en un plazo máximo de tres meses<sup>1182</sup>, lo cual, evidentemente, supera el máximo de 60 días previsto para el internamiento.

Finalmente, respecto a este supuesto no ofrecemos cifras relativas al número de personas que por *denegación de entrada en frontera* fueron privadas de libertad en un CIE, ya que en ninguna de las memorias de la Fiscalía, ni de los informes del Defensora del

---

contra éstas podrán interponerse los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos.”

<sup>1180</sup> Véase el artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>1181</sup> Véase el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Extranjería.

<sup>1182</sup> Véase el artículo 115.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Pueblo, ni de otros informes consultados, es posible obtener éste dato. Al parecer, una vez que se aplica el internamiento, a todos se les da el tratamiento de expulsión, al menos en términos estadísticos. Esto es, no se individualiza en razón de la causa que da origen al internamiento.

Esa ausencia de cifras clasificadas por causa de internamiento también es significativa para nosotros, ya que da indicios de la poca rigurosidad con la que se aplica la proporcionalidad en la determinación de la medida y que a todos se les da el mismo tratamiento, sin importar que se originan por situaciones poco coincidentes que pasan desde estar o no dentro del territorio de España, hasta haber cometido una infracción o simplemente incumplido un requisito.

Todo lo cual indica, según hemos demostrado, que esta medida en los supuestos de *denegación* es evidentemente desproporcional y, por tanto, contraria a la Constitución y los tratados de derechos humanos, al igual que todas aquéllas que se pretenden homologar, equiparar y hacer extensivas, pues éstas últimas son en principio ilegales al ni siquiera estar previstas para privar de libertad a una persona migrante extranjera.

### C. Privación de libertad por devolución

En casos de *devolución* que se deben diferenciar de manera clara de los elementos fácticos de dos anteriores<sup>1183</sup>, y de otros términos que se utilizan en la Ley<sup>1184</sup>, la libertad personal de las personas

---

<sup>1183</sup> No se debe perder de vista que en los supuestos de *expulsión* la persona ya se encuentra dentro del territorio. Por su parte, en la *denegación* todavía no se entra formalmente al territorio del país. Mientras que en este, en un supuesto ya se entró y en el otro aún no, pero en ambos sin contar con la autorización de entrada.

<sup>1184</sup> Por ejemplo, con el término *rechazo*. El cual, en la Ley de Extranjería sólo se utiliza en la Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla; la cual fue añadida por la disposición final 1.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo. Por lo que, a pesar de que parecen ser similares, no lo son, porque esa disposición establece: “Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.” En tanto que en la *devolución* ya se está dentro del territorio, no intentando estar. Además, lo muy

migrantes extranjeras puede ser afectada por medio del llamado *internamiento* sólo por dos situaciones específicas<sup>1185</sup>:

- i. Contravenir la prohibición de entrada a España establecida en una expulsión y que no se le pueda devolver al lugar del que proviene dentro de 72 horas.
- ii. Pretender entrar sin autorización a España y no poder ser devuelta al lugar del que proviene dentro de 72 horas<sup>1186</sup>.

En dichos supuestos, de conformidad con la Ley de Extranjería, la medida que se aplica tiene las siguientes características:

Fin de la medida: No se especifica en la Ley de Extranjería.

Duración: Máxima de 60 días.

---

cuestionable de esta media establecida por medio de una “Disposición adicional”. Sobre este tema, véase: Martínez Escamilla, Margarita y Sánchez Tomás, José Miguel y Segovia Bernabé, José Luis y Díez Ripollés, José Luis y García España, Elisa y Gimbernat Ordeig, Enrique y González García, Julio y Pérez Alonso, Esteban y Pérez Manzano, Mercedes y Pérez Tremps, Pablo y Revenga Sánchez, Miguel y Rey Martínez, Fernando y Ríos Martín, Julián y Villaverde Menéndez, Ignacio *“Rechazos en frontera”: ¿Frontera sin derechos? Análisis de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/29379/>

<sup>1185</sup> No olvidemos la prohibición de devolución a quienes se les haya concedido el derecho de asilo (artículo 5 Ley de Asilo), así como la suspensión de los procedimientos de devolución a los solicitantes de asilo (artículos 18.1.d y 19.1 Ley de Asilo) y, por tanto, la inaplicabilidad del internamiento en esos casos. Lo mismo lo establece el artículo 58.4 de la Ley de Extranjería: “En el supuesto de que se formalice una solicitud de protección internacional por personas que se encuentren en alguno de los supuestos mencionados en el apartado anterior, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional. Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.”

<sup>1186</sup> Como antes se advirtió, en el Reglamento de la Ley de Extranjería (artículo 23) se dice que se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones. Esto debe tomarse con la debida precaución, por un lado, porque está incluido en el Reglamento y no en la Ley. Y, por otro, porque se están excluidos los casos en los cuales ya se está dentro del territorio, pero se entró sin autorización.

## Naturaleza: Medida cautelar administrativa.

Como se observa, las dos situaciones previstas para devolución tienen claras diferencias. En una ya existe una prohibición de entrada previa, vinculada con la aplicación de una sanción ya ejecutada de expulsión. En la segunda, no hay tal y sólo se pretende ingresar sin autorización a España, lo cual no es una infracción a la Ley de Extranjería<sup>1187</sup>. Otra diferencia es que en uno ya se está dentro del territorio y en el otro se está pretendiendo entrar. Lo común, es que en ambos casos ese ingreso se ha dado sin la autorización del Estado, lo que podría hacernos suponer que se hizo o se está haciendo fuera de algún puesto habilitado para el ingreso<sup>1188</sup>.

Si se observa con detenimiento, el segundo supuesto de devolución podría tener cierta similitud con el supuesto de *denegación*, ya que en ambos se está pretendiendo entrar, siendo la diferencia central el hecho de que en la denegación se busca hacer con autorización en un punto fronterizo, en tanto que en la *devolución* se hace sin autorización<sup>1189</sup>. Esto es, no se hacen por un punto fronterizo autorizado. “[H]abiendo accedido al espacio terrestre español, aún por un puesto no habilitado, no cabe ya la medida de denegación de entrada”<sup>1190</sup>.

Con lo que una vez establecidas las diferencias con los otros supuestos genéricos, así como las diferencias y semejanzas de los supuestos específicos que incluye la *devolución* y algunos elementos particulares de sus características, es momento de aplicarle el método de *sospechosa proporcionalidad*.

---

<sup>1187</sup> Véanse artículos 50 a 54 de la Ley de Extranjería.

<sup>1188</sup> Cfr. Requejo Rodríguez, Paloma, *El internamiento de extranjeros*, op. cit., pp. 70-79.

<sup>1189</sup> Cfr. Moya Escudero, Mercedes (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, op. cit., p. 859.

<sup>1190</sup> Sola Reche, Esteban, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la nueva Ley de Extranjería”, op. cit., p. 415.

*a) Primer nivel de análisis: igualdad y no discriminación*

Este nivel de análisis, al igual que ocurre en los dos apartados anteriores no lo podemos desarrollar en toda su amplitud, pues como ha quedado demostrado, no es posible establecer un término de comparación. Por lo que, a fin de evitar repeticiones innecesaria remitimos a quien lea estas líneas a los análisis previos (*supra* 4.3.A).

Sólo reafirmamos, que no es posible establecer un término de comparación y, por tanto, determinar si existe o no discriminación, toda vez que tanto nacionales de España, como nacionales de países miembros de la Unión Europea, tienen el derecho de entrar y permanecer en territorio Español, ni pueden haber sido previamente expulsadas<sup>1191</sup>, por lo cual, no pueden colocarse en la situación de hecho que genera la consecuencia jurídica que aquí se estudia.

Antes eso, pasamos a la evaluación de proporcionalidad de la afectación a la libertad personal de migrantes extranjeras en el supuesto de devolución.

*b) Segundo nivel de análisis: proporcionalidad de la restricción al derecho.*

En este supuesto no debemos perder de vista que estamos en situaciones en las cuales la persona migrante extranjera ha entrado o está pretendiendo entrar a territorio español (aun cuando se encuentre en la frontera o sus inmediaciones), pero sin la autorización para ello, teniendo o no una prohibición previa para hacerlo.

- i. Idoneidad. ¿El sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho es adecuado para preservar otro derecho o bien constitucionalmente protegido?

No. En primer lugar, por las mismas razones que hemos expresado en el sub apartado de *denegación* vinculadas con la naturaleza de la

---

<sup>1191</sup> En relación a este tema, véanse las advertencias que hicimos anteriormente (*supra* 4.3.A.a), que es justo en esa parte donde se podría construir un término de comparación a pesar de la *ciudadanía europea*.



medida que se estudia y las que tiene ésta en la devolución al no existir procedimiento que seguir, sino simplemente la ejecución, en un caso, y la re ejecución en otro, de un acuerdo que sanciona sin existir infracción<sup>1192</sup> y de una resolución que sancionó, respectivamente.

Resulta innecesario en ese sentido que repitamos los argumentos que antes señalamos y remitimos a quien lee estas líneas a ellos. En todo caso, sólo vale la pena advertir que a diferencia de la denegación de entrada, en este caso, aunque ha sido debatible<sup>1193</sup>, nos encontramos también frente a la ejecución de una sanción (previa o nueva) aun cuando no se forme un expediente de expulsión<sup>1194</sup> y con eso, resulte totalmente cuestionable desde un punto de vista constitucional de derechos humanos la aplicación de sanciones sin el desarrollo de un procedimiento administrativo con plenitud de garantías<sup>1195</sup>. Como cuestionable es que esa “sanción” derive, en el caso de la pretendida entrada, de una situación que ni siquiera está prevista como infracción en la Ley de Extranjería.

En este caso se suma a lo anterior, el hecho de que en éste la Ley de Extranjería no establece cuál es el fin de la medida cautelar. Podríamos deducir que se trata de evitar que una persona migrante extranjera *sine permissum* permanezca, en un caso, y entre, en el otro, en territorio de España una vez que ha ingresado o que está pretendiendo hacerlo sin autorización.

---

<sup>1192</sup> Cfr. Pomares Cintas, Esther, “La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, *op. cit.*, p. 148.

<sup>1193</sup> Un buen panorama de esos debates se puede consultar en: Moya Malpeira, David, “La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 62, 2002, pp. 203 y ss; también en Rodríguez Candela, José Luis y García España, Elisa, “La devolución del extranjero”, *op. cit.*, pp. 1338 y ss.

<sup>1194</sup> Cfr. Requejo Rodríguez, Paloma, *El internamiento de extranjeros*, *op. cit.*, p. 74; Rodríguez Candela, José Luis y García España, Elisa, “La devolución del extranjero”, *op. cit.*, p. 1338.

<sup>1195</sup> Cfr. Pomed Sánchez, Luis, “La efectividad de la tutela judicial de los extranjeros”, en *Monografías de la Revista aragonesa de Administración Pública*, Ciudadanía e inmigración, 2003, p. 361.

Por las características de los hechos en el supuesto de la prohibición previa de entrada, es decir, que la persona ya está dentro del territorio de España, se podría decir que el fin es el mismo que el de la expulsión. Sin embargo, si vemos que de conformidad con el artículo 58.3 de la Ley de Extranjería, en los dos supuestos que nos ocupan (contravenir prohibición de entrada y entrar sin autorización) no es necesario formar un expediente de expulsión, los fines ya no pueden asemejarse de manera tan sencilla<sup>1196</sup>.

En tanto que en el otro, en el que se está pretendiendo entrar sin autorización el fin sería más cercano a lo que se busca con la denegación de entrada, aunque como antes establecimos, la Ley tampoco establece cuál es el fin concreto, por lo que nos encontramos en la misma situación de vacío y solo podemos presumir que como ya decíamos, el fin es que la persona no ingrese a territorio, pero en este caso porque lo hace sin autorización.

Pero en cualquier caso, como hemos repetido, al tratarse de una medida cautelar, tanto su expresa finalidad como su estrecha vinculación con un procedimiento son lo que validan su existencia como tal. De no existir, se pone en duda su naturaleza y legalidad<sup>1197</sup>.

Con lo que la única opción que nos queda como finalidad para ambos supuestos es la de asegurar que la persona salga efectivamente de territorio de España. Si ese es el fin, así debería expresarse en la Ley de Extranjería, ya que como hemos insistido y se estableció en el tercer capítulo de este trabajo, las situaciones que afectan la libertad personal deben estar expresamente establecidas<sup>1198</sup>, no ser resultado de una deducción, símil o analogía que, en cada caso, quedarán a la interpretación de quien lo haga con la falta de seguridad jurídica que eso conlleva.

---

<sup>1196</sup> Cfr. Ortega Martín, Eduardo, *Manual práctico de derecho de extranjería*, op. cit., p. 439.

<sup>1197</sup> Martínez Escamilla, Margarita, “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, op. cit., p. 26, nota al pie 34.

<sup>1198</sup> Cfr. Thwaites, Rayner, *The Liberty of Non-Citizens. Indefinite Detention in Commonwealth Countries*, op. cit., p. 296.

Por lo que, al no establecerse un fin expreso en la Ley de Extranjería, además de no corresponderse con una *medida cautelar*, para nosotros es razón suficiente para considerar que no es idónea. Podríamos admitir que su fin último es el mismo que el de los supuestos de expulsión y denegación, pero de ser así, en primer lugar, se debería establecer expresamente ante las diferencias fácticas y jurídicas que cada supuesto de devolución tiene y, en segundo lugar, no se le debería denominar medida cautelar cuando no cumple con ninguna de las características que describen esa figura jurídica.

No obstante lo anterior, al igual que lo hicimos en los apartados previos, pasaremos al siguiente nivel de análisis a fin de profundizar en el estudio de la desproporcionalidad de esta medida.

Antes de eso, nos gustaría establecer de manera clara que en estos supuestos no se incluye a las personas que ya están dentro del territorio de España<sup>1199</sup>, que no tienen una prohibición de entrada previa y que ingresaron sin autorización<sup>1200</sup>. Ya que la Ley de Extranjería es clara al establecer: *pretender entrar*. Extender o interpretar eso como *haber entrado* o *estar dentro* sería ampliar de manera inadecuada e ilegal el supuesto establecido en Ley para afectar la libertad personal de las personas migrantes extranjeras *sine permissum*. Pero además, como ya lo señalamos, tampoco les resultan aplicables a estas personas los supuestos de expulsión por “irregularidad”<sup>1201</sup>. Lo cual es muy relevante en términos de legalidad para la aplicación de la medida cautelar de internamiento.

---

<sup>1199</sup> Cfr. Requejo Rodríguez, Paloma, *El internamiento de extranjeros*, op. cit., p. 77.

<sup>1200</sup> El supuesto específico al que nos referimos se puede describir de la siguiente forma: estar dentro del territorio de España, no tener prohibición previa para entrar y haber hecho el ingreso sin autorización; *no* está previsto en la Ley de Extranjería como un supuesto o razón por la cual la persona puede ser privada de libertad en un CIE. Por lo que cualquier aplicación extensiva a estos supuestos es *ilegal*.

<sup>1201</sup> Cfr. Solans Puyuelo, Francisco, “El régimen sancionador de extranjería tras la contrarreforma de la LO 8/2000”, en *Revista de extranjería*, No. 7, 2001, p. 1; Blanes Rodríguez, Estrella, “Reflexiones sobre las sanciones a la estancia ilegal y entrada ilegal de los extranjeros, previstas en la Ley 4/2000, y el principio de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el derecho de audiencia y tutela judicial cautelar”, en *Estudios de*

Ese tema ya fue analizado y resuelto por la Sala III del Tribunal Supremo<sup>1202</sup> en la STS 1924/2003 cuando se sometió a su consideración el contenido del anterior Reglamento de la Ley de Extranjería en el que en su artículo 138.1 b) respecto al supuesto que aquí analizamos se decía que se consideraban incluidos “los extranjeros que sean interceptados [...] en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada”. Ante eso, el Tribunal Supremo en su fundamento jurídico decimioctavo<sup>1203</sup> estableció:

“El Precepto legal de referencia no ofrece duda de que se está refiriendo a la tentativa de entrada, la expresión "pretender entrar" es concluyente al efecto. Es evidente, por otra parte, que quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar ya que esta es una situación incompatible con la de encontrarse "en el interior", es decir, dentro del territorio nacional, por más que, decimos, estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero.

El precepto legal se refiere de forma estricta a la pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito, una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero. El precepto impugnado efectúa, en consecuencia, una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal ampliándolo a un supuesto no previsto en este. Estamos por tanto ante una interpretación contra Ley que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la

---

*derecho judicial*, No. 41, 2002, p. 295; Requejo Rodríguez, Paloma, *El internamiento de extranjeros*, *op. cit.*, pp. 77-78; quienes analizan leyes previas a la vigente que nosotros analizamos, pero que en ese tema es idéntico el contenido y, por tanto, idéntica la conclusión.

<sup>1202</sup> Cfr. Martínez Pardo, Vicente, *Detención e internamiento de extranjeros*, *op. cit.*, p. 256.

<sup>1203</sup> Tribunal Supremo de España, Sala Tercera de lo Contencioso, *sentencia STS-1924/2003, de 20 de marzo de 2003*, Sexta Sección, recurso contencioso administrativo núm. 488/2001.

expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos. Por esta razón el precepto debe ser anulado.”

Lo que ha generado que los posteriores reglamentos se limiten a establecer que el pretender entrar se refiere a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o sus inmediaciones. Quedando totalmente descartado el supuesto en el que ya entraron, así sea sin autorización (ilegalmente dice la Ley).

Con lo que, resulta evidente, que esos supuestos están excluidos y si se pretenden aplicar, no es necesario siquiera analizar si se aplica una medida idónea, sino que directamente es una privación de libertad ilegal. Pero en el que sí está previsto, como ya adelantamos, no es idónea.

- ii. Necesidad. ¿La medida de intervención en el derecho fundamental es la menos lesiva con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el mismo objetivo?

No. Si en el mejor de los casos, la finalidad de la medida es que la persona salga o no ingrese al territorio nacional, que no permanezca en éste, una privación de libertad que puede ser de hasta 60 días cuando no hay expediente ni proceso a seguir, no puede ser considerada la intervención menos lesiva a la libertad personal que contribuye a alcanzar el objetivo antes señalado.

Eso, a pesar de que, en algunos de estos casos (pretensión de entrada sin autorización a España) sí podríamos estar frente a situaciones en las cuales no se tenga forma alguna de identificar con certeza a las personas —único caso de todos los que hemos analizado—, ni el poder señalar un domicilio, aun así, existen medidas menos lesivas de la libertad personal que podrían ser aplicadas a partir de conocer cada caso en particular, pero sin partir de una regla general que posibilita 60 días de afectación de la libertad. Que además, en este supuesto, de conformidad con el artículo 58.6 es la primera y única medida cautelar que se prevé.

Dentro de las medidas menos lesivas que se podrían establecer antes que una privación de libertad, están por ejemplo: a) El alojamiento en un lugar al que deba presentarse todos los días a partir de una

hora determinada; b) La obligación de presentarse ante una autoridad para regularizar su entrada de ser eso posible; d) Colocación de dispositivos electrónicos de localización; entre otras más, serían posibles de implementarse antes que “autorizarles” entrar sólo para privarles de la libertad.

Negar la efectividad de estas medidas, cuando nunca han sido implementadas, lleva sin duda alguna fuertes cargas y prejuicios respecto a las personas migrantes *sine permissum*. Como antes se ha establecido (*supra* 1.1 y 1.4), el privarles de libertad no es garantía de que no seguirán intentando entrar por ésta o cualquier otra vía. Otorgarles lo que algunos podrían considerar “comodidades” que implicarían no privarles de libertad, por tanto, no será el origen de lo que coloquialmente se ha denominado *efecto llamada*<sup>1204</sup>.

En los otros casos (prohibición de entrada) ocurre lo mismo que en los supuestos de expulsión, sí se cuenta con información respecto a la persona<sup>1205</sup>, con lo cual, otras medidas menos lesivas de la libertad personal se muestran como posibles. Lo mismo que puede ocurrir en una gran parte de los casos en los que se entra sin autorización, pues no se puede generalizar que toda persona llega sin identificación o sin un lugar previamente establecido al cual ir si entendemos más allá del derecho las redes migratorias que se forman por varias generaciones (véase *supra* 1.1).

Si bien en el caso de la prohibición de entrada y, por tanto, re ejecución de la expulsión, por tratarse de una sanción ya impuesta y ejecutada al menos una vez, se podría dudar de la efectividad de las medidas que antes se han propuesto o que tiene la Ley de Extranjería a pesar de que no están reguladas, lo cual, podríamos dar como cierto. Con más razón, parece innecesaria la aplicación de una medida que priva de la libertad, ya que en un plazo menor se

---

<sup>1204</sup> Para entender a qué se refiere ese término y un análisis en relación a qué lo puede generar, véase: Fernández Castaño, Félix y Santiago Segura, María Jesús, “Niveles de desarrollo e inmigración: ‘efecto expulsión’ versus ‘efecto llamada’”, en García Castaño, Javier y Kressova, Nina (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, 2011, pp. 1933-1941.

<sup>1205</sup> Negar esto, implicaría que tampoco se podría conocer con certeza que la persona tiene una expulsión previa y una prohibición de entrada vigente.

podría llevar a cabo la misma medida que ya se implementó al menos una vez<sup>1206</sup>.

Con lo que al igual que lo establecíamos en el apartado anterior, parece irrazonable que si lo que se busca es que la persona no entre, ni permanezca en el territorio de España, se le haga permanecer sólo para estar privada de libertad en un centro de internamiento de extranjeros hasta por 60 días, para en muchos casos liberarles. Especialmente a todas aquellas expulsiones conocidamente inviábiles de personas a quienes no se puede documentar de manera adecuada, no son reconocidas por su país de origen o no hay medios para expulsarles, con lo que, peor aún, se les coloca en una situación más compleja al permanecer *sine permissum* pero ahora con un expediente que en muchos casos les imposibilita obtener un trabajo, poniéndoles en riesgo de explotación y otras prácticas<sup>1207</sup>.

- iii. Proporcionalidad sentido estricto. ¿La restricción, limitación o injerencia satisface estrechamente la finalidad que se busca como consecuencia directa de la menor restricción?

Como en los anteriores apartados, llegar a este nivel de análisis es innecesario pues ha quedado demostrada la desproporcionalidad de la medida desde su falta de idoneidad. Sin embargo, queremos hacer énfasis una vez más en la desproporcionalidad del plazo de internamiento.

---

<sup>1206</sup> En el caso de España debe llamar especialmente la atención en estos casos, lo que ha venido ocurriendo con jóvenes que estuvieron bajo la tutela del Estado y que, al alcanzar la mayoría de edad se convierten en *sine permissum* por lo que son expulsados de España. Sin embargo, en el país al que se les envía, que en origen es el suyo (por nacimiento o pasaporte), no tienen ningún tipo de vínculo real como sí podrían tenerlo en España. No afirmamos que así sean todos los casos, simplemente que tampoco todas las personas que regresan una vez que han sido expulsadas lo hacen por el placer de enfrentar procedimientos, detenciones o de incumplir la Ley, sino que hay más motivos que ello como una verdadera pertenencia a una comunidad que no se tiene en el país de origen. De ahí, en parte, nuestra posición ante los casos de expulsión. Véase *supra* notas 560 y 1122.

<sup>1207</sup> Cfr. Comité Económico y Social Europeo, *El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración*, op. cit., párrs. 4.6.3, 4.8.5 y 4.9.5.

Especialmente, porque en estos casos no se abre expediente de expulsión. Con lo cual, no existe la necesidad de contar con un plazo en el que se deba desarrollar un procedimiento que permita cumplir con el fin constitucionalmente imperativo. Y en el caso de que ya exista una expulsión previa, el fin no podría equipararse a lo establecido dos apartados antes, pues ahí lo que se busca es ejecutar la expulsión. En tanto que en este ya no es eso, sino que se cumpla con la prohibición de entrar al territorio o si se quiere, se trata de una re ejecución de la expulsión. La expulsión ya ha sido ejecutada previamente.

Al no haber necesidad de tramitar expediente de expulsión en estos casos, según lo establece la Ley de Extranjería (artículo 58.3), el procedimiento de *devolución* (artículo 23 del Reglamento de la Ley de Extranjería) no tiene un plazo determinado para llevarse a cabo, con lo que, no hay nada que ayude a justificar el establecimiento o la extensión de un plazo de internamiento. Pretender que el plazo de internamiento sea a su vez el del procedimiento de devolución, sería una clara interpretación sesgada y contraria a la interpretación *favor libertatis* que de acuerdo con el Tribunal Constitucional debe ser la guía interpretativa en los casos en los que la libertad personal se puede ver afectada<sup>1208</sup>.

De igual forma, pretender vincular el internamiento al hecho de que se interponga un recurso en contra de la resolución de devolución, se muestra como desproporcional, tal y como ya lo establecimos en el apartado relativo a denegación, al resultar aplicables los mismos razonamientos por la excepción que hace la Ley de Extranjería para que en estos casos se pueda interponer un recurso judicial. Por lo que para evitar repeticiones innecesarias, remitimos a quien lee estas líneas al subapartado en el que analizamos la necesidad en la denegación.

Esto corrobora la falta de *idoneidad* en la que hemos insistido y respecto a la cual no repetiremos aquí nuestros argumentos, sino que simplemente recordamos que la falta de proporcionalidad se confirma por el hecho de que se utilizan las posibilidades y amplitud que autoriza una medida cautelar, para cumplir con una

---

<sup>1208</sup> Véanse por todas: STC-32/1989, de 13 de febrero, fundamento jurídico 2 y STC-35/2014, de 27 de febrero, fundamento jurídico 5.



medida de ejecución o re ejecución. Con lo que, la ausencia de fines y procedimientos a los cuales se le podría vincular, de ser medida cautelar, la hacen inadecuada y desproporcional con la naturaleza que en realidad tiene.

Con lo que, ante todas esas características y circunstancias, la medida de internamiento en los casos de *devolución* también se muestra como arbitraria por ser desproporcional y, por tanto, contraria a la Constitución y los tratados de derechos humanos.

Así las cosas, resulta evidente que el llamado *internamiento* está lejos de ser admisible en el sistema constitucional de derechos fundamentales de España. El gran problema es que esto no ha sido analizado con la profundidad debida por ningún tribunal y, bajo la creencia de que siempre ha existido y que existe intervención judicial, así ha permanecido sin un análisis detallado de cada uno de los supuestos que dan origen y su naturaleza jurídica que, como ha quedado demostrado, tienen diferencias que bien vale la pena valorar para no seguir presumiendo que se trata en todos los casos de los mismos supuestos, condiciones y fines, ya que traen consigo consecuencias cuya distinción puede no ser tan insignificante<sup>1209</sup>.

Pero, tal parece, que en España eso no se ha considerado necesario y que siempre ha sido suficiente el hecho de que en la determinación del internamiento participa un Juez de Instrucción penal, para considerarlo compatible con la Constitución española, pese a que no es el juez natural al procedimiento que de origen se tramita<sup>1210</sup>, no cuenta con opciones alternativas al internamiento al no estar reguladas en la Ley, ni en su Reglamento y, en muchos casos, como personalmente pudimos comprobarlo, desconocen<sup>1211</sup>

---

<sup>1209</sup> Cfr. Sola Reche, Esteban, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la nueva Ley de Extranjería”, *op. cit.*, p. 415.

<sup>1210</sup> La falta de idoneidad en la intervención del Juez de Instrucción (penal) es compartida, entre otras, por: Vidal Fueyo, Camino, “La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional”, *op. cit.*, p. 217; Peces Morate, Jesús Ernesto, “Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso”, en *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2001, CGPJ, Madrid, 2002, p. 234.

<sup>1211</sup> Cfr. Martínez Escamilla, Margarita, “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *op. cit.*, p. 29.

los plazos, trámites y características de los procedimientos de expulsión, denegación de entrada en frontera y devolución<sup>1212</sup>, que sería lo único que les permitiría establecer con base en estos una afectación a la libertad personal proporcional a los fines, características y condiciones de cada supuesto<sup>1213</sup>.

Lo cual puede parecer hasta cierto grado justificable, ya que son órganos jurisdiccionales en materia penal, no de lo administrativo, con lo que esos temas no son ni su especialidad, ni con lo que continuamente trabajan y en lo que continuamente se capacitan. De ahí que eso sea una de las razones en las que se ha insistido en la dudosa constitucionalidad de la *medida cautelar*. Aunque en todo caso, que sea su deber, debería obligarles a conocer las particularidades de la medida que de manera proporcional deben autorizar y que, no es una confiscación de bienes o aseguramiento de objeto, sino la libertad de una persona.

Aunque en la actualidad, es igual de preocupante el hecho de que la regulación fragmentaria<sup>1214</sup> y asistemática<sup>1215</sup> del internamiento en la Ley de Extranjería de espacio para *jugar* con los términos expulsión, denegación y devolución, pues ello está generando que se consideren como lo mismo otras figuras y procedimientos con

---

<sup>1212</sup> Lo que no sólo ocurre con los jueces, pues según consta en el *Informe de la Relatora Especial sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios*, derivado de su visita a España, Resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, E/CN.4/2004/76/Add. 2, de 14 de enero de 2004, párrafo 37: “observó que los cuerpos de seguridad encargados de aplicar la ley, no siempre conocen con precisión la diferencia entre la devolución y la expulsión y las distintas garantías que acompañan estos procedimientos”.

<sup>1213</sup> Algunos jueces de Instrucción con los que pudimos entrevistarnos nos manifestaron su desacuerdo en tener la responsabilidad de llevar a cabo ese procedimiento, especialmente porque les corresponde hacerlo cuando están en guardia, lo que les impide poner en muchos momentos la atención y dedicación que esos casos ameritarían, ya que también tienen en ese momento la responsabilidad de atender el conjunto de circunstancias urgentes y no, que su competencia les asigna al estar de guardia. Siendo ese otro factor que también se debe evaluar.

<sup>1214</sup> *Cfr.* Ortega Martín, Eduardo, *Manual práctico de derecho de extranjería*, op. cit., p. 439.

<sup>1215</sup> *Cfr.* Sola Reche, Esteban, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la nueva Ley de Extranjería”, op. cit., p. 409.

poco sustento legal y constitucional como el llamado *rechazo* o bien, que todas pese a sus diferencias sean subsumidas intencionada o por desconocimiento en el supuesto genérico de expulsión. Especialmente, porque ante la confusión terminológica, se hacen extensivas afectaciones a la libertad personal que, como demostramos, ni siquiera están establecidas en ley. Por lo que ya no sólo estamos en casos de desproporcionalidad y arbitrariedad, sino violando uno de los elementos esenciales en la protección de la libertad personal: la legalidad de su previsión.

Podríamos afirmar después del análisis desarrollado en éste capítulo que, los supuestos que autorizan el *internamiento* de personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales en España son legales, pero arbitrarias por desproporcionales. Por tanto, contrarias a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española y tratados de los que es parte España.

Eso sin mencionar las afectaciones psicológicas<sup>1216</sup> y físicas<sup>1217</sup> que se ha demostrado producen ese tipo de medidas privativas de libertad, lo que, más allá de su ajustada o no adecuación legal y constitucional, nos deberían hacer reflexionar de manera multidisciplinaria la existencia de este tipo de medidas.

El análisis desarrollado en los tres apartados anteriores puede estar equivocado, puede no compartirse y, como siempre en el derecho se puede argumentar todo lo que resulte necesario para llegar a la conclusión opuesta o a la conclusión que se desea.

---

<sup>1216</sup> Véase: Cleveland, Janet, “Psychological harm and the case for alternatives”, en *Forced Migration Review*, Detention, alternatives to detention, and deportation, Issue 44, September 2013, pp. 7-8; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, op. cit., párrs. 104 y 130; United States Commission on International Religious Freedom (USCIRF), *Informe sobre Solicitantes de Asilo Bajo Deportación Expedita*: Volumen II, febrero 2005, págs. 178-202, disponible en: [http://www.uscirf.gov/images/stories/pdf/asylum\\_seekers/ERS\\_RptVolIII.pdf](http://www.uscirf.gov/images/stories/pdf/asylum_seekers/ERS_RptVolIII.pdf).

<sup>1217</sup> Véase: Bosworth, Mary, *Inside immigration detention*, op. cit., pp. 110-135; Kotsioni, Ioanna; Ponthieu, Aurélie and Egidi, Stella, “Health at risk in immigration detention facilities”, en *Forced Migration Review*, Detention, alternatives to detention, and deportation, Issue 44, September 2013, pp. 11-13.

Pero en todo caso, para lo anterior se deben aportar elementos suficientes que rebatan nuestra conclusión. Lo que implica que es necesario hacer un análisis profundo y detallado de cada supuesto que hace posible su aplicación, no partir de presunciones, de analogías, ni creencias populares, pero tampoco de afirmar que porque el *internamiento* o *privación de libertad* de personas *migrantes extranjeras* ha estado presente en el sistema jurídico español por poco más de 30 años, está bien, es justificable, proporcional y constitucionalmente válido porque en su determinación participa un Juez, que no olvidemos, no es natural de la materia de fondo.

## V. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE PERSONAS MIGRANTES EXTRANJERAS *SINE PERMISSUM* Y SIN CAUSAS PENALES EN MÉXICO BAJO LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PROPORCIONALIDAD

Como ha quedado establecido a lo largo de este trabajo, el conocido como *alojamiento* de personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales es una forma de privación de libertad prevista en la Ley de Migración mexicana, la cual se puede extender hasta por sesenta (60) días hábiles, con una excepción que la hace indefinida en tanto no se resuelvan los recursos administrativos o judiciales que se hayan interpuesto. El alojamiento puede ser aplicado en casos de deportación, regulación de estancia y retorno asistido.

Esa medida privativa de libertad se ejecuta en las llamadas estaciones migratorias, de las cuales cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015) existen 32 a lo largo del país. Pero también, previo a la llegada a esos lugares, se puede iniciar la privación de libertad en las 15 estaciones provisionales tipo “A”<sup>1218</sup> y 12 tipo “B”<sup>1219</sup> que existen. Haciendo un total de 59 centros de privación de libertad que, como decíamos, están distribuidos a lo largo y ancho de todo México.

Durante el año 2014, en esos lugares estuvieron privadas de libertad 127.149 personas. De enero a agosto de 2015 la cifra ascendía a 130.723 personas<sup>1220</sup>.

Pero además de esa posibilidad, la Constitución mexicana prevé la detención con fines de expulsión. Medida que cuando se concluye esta investigación no cuenta con regulación alguna, por lo que no conocemos su temporalidad, características, ni lugar de ejecución.

---

<sup>1218</sup> Previstas para una estancia máxima de 48 horas, en donde se prepara el traslado a una estación migratoria.

<sup>1219</sup> Previstas para que una persona pueda estar hasta 7 días, previo a su traslado a una estación migratoria.

<sup>1220</sup> *Cfr.* Unidad de Política Migratoria, *Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2015, op. cit.*, pp. 105-124.

Como se estableció en el primer capítulo, las estaciones migratorias han sido objeto de críticas y cuestionamientos por su funcionamiento tanto por organizaciones no gubernamentales<sup>1221</sup>, como por organismos internacionales de derechos humanos<sup>1222</sup>.

Así, el alojamiento de extranjeros es una medida legalmente establecida y de vigente aplicación en México, pero ¿es arbitraria? ¿Es discriminatoria? ¿Es proporcional?

A esas preguntas les daremos respuesta en este capítulo. Para ese fin, en primer lugar (5.1), estableceremos de manera concreta los fines, naturaleza, supuestos y fundamento jurídico en que se sustenta el llamado alojamiento, así como lo correspondiente de la detención con fines de expulsión. Posteriormente (5.2), conoceremos lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (A) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (B) han expresado con relación a esa política migratoria de control.

Enseguida, desarrollaremos un análisis del denominado alojamiento bajo los estándares que ha establecido la CoIDH (5.3), a fin de demostrar, antes de un análisis más profundo de igualdad y proporcionalidad, si la medida satisface lo mínimos fijados por el tribunal interamericano para los casos en que se afecta la libertad personal de personas migrantes. Éste es un análisis, que todavía no ha sido desarrollado en México, al menos no por la SCJN.

Finalmente, con todos esos elementos y lo que previamente se ha estudiado en este trabajo, tal y como lo hicimos en el capítulo anterior, analizaremos de manera pormenorizada (5.4) si la privación de libertad denominada alojamiento respeta los principios de igualdad y no discriminación, así como el de proporcionalidad y, por tanto, si es una política de control migratorio que al afectar la libertad personal es admisible en el sistema constitucional y de derechos humanos en México.

---

<sup>1221</sup> Véase *supra* nota 253.

<sup>1222</sup> Véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, *op. cit.*, pp. 222-226, 243-249.

## 5.1 Los fines, naturaleza, supuestos y fundamento de la privación de libertad sin causas penales de personas migrantes extranjeras en México.

En la Constitución mexicana, como quedó establecido en el tercer capítulo de este trabajo, sólo está prevista la posibilidad de privar de libertad a una persona migrante extranjera en los casos de *expulsión*, de conformidad con el artículo 33 constitucional<sup>1223</sup>.

Sin embargo, en dicho artículo no se establece el lugar ni el tiempo en que las personas podrán estar *detenidas*, que es el término que se utiliza en el texto constitucional. El lugar, plazo y procedimiento estarán regulados en una ley, según lo establece el referido artículo constitucional que fue adicionado para incluir lo antes mencionado en junio del año 2011.

No obstante ello y que el Quinto artículo transitorio de la reforma constitucional que lo incluyó expresamente establece que el Congreso de la Unión debía expedir la referida Ley Reglamentaria del artículo 33 en un plazo máximo de un año contado a partir de la vigencia del decreto de promulgación de la reforma constitucional (11 de junio de 2011), hasta noviembre de 2015 dicha ley no ha sido emitida, por lo que por mandato de ese mismo transitorio se sigue aplicando el texto anterior del artículo 33<sup>1224</sup>. Esto es, formalmente todavía no está autorizada (por no estar regulada) la *detención* de personas migrantes extranjeras con fines de *expulsión*.

Lo único que existe por ahora es una iniciativa<sup>1225</sup> elaborada por la Presidencia de la República<sup>1226</sup>, que fue presentada a la Cámara de

---

<sup>1223</sup> Cfr. Guevara Bermúdez, José Antonio, “Conexiones entre los derechos humanos de las personas migrantes y la seguridad ¿Es posible afirmar que el derecho mexicano criminaliza la migración indocumentada?, *op. cit.*, pp. 114-115.

<sup>1224</sup> *Idem* y Dondé Matute, Javier, *Extradición y debido proceso*, *op. cit.*, pp. 253-255.

<sup>1225</sup> Disponible en: <http://www.presidencia.gob.mx/wp-content/uploads/2013/10/2-Iniciativa-LEY-REGLAMENTARIA-AL-ARTICULO-33-.pdf> (consultada el 1 de agosto de 2014)

Senadores el 21 de octubre de 2013<sup>1227</sup>, en la que se propone una *detención* de hasta 48 horas y, posterior a ello, se aplique alguna medida cautelar. De las medidas que se proponen, ninguna está relacionada con la privación de libertad. Sin embargo, en la iniciativa, pese a lo antes dicho de la detención, se dice que ésta se mantendrá si la autoridad migratoria considera que las medidas cautelares no son suficientes. Pero no se establece un límite temporal de esas posibles medidas en la iniciativa de ley.

Teniendo en cuenta que se propone que el procedimiento de expulsión no exceda de 60 días naturales y que, de no concluirse, se dará por terminado; podríamos presumir que la *privación de libertad* podría llegar a ser de 60 días naturales<sup>1228</sup>, pero ello a partir de una deducción, nunca porque así se establezca en la iniciativa.

El fin que tiene la detención y que a su vez son los supuestos que pueden dar origen a la *expulsión* de acuerdo con la iniciativa es que las personas extranjeras no incurran o continúen incurriendo en hechos que constituyan una amenaza para la seguridad nacional o para el orden o la seguridad públicos de conformidad con la legislación en la materia. Con lo que parece quedar claro que no sería aplicable en inicio a casos de estricta naturaleza migratoria, es decir, derivados de la situación migratoria de las personas.

En cuanto al lugar de *detención* se dice que será en las instalaciones migratorias o lugares que se habiliten por la Secretaría de Gobernación. No se dice que éstas serán las estaciones migratorias.

---

<sup>1226</sup> Véase: Torres, Mauricio, “Las 10 reformas que Peña Nieto aún no logra ‘mover’ en el Congreso”, en *CNN México*, jueves 3 de septiembre de 2015, disponible en: <http://mexico.cnn.com/nacional/2015/09/03/las-10-reformas-que-pena-nieto-aun-no-logra-mover-en-el-congreso>

<sup>1227</sup> El 28 de octubre de 2014, las Comisiones Unidas de Derechos Humanos, de Gobernación, de Justicia y de Estudios Legislativos del Senado aprobaron la expedición de la Ley Reglamentaria de los artículos 33 y 29 constitucionales. Cuando se concluye esta investigación (15 de noviembre de 2015) ese Dictamen a la iniciativa presentada por el Ejecutivo no ha sido enviado al Pleno del Senado para su discusión y, en su caso, aprobación, para su posterior envío, dictamen y aprobación en la Cámara de Diputados.

<sup>1228</sup> El llamado *alojamiento* en estaciones migratorias es de máximo 60 días hábiles, sin olvidar que tiene una excepción dicho plazo que lo puede hacer prácticamente ilimitado.



En la Ley de Migración sólo se hace referencia a la *expulsión* en el artículo 114, para establecer que sólo la puede hacer el titular del Poder Ejecutivo Federal, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 constitucional. Con lo que, resulta evidente que dicha Ley no puede resultar aplicable en los casos de *expulsión*.

Así está por ahora (noviembre 2015) el único supuesto de *detención* de personas migrantes extranjeras previsto constitucionalmente.

Por su parte, el llamado *alojamiento* que sólo está previsto en la Ley de Migración, no en la Constitución ni en los tratados de derechos humanos, tiene una naturaleza jurídica que no es fácil de determinar. En principio, porque ésta no está establecida en la Ley.

Lo que con mayor certeza se puede decir es que es una etapa o parte del procedimiento administrativo migratorio, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley de Migración<sup>1229</sup>. Aunque también, por el contenido de los artículos 3, fracción XX, 99 y 111, al menos, de la referida Ley, se podría afirmar que es una de las dos partes que integran una etapa del procedimiento: *presentación-alojamiento*. Pero esto último tampoco es claro.

Dificulta el entendimiento de lo anterior el hecho de que lo que se denomina como *presentación* tenga al menos dos formas de definirse en la Ley. Una contenida en los artículos 3, fracción XX y 99, segundo párrafo, de la Ley de Migración que la define como “la medida dictada por el Instituto mediante la cual se acuerda el alojamiento temporal de un extranjero que no acredita su situación migratoria para la regularización de su estancia o la asistencia para el retorno”. Añadiéndose en el mismo artículo 99, primer párrafo y en el 106 que para la presentación de migrantes, el Instituto Nacional de Migración (INM) “establecerá estaciones migratorias o habilitará estancias provisionales o en lugares habilitados para ello en los lugares de la República que estime convenientes”.

---

<sup>1229</sup> Artículo 68 [...]

Durante el procedimiento administrativo migratorio que incluye la presentación, el alojamiento en las estaciones migratorias, el retorno asistido y la deportación  
...

La otra forma de entender la *presentación* está contenida en el artículo 68 de la misma Ley que señala que es una medida que deberá constar en actas y no podrá exceder del término de 36 horas contadas a partir de la puesta a disposición de la persona migrante extranjera ante el INM. Añadiendo la propia Ley en su artículo 100 que “se emitirá el acuerdo de presentación correspondiente dentro de las veinticuatro horas siguientes a la puesta a disposición.”

Por lo que, por una parte parece que *presentación* y *alojamiento* son las dos caras de una misma moneda o incluso lo mismo. Pero por la otra, la *presentación* parece ser la medida que no puede exceder de 36 horas, en tanto que el *alojamiento* es la que sigue<sup>1230</sup> y que puede durar de 1 minuto después de las 36 horas hasta inicialmente 15 días hábiles, aunque dicho plazo puede ser ampliado hasta 60 días hábiles<sup>1231</sup>.

Con lo que, utilizando las definiciones que antes hemos señalado, la presentación es una detención administrativa que como constitucionalmente está establecido en México, no puede durar más de 36 horas<sup>1232</sup>. En tanto que el llamado *alojamiento* es la privación de libertad posterior a la detención que puede extenderse hasta por 60 días hábiles, de acuerdo con la Ley de Migración.

De la lectura integral de la Ley de Migración, lo único seguro — además de la falta de técnica legislativa y lo complicado de su contenido— es que el llamado *alojamiento* no es una medida cautelar, sino que es una medida que se aplica por regla general

---

<sup>1230</sup> Cfr. Guevara Bermúdez, José Antonio, *Marco institucional y normativo en materia de migración internacional en México, análisis y propuestas*, Documento de trabajo No. 3, Instituto de Estudios y Divulgación sobre Migración A.C., p. 105. Este mismo autor en un estudio posterior que antes ha sido citado (publicado en 2014) las confunde y señala que una sustituyó a otra, cuando en la Ley se establece lo que antes se ha señalado.

<sup>1231</sup> Véase artículo 111 de la Ley de Migración.

<sup>1232</sup> Cfr. Cruz Angulo, Javier, “Ley de Migración y derechos fundamentales”, en. Schiavon, Jorge A y Díaz Prieto, Gabriela, *Estudios de Caso. Fortalecimiento de capacidades de las Cancillerías centroamericanas en materia consular para la defensa y protección de los derechos humanos de las personas migrantes*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, 2011, p. 214.

como parte del procedimiento administrativo migratorio. Sin embargo, es naturaleza también genera dudas, ya que sin ser clara la Ley, en su artículo 102 establece que [e]l 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.

Lo que podría hacer parecer que si bien es una etapa del procedimiento, tiene excepciones. No obstante ello, por su redacción y al no existir un mayor desarrollo de esas posibilidades en la propia Ley ni en su Reglamento, las que podrían considerarse alternativas al *alojamiento*, convirtiéndolo en excepción y no regla, en la realidad son letra muerta al no permitirse su aplicación. La inoperancia de lo antes citado, tiene como evidencia el hecho de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en un informe que elaboró respecto a México, ni siquiera se percató de la existencia de éstas<sup>1233</sup>, a pesar de que visitó el país, se reunió con diversas autoridades y analizó la legislación aplicable.

Con lo que se confirma que es una etapa del procedimiento administrativo migratorio y no una medida cautelar o accesoria de dicho procedimiento.

En un informe reciente, un grupo de organizaciones no gubernamentales mexicanas señalan que “[l]a naturaleza jurídica de la detención migratoria es una medida cautelar personal que busca asegurar la sujeción de la persona extranjera al procedimiento administrativo, y cuya consecuencia es la restricción de

---

<sup>1233</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, op. cit., pp. 222-226, párrs. 490-499. En ese informe la CIDH analiza otras medidas también prevista en la Ley, como la custodia, pero éstas no las menciona.

libertad”<sup>1234</sup>. Diferimos de esa definición, en primer lugar, por todo lo antes establecido. En segundo lugar, porque de tratarse de una medida cautelar no se aplicaría como una etapa del procedimiento migratorio, sino de manera excepcional<sup>1235</sup>. En lo único que podríamos coincidir en ese punto, es en que el aparente fin que tiene el alojamiento es que la persona esté presente durante el procedimiento. Pero la ley mexicana nada dice, como en algunos supuestos previstos en España, que eso a su vez sirva para que se pueda cumplir con la resolución que se dicte en dicho procedimiento o para que la persona retorne a su punto de origen.

Lo que sí está claramente previsto como una excepción a la regla general del llamado *alojamiento* es que la representación diplomática del país del que sea nacional, o bien una persona moral o institución de reconocida solvencia cuyo objeto esté vinculado con la protección a los derechos humanos asuman la custodia de la persona migrante extranjera.

Con ese fin, la Ley remite a su Reglamento para conocer los requisitos que se deben cumplir para que se pueda solicitar la custodia. Pero el Reglamento de la Ley de Migración<sup>1236</sup>, por una parte, no establece nada en relación a la custodia por representación diplomática<sup>1237</sup>. Y en cuanto a los requisitos que debe satisfacer una persona moral o institución de reconocida solvencia, éstos no son sencillos de cumplir<sup>1238</sup>. Por lo que, las excepciones a la regla

---

<sup>1234</sup> Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova AC, de Tapachula; FM3 Paso Libre, de Guadalajara; Casa del Migrante de Saltillo, Coahuila; la Universidad Iberoamericana; el Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría SJ, de Puebla, y Sin Fronteras IAP, *Derechos Cautivos. La situación de las personas migrantes y sujetas a protección internacional en los centros de detención migratoria: siete experiencias de monitoreo desde la sociedad civil*, op. cit., p. 40.

<sup>1235</sup> En relación a la naturaleza y características de las medidas cautelares, véase *supra* notas 948 a 953.

<sup>1236</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de septiembre de 2012.

<sup>1237</sup> Véanse Capítulo Cuarto. Del otorgamiento de custodia de personas extranjeras. Artículos 214 a 221 del Reglamento de la Ley de Migración.

<sup>1238</sup> Artículo 214. Para que el Instituto pueda entregar en custodia a una persona extranjera, en términos del artículo 101 de la Ley, deberá tomar en consideración lo siguiente:

general del *alojamiento* no se muestran como una opción viable en la realidad. “[L]a aplicación de esta alternativa a la detención será prácticamente impracticable en la mayoría de los casos”<sup>1239</sup>.

Por otra parte, el llamado *alojamiento* no puede ser aplicado a cualquier persona migrante extranjera, de conformidad con los artículos 3, fracciones X y XX, y 99 de la Ley de Migración sólo se puede llevar a cabo en tres supuestos:

- i. Extranjero que no acredita su situación migratoria regular, para la regularización de su estancia,

---

I. Que la autoridad migratoria cuente con impedimento legal para resolver en definitiva la situación migratoria de una persona extranjera, de conformidad con los términos establecidos en los artículos 43 y 111 de la Ley;

II. Que la persona extranjera no cuente con alerta migratoria;

III. Que no haya infringido en más de una ocasión la Ley, y

IV. Que no se actualice alguno de los supuestos previstos en el artículo 43, fracción I, de la Ley.

Artículo 215. Además de lo previsto por el artículo anterior, para efectos de que una persona extranjera sea entregada en custodia a persona moral o institución de reconocida solvencia cuyo objeto esté vinculado con la protección de los derechos humanos, deberá realizar la solicitud por escrito, la cual deberá ser ratificada mediante comparecencia ante la misma autoridad, dentro del término de tres días naturales siguientes al de su formulación. A la solicitud deberá acompañar los siguientes documentos para su cotejo:

I. Acta constitutiva o el instrumento público en el que se acredite la legal existencia de la persona moral, así como sus modificaciones, con el fin de verificar que su objeto esté vinculado con la protección a los derechos humanos;

II. Instrumento público en el que conste el tipo de poder o mandato y las facultades conferidas a los representantes legales o a los apoderados, si el acta constitutiva no los contiene, para promover actos legales ante autoridades administrativas federales;

III. Identificación oficial vigente del representante o apoderado legal, y

IV. Comprobante de domicilio, en el cual se llevará a cabo la custodia, cuya fecha de expedición no exceda de treinta días naturales.

Una vez autorizada la custodia, deberá entregar la garantía que haya sido previamente fijada a juicio de la autoridad migratoria.

<sup>1239</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, op. cit., párr. 497, p. 225.

- ii. Extranjero que no acredita su situación migratoria regular, en tanto se resuelve su situación migratoria, o
- iii. Extranjero que no acredita su situación migratoria regular, en tanto se le da asistencia para el retorno.

Lo que significa que sólo a personas migrantes extranjeras en situación irregular (*sine permissum*) se les puede privar de la libertad en las estaciones migratorias. En el entendido de que, de conformidad con el artículo 3, fracción XXVIII, la “situación irregular” se presenta cuando la persona ha incumplido con las disposiciones migratorias contenidas en la Ley de Migración para su internación y estancia en el país.

En ese orden de ideas, vale la pena destacar que ni la Ley de Migración, ni la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político prohíben de manera expresa que quienes han solicitado la aplicación de la última ley citada sean privadas de libertad en una estación migratoria por medio del alojamiento. Por una parte, por el uso del eufemismo *alojamiento*<sup>1240</sup> y, por otra, porque entran en esa categoría genérica de “regularización de su estancia”. Por lo que, en el desarrollo siguiente de este trabajo deberemos tenerlos presentes al analizar ese supuesto<sup>1241</sup>.

De esa forma, en los supuestos arriba citados, se puede decir que el primero es con fines de *regularización*<sup>1242</sup>, el segundo se aplica a

---

<sup>1240</sup> Cfr. Sin Fronteras, *La detención de personas extranjeras en estaciones migratorias*, México, 2012, p. 16.

<sup>1241</sup> Situación que, además, podría ser contraria a lo que establece el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Por no ser el objeto de este trabajo no entramos a analizar más a fondo ese aspecto, pero deberá tenerse presente por la especial protección con que cuentan las personas solicitantes de asilo. Más, cuando en México el solicitar asilo está reconocido como un derecho de toda persona (artículo 11, segundo párrafo, de la Constitución).

<sup>1242</sup> La Ley de Migración no define qué es la regularización, pero sí establece (artículo 132) cuándo se tiene derecho a ésta: i. Se carezca de la documentación necesaria para acreditar su situación migratoria regular; ii. La documentación con la que acrediten su situación migratoria se encuentre vencida, o iii. Se hayan dejado de satisfacer los requisitos en virtud de los cuales se les otorgó una determinada condición de estancia.

los casos que en la Ley se denomina como *deportación*<sup>1243</sup> y el tercero en el llamado *retorno asistido*<sup>1244</sup>.

Si para quien lee estas líneas todo lo anteriormente desarrollado no es todavía lo suficientemente confuso, a ello se debe sumar que pese a la existencia de esa definición de *situación irregular* que daría lugar a la *regularización, deportación* o al *retorno asistido*, la Ley de Migración contiene dos artículos que establecen, el primero, los supuestos en que una persona puede ser deportada (artículo 144)<sup>1245</sup> y, el segundo, los supuestos en que se puede dar el retorno asistido

---

<sup>1243</sup> Se refiere a las devoluciones de migrantes a su país de origen por incumplir con las disposiciones contenidas en la Ley de Migración.

<sup>1244</sup> Se refiere a los casos en que las personas migrantes solicitan el beneficio de “retorno asistido” para ser devueltas a su país de origen o al de su habitual residencia con el que México tenga celebrado un acuerdo para ello.

<sup>1245</sup> Artículo 144. Será deportado del territorio nacional el extranjero presentado que:

- I. Se haya internado al país sin la documentación requerida o por un lugar no autorizado para el tránsito internacional de personas;
- II. Habiendo sido deportado, se interne nuevamente al territorio nacional sin haber obtenido el Acuerdo de readmisión, aún y cuando haya obtenido una condición de estancia;
- III. Se ostente como mexicano ante el Instituto sin serlo;
- IV. Estar sujeto a proceso penal o haber sido condenado por delito grave conforme a las leyes nacionales en materia penal o las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, o que por sus antecedentes en México o en el extranjero pudiera comprometer la seguridad nacional o la seguridad pública;
- V. Proporcione información falsa o exhiba ante el Instituto documentación apócrifa, alterada o legítima, pero que haya sido obtenida de manera fraudulenta, y
- VI. Haya incumplido con una orden de salida de territorio nacional expedida por el Instituto.

En todos estos casos, el Instituto determinará el período durante el cual el extranjero deportado no deberá reingresar al país, conforme a lo establecido en el Reglamento. Durante dicho periodo, sólo podrá ser readmitido por acuerdo expreso de la Secretaría.

En el supuesto de que el extranjero, por sus antecedentes en los Estados Unidos Mexicanos o en el extranjero, pudiera comprometer la soberanía nacional, la seguridad nacional o la seguridad pública, la deportación será definitiva.

(artículo 118)<sup>1246</sup>. En el segundo caso no hay realmente ningún problema, pero en el supuesto de deportación, como puede observarse, se incluyen más supuestos de los que podrían incluirse en la definición de *situación irregular* antes citada.

En ese sentido, por ejemplo, llama especialmente la atención que una persona pueda ser *deportada* y, por tanto, *alojada* en una EMIG cuando esté sujeta a proceso penal o por haber sido condenada por delito grave conforme a las leyes nacionales en materia penal o las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, o que por sus antecedentes en México o en el extranjero pudiera comprometer la seguridad nacional o la seguridad pública.

Esto es, se incluyen supuestos eminentemente penales en la Ley de Migración cuando ello ni siquiera está previsto en el Código Penal Federal<sup>1247</sup>, ni el Código Nacional de Procedimientos Penales<sup>1248</sup> y, no sólo eso, en unos de los supuestos ahí contenidos la persona aún está sujeta a un procedimiento penal o éste ni siquiera se ha iniciado, con lo que la presunción de inocencia también es

---

<sup>1246</sup> Artículo 118. Podrán solicitar el beneficio del retorno asistido, sin perjuicio de lo que al efecto se establezca en los instrumentos interinstitucionales, los extranjeros que se ubiquen en los siguientes supuestos:

- I. Se encuentren irregularmente en el territorio nacional, a disposición del Instituto, y
- II. No exista restricción legal emitida por autoridad competente para que abandonen el país.

En el caso de que el extranjero decida no solicitar el beneficio del retorno asistido, se procederá a su presentación, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

<sup>1247</sup> Véase texto vigente, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de marzo de 2015. El ejemplo más evidente de esto es que en los artículos 243 a 245 del Código Penal Federal que prevén el delito de falsificación de documentos en general, nada se dice que cuando éstos son cometidos por personas migrantes extranjeras (como lo prevé la fracción V del artículo 144 de la Ley de Migración) podrán dar lugar a la *deportación*. Pero tampoco se prevé como una pena, medida de seguridad o consecuencia de una condena penal que están previstas en el artículo 24 del referido Código.

<sup>1248</sup> Véase texto vigente, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2014. Destacando que en el antecedente legislativo de éste (Código Federal de Procedimientos Penales) tampoco se incluía como causa de deportación, ni de expulsión.



totalmente destruida<sup>1249</sup>. Además de que, una persona que esté siendo procesada o que ya haya sido condenada, por ese simple hecho no está *per se* en situación irregular migratoria<sup>1250</sup>.

En ninguna parte de la Ley de Migración se establece de manera expresa cuál es el fin que busca el llamado *alojamiento*. Esto es, no está señalado en la Ley qué es lo que se pretende lograr con privar de la libertad a las personas migrantes en una estación migratoria.

Intentando encontrar un fin, podríamos decir<sup>1251</sup>, si atendemos al supuesto original en el que se puede dar la presentación-alojamiento, que tiene 3 finalidades: a) Tener ubicada a la persona para la regularización de su estancia; b) Tener ubicada a la persona en tanto se resuelve su situación migratoria; y c) Tener ubicada a la persona en tanto se le da asistencia para el retorno.

Sin embargo, esos fines quedan sin sentido cuando se toman en cuenta todas las posibilidades por las cuales una persona puede ser *deportada* y los supuestos en los que se da el *retorno asistido*. Además de que, el artículo 111 de la Ley de Migración que es el que regula los plazos en los que una persona puede permanecer en una EMIG, normal y ampliado, sólo habla de resolver la situación regular de los extranjeros presentados. No así de los supuestos de retorno asistido.

Como resulta evidente de todo lo anterior, el procedimiento es de naturaleza administrativa, no hay intervención judicial, ni siquiera cuando de la *presentación* de máximo 36 horas se pasa al llamado *alojamiento* que en principio no debe ser mayor de 15 días hábiles<sup>1252</sup>. Como tampoco lo hay, ni se evalúan por un juez los

---

<sup>1249</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos A., “Ley de Migración mexicana: algunas de sus inconstitucionalidades”, *op. cit.*, pp. 168-170.

<sup>1250</sup> Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>1251</sup> Sólo para fines didácticos. No significa que así se pueda deducir del contenido de la Ley de Migración.

<sup>1252</sup> Artículo 111. El Instituto resolverá la situación regular de los extranjeros presentados en un plazo no mayor de 15 días hábiles, contados a partir de su presentación.

supuestos en los que la privación de libertad se puede ampliar de 15 días hábiles hasta 60 días hábiles<sup>1253</sup>. Todo está a cargo del Instituto Nacional de Migración.

Incluso, como hemos insistido, en el único supuesto de ampliación del plazo de 15 días hábiles en el cuál se prevé la posibilidad de intervención judicial, la Ley de Migración no establece un límite temporal<sup>1254</sup>. Por lo que, en ese caso, se podría ir más allá de los 60 días hábiles si la autoridad jurisdiccional no dice nada al respecto antes de que el tiempo de privación de libertad siga transcurriendo.

Así las cosas, al parecer, lo único claro es que la privación de libertad llamada *alojamiento* está prevista en la Ley de Migración<sup>1255</sup>. Pero la naturaleza, los supuestos, los fines y los plazos en que se puede llevar a cabo son poco claros y difíciles de seguir a pesar de que lo que está en juego es la *libertad personal*, y aun cuando a la afectación a ésta se le denomine de una forma tan amable y amigable lingüísticamente como *alojamiento*, sus efectos

---

<sup>1253</sup> El alojamiento en las estaciones migratorias únicamente podrá exceder de los 15 días hábiles a que se refiere el párrafo anterior cuando se actualicen cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. Que no exista información fehaciente sobre su identidad y/o nacionalidad, o exista dificultad para la obtención de los documentos de identidad y viaje;
- II. Que los consulados o secciones consulares del país de origen o residencia requieran mayor tiempo para la expedición de los documentos de identidad y viaje;
- 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 al migrante presentado, y
- V. Que se haya interpuesto un recurso administrativo o judicial en que se reclamen cuestiones inherentes a su situación migratoria en territorio nacional; o se haya interpuesto un juicio de amparo y exista una prohibición expresa de la autoridad competente para que el extranjero pueda ser trasladado o para que pueda abandonar el país.

<sup>1254</sup> En los supuestos de las fracciones I, II, III y IV de este artículo el alojamiento de los extranjeros en las estaciones migratorias no podrá exceder de 60 días hábiles.

<sup>1255</sup> *Cfr.* Guevara Bermúdez, José Antonio, “La nueva Ley de Migración: una oportunidad perdida para garantizar derechos”, en *Revista de Derechos Humanos Defensor*, No. 6, junio de 2011, p. 29.

—grado o intensidad— por la temporalidad y el lugar en que se lleva a cabo la hacen una evidente privación de libertad.

En ese sentido, no olvidemos que el hecho de que los supuestos antes descritos sean legales, no significa que no sean arbitrarios. Sino simplemente que son supuestos previstos en la Ley.

Por lo que una vez que han sido precisados los supuestos autorizados en la Constitución y en la Ley de Migración para privar de la libertad a una persona migrante extranjera sin causas penales, pasaremos a revisar qué han dicho respecto a este medida la SCJN y la CoIDH.

Aunque todavía no es momento de evaluar a fondo la medida de alojamiento, con todo lo antes descrito o al menos por algunas de sus características, parece difícil que pueda ser considerada constitucionalmente admisible y compatible con los derechos humanos. Siendo cierto que es uno de los sistemas de control migratorio más restrictivos en el mundo<sup>1256</sup>. Pero todo eso, lo determinaremos más adelante.

## **5.2 El análisis de la privación de libertad de personas migrantes *sine permissum* y sin causas penales en dos jurisdicciones fundamentales para México.**

Contrario a lo que veíamos en el capítulo anterior respecto a España, en el caso de México y la jurisdicción internacional con influencia en el país, los análisis en relación a la privación de libertad de personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales son escasos. No obstante ello, a continuación describiremos algunos de los más destacados, donde los hay.

### **A. Suprema Corte de Justicia de la Nación**

---

<sup>1256</sup> Cfr. Díaz, Gabriela and Kuhner, Gretchen, “Mexico’s role in promoting and implementing the ICRMW”, en De Guchteneire, Paul; Pécoud, Antoine and Cholewinski, Ryszard, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers Rights*, op. cit., p. 229.

Cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015), la SCJN no se ha pronunciado respecto a la llamada *presentación*, ni sobre el llamado *alojamiento*, pese a que la Ley de Migración tiene más de 4 años de que entró en vigor. Aunque tampoco se había referido a esas figuras jurídicas que ya estaban incluidas en su antecedente normativo que era la Ley General de Población<sup>1257</sup>.

De un minuciosos análisis del Seminario Judicial de la Federación desde 1994 hasta el 15 de noviembre de 2014, tampoco se encuentra ningún registro relevante de que las mencionadas figuras jurídicas hayan sido analizadas por jueces de distrito, ni por tribunales colegiados de circuito como órganos del Poder Judicial Federal ante los cuales se podría reclamar inicialmente la inconstitucionalidad de la *presentación* y del llamado *alojamiento*.

Lo único que existe, es una sentencia del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito<sup>1258</sup>, de la que ha derivado una tesis aislada<sup>1259</sup> en la que se establece, básicamente, lo que debe hacer un Juez de Distrito cuando se reclama la detención de un migrante por orden de la autoridad migratoria<sup>1260</sup>. Pero, más

---

<sup>1257</sup> Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional*, op. cit., pp. 87-88.

<sup>1258</sup> Sentencia dictada en el expediente de Queja 81/2014, de 30 de octubre de 2014.

<sup>1259</sup> Tribunales Colegiados de Circuito, *tesis aislada* I.9o.P.3 K (10a.), Libro 16, Tomo III, marzo de 2015.

<sup>1260</sup> El rubro y texto de la tesis aislada es el siguiente: “MIGRANTES. SI EN AMPARO RECLAMAN SU DETENCIÓN POR ORDEN DE LA AUTORIDAD MIGRATORIA, ES LEGAL QUE EL JUEZ DE DISTRITO, AL CONOCER DEL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN CORRESPONDIENTE, LES CONCEDA LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN, DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE LA MATERIA Y EL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL. Cuando el acto reclamado consiste en la detención de un migrante por orden de la autoridad migratoria, es legal que el Juez de Distrito, al conocer del incidente de suspensión correspondiente, le conceda la libertad provisional bajo caución, de conformidad con el artículo 136 de la Ley de Amparo abrogada, en relación con el diverso décimo transitorio de la ley de la materia vigente y el Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Afecten a Personas Migrantes y Sujetas de Protección Internacional,

que eso, por el tipo de asunto que era, ni la sentencia, ni la tesis aislada aportan mayor estudio en relación a la que ahí denominan *detención* y que, por lo visto, incluye para ese Tribunal a la presentación y el alojamiento.

De lo anterior, lo que bien podría llamar la atención es que a pesar de que el alojamiento es una privación de libertad de naturaleza administrativa, quien interviene es, como en España, un Juez Penal. Lo cual, parece lógico porque de conformidad con el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, los juicios de amparo en los que se afecte la libertad personal son competencia de los jueces de distrito en amparo en materia penal. Situación que, como en el caso de España, podría poner en serio debate su constitucionalidad por la naturaleza intrínseca de la medida y evidenciar los ámbitos en los cuáles únicamente debe estar autorizado privar de la libertad *stricto sensu* (*supra* 3.8).

Existe la posibilidad de que en los próximos meses la Primera Sala de la SCJN analice el caso de una persona de nacionalidad

---

pues aunque éste no es vinculante ni tiene valor normativo para fundar una decisión jurisdiccional, constituye una herramienta que guía a los juzgadores en la tarea de impartir justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional, porque se adecua a los criterios nacionales e internacionales, a la luz de los compromisos adquiridos por el Estado Mexicano en materia de derechos humanos y establece prácticas para hacer efectivo el acceso a la justicia para este grupo vulnerable; además, hace referencia a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido jurisprudencia confirmando la procedencia de la suspensión de oficio, cuando el acto reclamado es la deportación, así como que los Tribunales Colegiados de Circuito reconocen que las personas detenidas por orden de la autoridad migratoria podrán ser puestas en libertad provisional, quedar a disposición de ésta para la continuación del procedimiento y a la del Juez de Distrito por cuanto hace a su libertad personal, mediante las medidas de aseguramiento correspondientes; en congruencia con lo anterior, la Ley de Migración señala, como primer principio de la política migratoria, el respeto irrestricto a todos los derechos humanos de las personas migrantes, nacionales y extranjeras, con especial atención a los grupos en situación de vulnerabilidad. Así, los avances en materia de derechos humanos han creado un nuevo paradigma que exige que quienes imparten justicia conozcan las fuentes normativas de origen nacional e internacional; las interpreten en el sentido de maximizar la protección de los derechos humanos de las personas migrantes y sujetas de protección internacional y ejerzan, de acuerdo con los principios hermenéuticos consagrados en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

australiana que estuvo privada de libertad por más de 5 meses en la estación migratoria “Las Agujas” del Distrito Federal<sup>1261</sup>. Aunque todo parece indicar que el estudio se limitará a analizar si la reparación del daño que por una privación ilegal de libertad determinó en su favor la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, después de un largo proceso de varias etapas, se confirma y puede hacerse efectivo. Reparación que fue impugnada por la autoridad migratoria (INM).

Sin embargo, es poco probable que se haga un análisis más allá de eso, por la naturaleza del asunto (recurso de revisión) y porque el debate se centra en el tiempo que posterior al plazo máximo de alojamiento legamente establecido, el nacional australiano siguió privado de su libertad en la referida EMIG. No hay planteado un debate respecto a la privación de libertad misma, ni respecto a la ausencia de intervención judicial, sino solamente del tiempo que, después de resueltos los recursos administrativos y judiciales que se interpusieron, se mantuvo a esta persona de nacionalidad australiana privada de libertad.

Como puede observarse, en México el análisis y debate constitucional de esa medida tiene aún mucho camino por recorrer<sup>1262</sup>. Lamentablemente, poco se discute desde el ámbito académico y nada aún en el ámbito jurisdiccional. Hasta hoy, sólo las organizaciones de la sociedad civil son las que han puesto énfasis en esa necesidad de estudio y debate del tema.

## B. Corte Interamericana de Derechos Humanos

---

<sup>1261</sup> Cfr. CNN México, *Un australiano gana una 'histórica' demanda al INM por maltrato*, viernes 2 de mayo de 2014, disponible en: <http://mexico.cnn.com/nacional/2014/05/02/un-australiano-gana-una-historica-demanda-al-inm-por-maltrato>; Animal Político, *La Suprema Corte, ante la oportunidad de entrar al tema de la detención migratoria*, Columna Invitada por Cano, Lorena y Martínez, Diana, febrero 2, 2015, disponible en: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-blog-invitado/2015/02/02/la-suprema-corte-ante-la-oportunidad-de-entrar-al-tema-de-la-detencion-migratoria/>

<sup>1262</sup> Cfr. Morales Sánchez, Julieta, “Migración irregular en México: una visión desde los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 136.

El Tribunal interamericano, cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2015), no se ha pronunciado en relación al llamado alojamiento, ni a la presentación en estaciones migratorias mexicanas.

A pesar de que la CoIDH sólo en ocho casos de la totalidad de su jurisprudencia emitida hasta noviembre de 2015<sup>1263</sup> se ha referido de manera específica a temas migratorios<sup>1264</sup>, en ésta ha establecido algunos criterios generales que resultan de utilidad para el análisis de la libertad de personas migrantes, aunque no siempre, ni en toda su jurisprudencia se refiere a casos sin causas penales<sup>1265</sup>.

Por ello, a continuación examinaremos de manera breve las sentencias en las que el referido tribunal ha estudiado la privación de libertad de las personas migrantes *sine permissum* y sin causas penales a fin de conocer los alcances de sus decisiones, lo que sí se ha analizado y lo que se ha dejado de analizar.

#### *a) Casos contenciosos*

El primer caso contencioso relacionado con temas estrictamente migratorios que conoció la CoIDH fue el del señor Jesús Tranquilino Vélez Loor vs. Panamá<sup>1266</sup>. Él es una persona de nacionalidad ecuatoriana que fue retenida en un puesto policial de Tupiza, en la Provincia del Darién (área de frontera y selvática), República de Panamá, el 11 de noviembre de 2002, por no portar la documentación necesaria para permanecer en éste último país.

---

<sup>1263</sup> Hasta noviembre de 2015 la CoIDH ha emitido 300 sentencias en casos contenciosos y 21 resoluciones en opiniones consultivas.

<sup>1264</sup> Véase: Castilla Juárez, Karlos A., “La protección de derechos de las personas migrantes extranjeras en 35 años de jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Saiz Arnaiz, Alejandro (Coord.), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de garantía de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2015 (en edición); Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Migrantes*, Cuadernillo de Jurisprudencia, No. 2, San José, 2015.

<sup>1265</sup> Cfr. Morales Sánchez, Julieta, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano*, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011, pp. 30 y ss.

<sup>1266</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.

En la sentencia de este caso, la Corte Interamericana aporta varios elementos de análisis relacionados con la migración<sup>1267</sup>, específicamente respecto a los derechos de las personas migrantes en situación irregular. Es, en nuestra opinión, la sentencia en la que mayor número de estándares respecto a la detención y privación de libertad de personas migrantes (no menores de edad) se aportan en la jurisprudencia interamericana.

Así, respecto a lo que aquí interesa, el tribunal interamericano señaló que para satisfacerse la garantía establecida en el artículo 7.5 de la CADH<sup>1268</sup> (ser llevado ante un juez) en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales<sup>1269</sup> cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas<sup>1270</sup>.

Pero también, la orden de detención debe estar debidamente fundamentada y motivada en las circunstancias particulares de la persona detenida, ya que si la orden de detención de personas migrantes en situación irregular procede de manera automática tras la aprehensión inicial, sin consideración de las circunstancias individualizadas de cada caso, puede ser considerado ello una detención arbitraria<sup>1271</sup>.

Con lo que más adelante confirma que la utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al

---

<sup>1267</sup> Cfr. Dembour, Marie-Bénédicte, *When Humans Become Migrants, op.cit.*, pp. 359-401.

<sup>1268</sup> 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.

<sup>1269</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, op. cit.*, párr. 126.

<sup>1270</sup> Cfr. *Ibidem.*, párr. 108.

<sup>1271</sup> Cfr. *Ibidem.*, párr. 118.



proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación<sup>1272</sup>. Sin embargo, puntualiza que la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias<sup>1273</sup>, por lo que la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos.

Pero además, la CoIDH establece que las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto y únicamente durante el menor tiempo posible. Para ello, es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas, que puedan resultar efectivas para la consecución de los fines descritos. En consecuencia, serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines<sup>1274</sup>.

De igual forma, la CoIDH hace desarrollos sobre la importancia de la asistencia jurídica en casos de migración irregular<sup>1275</sup>, de las condiciones que se deben garantizar para que participen en igualdad las personas migrantes en un juicio<sup>1276</sup> y de los componentes esenciales del debido proceso en este tipo de casos<sup>1277</sup>. Pero también sobre las características que deben reunir los lugares en los

---

<sup>1272</sup> *Ibidem.*, párr. 169.

<sup>1273</sup> *Ídem.*

<sup>1274</sup> *Ibidem.*, párr. 171.

<sup>1275</sup> *Cfr. Ibidem.*, párr. 132.

<sup>1276</sup> *Cfr.* Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 117 y 119; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18., párr. 121, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, op.cit.*, párr. 143.

<sup>1277</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, op. cit.*, párr. 153.

que las personas son detenidas (no prisiones)<sup>1278</sup>, así como las condiciones y servicios mínimos con los que deben contar dichos lugares<sup>1279</sup>.

Sí bien, muchos de los aspectos que destaca la CoIDH son más bien referidos a las condiciones de detención y las garantías que durante ésta le deben ser reconocidas a una persona migrante, no en sí respecto a qué medida es admisible y cuál no, es importante lo que aporta. Aunque sin duda alguna ese caso era la primera gran oportunidad para establecer aspectos más concretos respecto a qué tipo de detenciones o privaciones de libertad vinculados con materia migratoria y sin causas penales pueden ser admisibles en el marco de la CADH.

El segundo caso en el que la Corte Interamericana ha analizado la detención de personas migrantes es el de *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*<sup>1280</sup>. Este caso<sup>1281</sup> es el reflejo de una de las más lamentables situaciones migratorias que se presentan en el Continente americano, ocurre en el Caribe, entre Haití y República Dominicana. En concreto, el caso se refiere a un grupo de aproximadamente 30 personas de nacionalidad haitiana que habían entrado sin autorización a República Dominicana y eran trasladadas en la parte trasera de un camión, el cual no se detuvo en un retén militar que les marcó el alto, lo que ocasionó que fueran perseguidos, el camión volcara y de ese hecho resultarían varias personas heridas y otras más perdieran la vida.

Once de las personas sobrevivientes, entre las que se encontraban mujeres y un menor de edad, fueron detenidas y llevadas al Destacamento militar y posteriormente sacadas de territorio de

---

<sup>1278</sup> *Ibidem.*, párrs. 208 y 209.

<sup>1279</sup> *Ibidem.*, párr. 216.

<sup>1280</sup> Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

<sup>1281</sup> *Cfr.* Castilla Juárez, Karlos A., “Migración irregular y políticas migratorias bajo el análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Nadege Dorzema y otros”, *op. cit.*, pp. 125-147; Duhaime, Bernard et Campbell-Durufflé, Christopher (Dir.), *Defending the Human Rights of Migrants in the Americas : The Nadège Dorzema et al v Dominican Republic Caso*, Hors-série, Revue québécoise de droit international, novembre 2013.

República Dominicana. Todos esos hechos fueron investigados por la jurisdicción militar, quien en diferentes instancias, en todos los casos, excuso y determinó la no existencia de responsabilidad penal de ninguno de los militares que intervinieron.

Respecto a la *libertad personal* y su vinculación con el tema migratorio, la CoIDH aporta importantes estándares, aunque nuevamente la mayoría se refieren más a las condiciones de detención y garantías que se deben otorgar, y no a un análisis de la privación de libertad en sí.

De esa forma, entre lo más destacado establece que el lugar y momento válido para retener a los migrantes para realizar un control de identificación es al ingreso por frontera. Por lo que, fuera de esa situación, la detención de éstos debe ser analizada a la luz de los requisitos de excepcionalidad y no como una privación de libertad por razones de verificación de identidad y/o control fronterizo<sup>1282</sup>. Agregando que, la limitación de la libertad física, así sea por un periodo breve, inclusive aquéllas con meros fines de identificación, debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta última sea compatible con la CADH<sup>1283</sup>.

De igual forma, que corresponde al funcionario de migración la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias<sup>1284</sup>, por lo que es imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria<sup>1285</sup>.

Pero además de ello, la CoIDH reiteró que en todo centro de detención es necesario que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones, sin que queden exceptuados de dicha obligación los procedimientos administrativos migratorios o de control de extranjeros<sup>1286</sup>. Los requisitos que deben

---

<sup>1282</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros*, op. cit., párr. 124.

<sup>1283</sup> Cfr. *Ibidem.*, párr.126.

<sup>1284</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros*, op. cit., párr. 108.

<sup>1285</sup> Cfr. *Ibidem.*, párr. 137.

<sup>1286</sup> Cfr. *Ibidem.*, párr.131.

cumplir dichos registros no los estableció en esta sentencia la CoIDH, pero hizo referencia a su jurisprudencia en donde todo ello está detallado<sup>1287</sup>.

Otros aspectos que destacan en esta sentencia es el énfasis que se hace en el deber de informar de forma oral o escrita de las razones de la detención al momento que ésta se produce<sup>1288</sup>, de la obligación de poner a las personas detenidas a disposición de un juez para que califique la detención conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal<sup>1289</sup>, de la importancia de la revisión judicial<sup>1290</sup> sin demora<sup>1291</sup>, así como del respeto de las garantías judiciales también en los procedimientos y decisiones de órganos administrativos<sup>1292</sup>.

Asimismo, por primera vez en la jurisprudencia de la CoIDH, en esta sentencia se establece expresamente la prohibición absoluta de las expulsiones colectivas<sup>1293</sup>.

Por lo que más allá de la relevancia de las garantías que se deben observar al privar de libertad a una persona migrante, nos parece que dos son los elementos claves que aporta esta sentencia para el análisis particular de una detención o privación de libertad de una persona migrante sin causas penales: a) el lugar en el que se debe llevar a cabo (punto fronterizo, en frontera) y, b) la indispensable intervención judicial. Pues lo demás, existirá sólo si se lleva de manera adecuada esto. Si esto no se cumple, lo demás, por lógica, también será contrario a los derechos humanos de conformidad con esta jurisprudencia y los hechos de que derivó.

---

<sup>1287</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 132.

<sup>1288</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros, op. cit.*, párr.132.

<sup>1289</sup> Cfr. *Ibidem.*, párr.134.

<sup>1290</sup> Cfr. *Ibidem.*, párr. 140.

<sup>1291</sup> Cfr. *Ibidem.*, párr.136.

<sup>1292</sup> Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71, y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, op. cit.*, párr. 107.

<sup>1293</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros, op. cit.*, párrs. 151, 155, 168-178.

Finalmente, el último caso hasta noviembre de 2015 en el que la Corte Interamericana analiza temas relacionados con la migración y la libertad personal es el *caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*<sup>1294</sup>. En éste se analiza nuevamente esa compleja situación migratoria que ocurre en el Caribe, que junto con lo que está pasando entre Centroamérica y México<sup>1295</sup> con destino a Estados Unidos<sup>1296</sup> y Canadá, es de las zonas en América donde más violaciones de los derechos humanos de las personas migrantes ocurren. Pese a que, sorprendentemente de ésta última región no ha llegado todavía un solo caso a la jurisdicción de la CoIDH.

En ese caso, los hechos se relacionan con la detención y expulsión colectiva y masiva de 23 personas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana, incluidos niñas y niños, sin que se les siguiera el procedimiento de expulsión establecido en la legislación dominicana. Además de la negativa e impedimentos de las autoridades de República Dominicana para que personas migrantes de origen haitiano pudieran inscribir a sus hijos e hijas nacidos en territorio dominicano y, con ello, obtener la nacionalidad dominicana. Esta última, una situación de la cual ya se había ocupado la Corte Interamericana desde el año 2005<sup>1297</sup>.

En la parte que interesa para los fines del análisis que se desarrolla en este capítulo, lo primero que podemos destacar es que la CoIDH continúa como lo había hecho en los anteriores casos refiriéndose de manera indistinta a las afectaciones a la libertad personal como detención o privación de libertad. Esto es, tal parece que le es lo

---

<sup>1294</sup> Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

<sup>1295</sup> Véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, *op. cit.*

<sup>1296</sup> Véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados*, OAS/Ser.L/V/II.155, Doc. 16, 24 de julio de 2015.

<sup>1297</sup> Véase: Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

mismo<sup>1298</sup>, aun a pesar de que en el caso todas duraron menos de 48 horas y de que la legislación de República Dominicana le denomina “arresto” a esa afectación breve de la libertad personal.

De manera particular respecto a la libertad personal, prácticamente no aporta nada nuevo a lo que ya había establecido en los casos *Vélez Loor y Nadege Dorzema y otros*, así como lo contenido en las opiniones consultivas que a continuación se analizarán y que son todas anteriores a esta sentencia.

Lo único diferente o novedoso a lo que ya se ha citado y se citará a continuación es, por una parte, que la Corte Interamericana señala para el caso concreto que resultaba manifiestamente irrazonable y, por tanto, arbitrario, que las privaciones de libertad por parte de los agentes del estatales se hubiese llevado a cabo por perfiles raciales relacionados con su aparente pertenencia al grupo de personas haitianas o dominicanos de origen o ascendencia haitiana. Con lo que, el tribunal interamericano está afirmando de manera clara que las detenciones o privaciones de libertad a partir de perfiles raciales pueden ser calificadas como arbitrarias<sup>1299</sup>.

Por otra parte, destaca el hecho de que en el caso se expulsó a personas que eran nacionales de República Dominicana por no contar al momento de su detención con documentación oficial de identidad. Con lo que, por una parte se pone énfasis en que se violó la prohibición prevista en la CADH de expulsar a una persona del territorio del Estado del cual es nacional, así como la prohibición de la privación del derecho a ingresar en el mismo<sup>1300</sup>.

Aunque en éste último análisis, cuando se estudia lo relativo a la libertad personal, la CoIDH evidentemente olvidó estudiar un tema que habría sido de la mayor relevancia, como lo es la privación de libertad o detención de personas nacionales del país del que se trate por motivos migratorios o en aplicación de una ley de carácter

---

<sup>1298</sup> Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, op. cit., párr. 374.

<sup>1299</sup> *Ibidem.*, párr. 368.

<sup>1300</sup> *Ibidem.*, párrs. 385-389.

administrativo. Habría sido interesante conocer cuál era la opinión del tribunal interamericano en ese tema.

Como puede observarse de todo lo desarrollado en este apartado, la CoIDH en los casos relacionados con personas migrantes, por ahora al menos en su jurisprudencia contenciosa, ha puesto mucho énfasis en las condiciones de detención y garantías que se deben observar.

Pero hasta ahora, no ha debatido respecto a la validez misma de dichas afectaciones a la libertad personal y mucho menos se ha planteado evaluar éstas a partir de un análisis de no discriminación y proporcionalidad. Sino que simplemente ha dado por válidas esas posibilidades de afectación de la libertad personal, declarándolas arbitrarias cuando la persona no es llevada ante una autoridad jurisdiccional y, posterior a ello, ha evaluado si se ha cumplido con los mínimos exigibles en toda detención o privación de libertad.

Pero en general, los análisis se han centrado en determinar la ilegalidad y/o arbitrariedad de una privación de libertad o detención, no en sí al análisis de las medidas de detención en cuanto a su naturaleza y duración, aunque sí respecto a las condiciones. Y como vimos, aunque tuvo la oportunidad de hacerlo, nada dijo respecto a las afectaciones a la libertad personal de personas nacionales por motivos migratorios o aplicación de normas de esa naturaleza.

#### *b) Opiniones Consultivas*

De las tres opiniones consultivas existentes vinculadas a temas estrictamente migratorios<sup>1301</sup>, la primera analiza la relevancia sustantiva que tiene la asistencia consular dentro del debido proceso para la garantía y protección de los derechos de todo extranjero detenido o sometido a un proceso<sup>1302</sup>; la segunda es un interesante estudio relativo a la condición jurídica y derechos de los que

---

<sup>1301</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Migrantes*, p. 30.

<sup>1302</sup> Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16

denomina la CoIDH como migrantes indocumentados<sup>1303</sup>, poniendo especial énfasis en quienes son trabajadores migrantes. En tanto que la tercera se refiere a los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional<sup>1304</sup>, por lo que las temáticas son variadas aunque relacionadas.

Al recogerse en la *Opinión Consultiva OC-18/03 “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”* que fue solicitada por México en mayo de 2002<sup>1305</sup>, prácticamente todos los elementos relevantes relacionados con la *libertad personal* que se desarrollan en la *Opinión Consultiva OC-16/99 “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”*, las analizaremos conjuntamente<sup>1306</sup>.

En ese sentido, de éstas se destaca en el aspecto que más interesa en este trabajo, lo siguiente:

- La situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin

---

<sup>1303</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

<sup>1304</sup> Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

<sup>1305</sup> Cfr. Morales Sánchez, Julieta, “Migración irregular en México: una visión desde los derechos humanos”, *op. cit.*, pp. 121-126.

<sup>1306</sup> Cfr. Dembour, Marie-Bénédicte, *When Humans Become Migrants*, *op. cit.*, pp. 282-312.



discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa<sup>1307</sup>.

- Los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto a la dignidad humana<sup>1308</sup>.
- En procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal en favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso<sup>1309</sup>.

Por los temas y las preguntas que se le formularon a la Corte Interamericana en ambas opiniones consultivas, lo lógico era que ésta pusiera todo el énfasis en las garantías y condiciones de detención, antes que en la detención misma. Más porque la detención y privación de libertad que se analizaban eran principalmente de naturaleza penal, por lo que había poco margen para desarrollar un análisis distinto a ello.

Como se podrá entender por las fechas en las que fueron emitidas estas opiniones consultivas, el contenido de éstas sirvió en gran medida de base para los casos contenciosos. De ahí, que en estos, como ya señalábamos, también se ponga más énfasis en las garantías y condiciones que se deben observar durante la detención o privación de libertad, que en cuestionar directamente ésta<sup>1310</sup>. Aunque, no podemos omitir señalar también que en gran parte eso se debe a que la CoIDH ha señalado reiteradamente en su jurisprudencia que la violación de esas garantías da lugar a la

---

<sup>1307</sup> *Ibidem.*, párr. 118.

<sup>1308</sup> *Idem.*

<sup>1309</sup> *Cfr.* Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op. cit.*, párr. 126.

<sup>1310</sup> *Cfr. Cfr.* Morales Sánchez, Julieta, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano*, *op. cit.*, pp. 51-53 y 55-59.

arbitrariedad de la detención y, por tanto, a la violación de todos los incisos que integran el artículo 7 de la CADH.

En su más reciente opinión consultiva que es la *OC-21/14 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”* que fue solicitada por Brasil, Paraguay y Uruguay, se buscaba que la Corte Interamericana definiera con mayor precisión los estándares, principios y obligaciones concretas que los Estados tienen respecto a los derechos humanos de las personas migrantes, en particular, en cuanto a niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes.

En total se plantearon 9 temas, en la parte que interesa al análisis que se hace en este capítulo, se podría destacar que por primera vez la CoIDH define que el término “detención” lo emplea en un sentido amplio equivalente al de privación de libertad. Y que por restricción de la libertad personal entiende toda aquella medida que implique una afectación a este derecho, ya sea a través de la privación total mediante la reclusión en un lugar cerrado o cualquier otra restricción menor que, por su forma, duración, efectos y manera de implementación, supone una injerencia en el derecho de todo ciudadano a la libertad personal<sup>1311</sup>.

En ese orden de ideas, establece que el componente particular que permite individualizar a una medida como privativa de libertad más allá de la denominación específica que reciba a nivel local<sup>1312</sup> es el hecho de que la persona, en este caso la niña y/o el niño, no pueden o no tienen la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojado. Y siguiendo sus precedentes, establece que de este modo, cualquier situación o medida que sea caracterizada bajo la anterior definición tornará aplicables todas las garantías asociadas<sup>1313</sup>.

---

<sup>1311</sup> *Ibidem*, párr. 187.

<sup>1312</sup> Esto es, si se denomina aprehensión, detención, encarcelamiento, internamiento, institucionalización, etc.

<sup>1313</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op. cit.*, párr. 145.

Por lo que de manera muy puntual, en la OC-21/14 la Corte señala que:

- El principio de última ratio de la privación de libertad de niñas y niños no constituye un parámetro operativo en los procedimientos migratorios<sup>1314</sup>.
- La privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación<sup>1315</sup>.
- La privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior<sup>1316</sup>.
- La privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana .
- A la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la privación de libertad resulta improcedente cuando las niñas y los niños se encuentran no acompañados o separados de su familia, pues bajo esta óptica el Estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad .
- El mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una

---

<sup>1314</sup> *Ibidem*, párr. 150.

<sup>1315</sup> *Ibidem*, párr. 154.

<sup>1316</sup> *Idem*.

<sup>1317</sup> *Idem*.

<sup>1318</sup> *Ibidem*, párr. 157.

privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico<sup>1319</sup>.

- Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño<sup>1320</sup>.
- En este ámbito, debería prevalecer la aplicación del sistema de protección de la infancia con sus servicios asociados por sobre las instituciones que ejercen el control migratorio<sup>1321</sup>.
- Las niñas y los niños gozan de garantías especiales debido al impacto mayor que les genera el ser sometidos a una medida privativa de libertad<sup>1322</sup>.

Como se observa de las transcripciones anteriores, en primer lugar, resulta interesante que en principio la CoIDH no distingue entre *detención* y *privación de libertad*, aunque después, siguiendo los criterios generales respecto a la privación a la libertad que se han establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, distingue entre restricciones y privaciones por su grado o intensidad, poniendo énfasis en que las demoras pueden ser privaciones y no sólo restricciones. Con lo cual, aunque no es clara en su totalidad, al menos para los temas migratorios usa por primera vez esa importante distinción del grado e intensidad de la medida.

---

<sup>1319</sup> *Ibidem*, párr. 158.

<sup>1320</sup> *Ibidem*, párr. 160.

<sup>1321</sup> *Ibidem*, párr. 166.

<sup>1322</sup> *Ibidem*, párr. 166.

Por otra parte, aunque sólo hace referencia a los niños y niñas, de manera clara establece que la detención o privación de libertad en esos casos es innecesaria y, por tanto, arbitraria. Con lo que si se analiza más a detalle ello, pocas son las razones que subsisten para no hacer extensivo ese razonamiento a otros casos. En ese sentido, las prohibiciones claras que expresa la CoIDH en relación a la privación de libertad de niños y niñas migrantes son una muy buena base de análisis para estudiar las de otras personas independientemente de la edad. Eso no se deberá perder de vista y es deseable que se tome en cuenta para futuros casos en esa jurisdicción.

En ese sentido, consideramos que la CoIDH en un nueva oportunidad que tenga de analizar la detención y privación de libertad de personas migrantes sin causas penales, debe hacer desarrollos en cuanto a la validez misma de la medida vinculados con su temporalidad y características, siguiendo los parámetros y criterios interpretativos que la guiaron en la *OC-21/14*.

Por todo lo antes sintetizado, es evidente que en el sistema interamericano todavía hay análisis pendientes por desarrollar. Especialmente a partir de los movimientos migratorios en Sud América, así como los que ocurren de y en Centro América rumbo al norte, los cuales todavía no han llegado en sus más graves situaciones a la jurisdicción de la CoIDH.

### **5.3 La privación de libertad de personas migrantes denominada *alojamiento* bajo los estándares interamericanos como criterios de interpretación constitucional en México.**

Como ha quedado establecido, el llamado *alojamiento* nunca ha sido analizado respecto a su constitucionalidad en México. La medida se aplica por estar prevista en la Ley de Migración presumiéndose su constitucionalidad, cuando ésta es

verdaderamente cuestionable por aspectos esenciales y evidentes de su configuración normativa<sup>1323</sup>.

Por lo que, tomando en cuenta que el artículo 1º de la Constitución mexicana establece que los derechos humanos reconocidos en México son aquéllos que están en el propio texto constitucional, como en el de los tratados de los que México es parte, se puede afirmar que el contenido del artículo 7 de la CADH es norma constitucional<sup>1324</sup> para evaluar si en una situación concreta se está respetando, protegiendo y garantizando la *libertad personal*.

Así lo confirmó la SCJN en su jurisprudencia tanto de la Primera Sala<sup>1325</sup> como del Pleno<sup>1326</sup>, al establecer que: “cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”<sup>1327</sup>. Eso, en razón de que “los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe

---

<sup>1323</sup> Cfr. Castilla Juárez, Karlos A., “La Ley de Migración mexicana: algunas de sus inconstitucionalidades, *op. cit.*, pp. 170-174.

<sup>1324</sup> Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Salazar Ugarte, Pedro (Coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, pp. 44-46; Orozco Henríquez, José de Jesús, “Los derechos humanos y en nuevo artículo 1º constitucional”, *op. cit.*, pp. 87-90; Castilla Juárez, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derechos internacional de los derechos humanos en México”, *op. cit.*, pp. 142-149.

<sup>1325</sup> SCJN, Primera Sala, jurisprudencia *1a./J. 29/2015 (10a.)*, Libro 17, Tomo I, abril de 2015.

<sup>1326</sup> SCJN, Pleno, jurisprudencia, *P./J. 20/2014 (10a.)*, Libro 5, Tomo I, abril de 2014.

<sup>1327</sup> El rubro de la tesis de la que deriva este criterio es: “DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA”.

analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”<sup>1328</sup>.

Con esa premisa, en cumplimiento de la garantía de tratados<sup>1329</sup> y, sobre todo, del reconocimiento constitucional antes referido, los estándares que ha establecido la CoIDH en sus interpretaciones del artículo 7 de la CADH son una guía interpretativa<sup>1330</sup> que es recomendable seguir a fin de determinar los alcances de la *libertad personal* en materia migratoria. Criterio que también ha sido confirmado por el Pleno de la Suprema Corte<sup>1331</sup>.

Bajo ese entendido, a continuación evaluaremos al llamado *alojamiento* bajo algunos de los estándares interamericanos que han sido establecidos en el subapartado previo en relación a la libertad de las personas migrantes extranjeras.

## A. Legalidad de la privación de libertad

---

<sup>1328</sup> Ese criterio deriva de la tesis cuyo rubro es: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.”

<sup>1329</sup> Véase: Castilla Juárez, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen XIII, 2013, pp. 51-97.

<sup>1330</sup> Cfr. Bandeira Galindo, George Rodrigo, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Bandeira Galindo, George Rodrigo; Urueña, René; Torres Pérez, Aida (Coords.), *Protección multinivel de derechos humanos*, Manual, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013, pp. 255-273; Castilla Juárez, Karlos, “Sobre la fuerza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Jueces para la Democracia*, No. 78, 2013, pp. 132-151; Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México”, *op. cit.*, pp. 245-290.

<sup>1331</sup> Véase: SCJN, Pleno, jurisprudencia P./J. 21/2014 (10a.), Libro 5, Tomo I, abril de 2014, de rubro: “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.”

En todos los sistemas jurídicos que hemos analizado en este trabajo, el primer requisito indispensable de toda afectación a la libertad personal es su previsión legal (*supra* capítulo III). En ese sentido, ese requisito sí lo satisface el denominado *alojamiento* ya que como antes se ha establecido, está previsto en la Ley de Migración.

Si bien, no está previsto en la Constitución como la detención con fines de expulsión, sí lo está de manera expresa y explícita en una Ley que, al menos formalmente, ha sido dictada de conformidad con la Constitución.

Las deficiencias en la técnica legislativa y en la sistematización de la forma en la cual se regula el alojamiento ya las hemos puesto en evidencia en el primer apartado de éste capítulo, por lo que resulta innecesario repetir las aquí. Pero aun con la existencia de esas, no se puede negar de ninguna forma que el *alojamiento* está previsto legalmente y se podría presumir que, en principio, satisface ese primer requisito.

No obstante ello, como se ha insistido, la legalidad de una medida no evita que ésta pueda ser considerada arbitraria, si no satisface otros requisitos mínimos. Ante lo cual, pasaremos a evaluar esos otros aspectos relevantes bajo los parámetros interamericanos.

## B. Excepcionalidad de la medida que afecta la libertad personal

Tal y como quedó sintetizado en el apartado anterior, la Corte Interamericana ha establecido que:

- Si la orden de detención de personas migrantes en situación irregular procede de manera automática tras la aprehensión inicial, sin consideración de las circunstancias individualizadas de cada caso, puede ser considerado ello una detención arbitraria<sup>1332</sup>
- Serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin

---

<sup>1332</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 118.



que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines<sup>1333</sup>.

En el caso del llamado *alojamiento* lo antes citado no se satisface y, por tanto, podemos señalar que es una privación de libertad arbitraria.

Esa afirmación se confirma de manera sencilla porque, como antes quedó establecido, el alojamiento se aplica de manera automática a todas las personas extranjeras que no acreditan su situación migratoria regular, en tanto se resuelve su situación migratoria (artículo 3, fracciones X y XX de la Ley de Migración). Y es así, en razón de que es una medida de orden público (artículo 99 Ley de Migración) y una etapa o parte del procedimiento administrativo migratorio (artículo 68 de la Ley de Migración).

Es una regla general que tiene dos excepciones: a) La custodia por representación 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 humano; y b) El ofrecimiento y satisfacción de los siguientes supuestos: i) otorgar garantía suficiente y a satisfacción de la autoridad; ii) establecer domicilio o lugar en el que permanecerá; iii) no ausentarse del mismo sin previa autorización de la autoridad, y iv) Presentar una solicitud con responsiva firmada por un ciudadano u organización social mexicana.

Sin embargo, como antes también ya se estableció, esas medidas que hacen la excepción a la regla, son muy difíciles de llevar a cabo por no estar reguladas o por tener una incompleta y compleja regulación en el Reglamento de la Ley de Migración. Lo cual quedó confirmado cuando en nuestra solicitud de información pública

---

<sup>1333</sup> *Ibidem.*, párr. 171; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, *op. cit.*, párr. 359. En igual sentido lo ha establecido el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en su Observación general N° 2, *op. cit.*, párr. 26.

número 0411100002414 pedimos al INM que se nos indicara el número de veces en que dichas excepciones habían sido puestas en práctica, sin obtener respuesta, porque se nos dijo que: “no se tiene registro del número de casos en los que han sido aplicados esos supuestos”. Pero también lo confirmamos al visitar en el mes de abril del año 2014, 7 estaciones migratorias a las cuales el INM nos autorizó la entrada<sup>1334</sup> y en donde al hablar con las personas ahí privadas de libertad, comprobamos que en ningún caso se les ofreció o informó de la posibilidad de que su proceso de regularización migratoria se llevará en libertad.

Información que de igual forma fue comprobada durante las reuniones que sostuvimos con diversas organizaciones de la sociedad civil, especialmente con dos que tienen un trabajo constante en la estación migratoria de Tapachula, Chiapas (Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova) y en la estación migratoria del Distrito Federal (Sin Fronteras).

Situación que de igual forma ha quedado probada en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los migrantes en México, en el que estableció:

“la Comisión manifiesta su profunda preocupación respecto a que la Ley de Migración y su Reglamento aún mantienen la detención migratoria como la regla y no la excepción. A pesar de los avances que fueron introducidos a partir del actual marco normativo en materia migratoria, en general, la libertad personal de los migrantes en situación migratoria irregular sigue la excepción en la legislación migratoria mexicana. La libertad no se contempla como la regla en la legislación migratoria mexicana. La Ley de Migración y su Reglamento tampoco evidencian un mayor desarrollo en lo que respecta a medidas alternativas a la detención migratoria, en especial si se compara con lo que disponía la Ley General de Población. En adición a lo anterior, la aplicación de estas normas en la práctica es aún más restrictiva, de forma que la detención

---

<sup>1334</sup> Las estaciones migratorias visitadas entre el 1 y 24 de abril de 2014 fueron las de: Tapachula, Chiapas; Veracruz, Veracruz; Mazatlán, Sinaloa; Iztapalapa, Distrito Federal; Mexicali, Baja California; San Luis Potosí, San Luis Potosí y Zacatecas, Zacatecas.

migratoria viene a ser la regla tanto a nivel normativo como en la práctica”<sup>1335</sup>.

Con lo que resulta evidente por su configuración y definición legal, que es una medida que se aplica en automático como parte del procedimiento administrativo migratorio, tras la llamada *presentación* (arresto) inicial, sin consideración de las circunstancias individualizadas de cada caso. Por lo que no hay duda de su arbitrariedad y, por tanto, de su inconstitucionalidad por violar el derecho a la libertad personal.

Lo que además, debe mostrarse como doblemente grave en el caso de las personas solicitantes de asilo, que como vimos, les resulta igualmente aplicable, con lo que su de por sí vulnerabilidad de origen se ve agravada por el hecho de que al llegar a México pueden ser privadas de libertad en estaciones migratorias por largos periodos de tiempo<sup>1336</sup>, sin evaluarse de manera detenida caso por caso. Con lo que, sea por uno u otro ángulo, nos parece evidente que hay una transgresión al artículo 11 de la Constitución, más allá de la inobservancia de los estándares que antes han sido citados.

### C. Control judicial de la afectación a la libertad personal

Si bien, como quedó establecido en el tercer capítulo de este trabajo, la intervención de una autoridad jurisdiccional independiente e imparcial que controle y verifique la legalidad de la detención es un requisito no sólo aplicable a los casos de personas migrantes extranjeras, en estos casos tiene la misma importancia que en cualquier otro. Así las cosas, como ya antes lo desarrollamos de manera más amplia, la CoIDH al interpretar el artículo 7 de la CADH ha sido clara en señalar que:

---

<sup>1335</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, op. cit., párr. 490, p. 22.

<sup>1336</sup> En nuestra visita a la estación migratoria ubicada en Tapachula, conocimos a dos personas que llevaban privadas de libertad más de 6 meses. Uno de nacionalidad cubana y otro hondureña.

- La autoridad que debe decidir la legalidad del arresto o detención, también en materia migratoria, debe ser un juez o tribunal, pues ello es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales<sup>1337</sup>.

La CoIDH siguiendo además criterios del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas contra la Detención Arbitraria<sup>1338</sup>, reitera y enfatiza que la autoridad que debe decidir la legalidad del arresto o detención debe ser un juez o tribunal, esto es, que el control de la privación de la libertad debe ser judicial.

Situación que tampoco se satisface en el caso del llamado *alojamiento*, toda vez que al ser considerado una etapa del procedimiento administrativo migratorio, como antes quedó precisado, éste se determina y aplica por el Instituto Nacional de Migración, autoridad eminentemente administrativa, sin existir en ningún momento la intervención de alguna autoridad jurisdiccional.

Es tan evidente esa arbitrariedad, que la propia Ley de Migración al definir la *presentación* (hasta 36 horas), que es la etapa previa al llamado *alojamiento*, expresamente establece que la primera es la medida dictada por el Instituto *mediante la cual se acuerda el alojamiento* temporal de un extranjero que no acredita su situación migratoria para la regularización de su estancia o la asistencia para el retorno (artículos 3, fracción XX y 99 de la Ley de Migración). Esto es, que la propia autoridad ante quien se *presenta* es la que para dar continuidad al procedimiento (privación de libertad) *aloja* a la persona. El paso de 36 horas a 15 días hábiles o a 60 días hábiles es siempre determinado discrecionalmente por la misma autoridad administrativa.

---

<sup>1337</sup> Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 126; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, *op. cit.*, párr. 372. En igual sentido lo ha establecido el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en su Observación general N° 2, *op. cit.*, párr. 33.

<sup>1338</sup> Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *Informe del Grupo*, Anexo II, Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo, 1999, E/CN.4/2000/4, Principio 3. *Cfr. Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 107.

Por si ello no fuera en sí grave, si la persona privada de libertad en una llamada estación migratoria se atreve o cuenta con las posibilidades de promover un recurso administrativo o judicial, por ejemplo el juicio de amparo, en el que se reclamen cuestiones inherentes a su situación migratoria, como podría ser en sí mismo la medida privativa de libertad, la autoridad administrativa puede prorrogar indefinidamente (más de 60 días hábiles) el llamado *alojamiento* (artículo 111, fracción V y penúltimo párrafo de la Ley de Migración). Esto, en tanto la autoridad judicial que pudiera conocer del caso no ordene otra cosa, pero sólo hasta ese momento, no antes y no por intervención oficiosa de un órgano jurisdiccional.

Con lo que, sumado a lo anterior, es evidentemente arbitrario. No sólo porque el *alojamiento* (privación de libertad) puede ser determinado por 15 y hasta 60 días hábiles por una autoridad administrativa (INM) sin la intervención de un juez o autoridad jurisdiccional, sino también porque si se pide la revisión judicial de esa medida el plazo máximo se vuelve indeterminado. Afectándose no sólo la *libertad personal*, sino también el acceso a la justicia, el debido proceso y el conjunto de garantías que deben estar presentes en todo caso en que la libertad personal se vea afectada<sup>1339</sup>.

La explicación fácil ante esa situación es que la medida es un *alojamiento*, no una privación de libertad, ni mucho menos una medida punitiva. No obstante ello, es claro que eso es tan sólo un eufemismo, pues como aquí lo hemos establecido (*supra* 3.8) y también lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“El componente particular que permite individualizar a una medida como privativa de libertad más allá de la denominación específica que reciba a nivel local es el hecho de que la persona [...] no puede o no tiene la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o

---

<sup>1339</sup> *Cfr.* Castilla Juárez, Karlos A., “La Ley de Migración mexicana: algunas de sus inconstitucionalidades”, *op. cit.*, pp. 174-177; Guevara Bermúdez, José Antonio, “Conexiones entre los derechos humanos de las personas migrantes y la seguridad ¿Es posible afirmar que el derecho mexicano criminaliza la migración indocumentada?”, *op. cit.*, p. 115.

establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojada”<sup>1340</sup>.

Por lo que sin duda alguna, en el caso del llamado *alojamiento en estaciones migratorias* en México, estamos en presencia de una *privación de libertad* en la que al ser superior a las 36 horas que la Constitución mexicana autoriza para arrestos de naturaleza administrativa, hace imprescindible la intervención de un juez o tribunal a fin de que determine la legalidad de dicha medida y, sobre todo, porque ello es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos humanos.

Por lo que, en el caso de México, al estar constitucionalmente prevista una afectación a la libertad de carácter administrativo, debería ser el Juez de esa materia el que califique la legalidad o ilegalidad de la detención (presentación) y, por tanto, de la posibilidad de extender ésta con el denominado alojamiento. Esto a pesar de que la Ley Orgánica del Poder Judicial les reconoce competencia a los jueces penales para conocer de los amparos en los que se señale como afectada la libertad personal, ya que, la decisión de alojamiento debe ser una decisión judicial previa y distinta a la posibilidad de interponer el recurso de amparo. Mezclar ambos momentos no es acertado, ya que quitaría un recurso a la persona afectada en su libertad.

Como ya vimos para el caso de España, la intervención judicial no es lo que hace constitucional a una medida que afecta la libertad personal (en nuestra opinión), pero la ausencia de ésta si hace totalmente inconstitucional a toda afectación de la libertad personal que supere las 72 horas. Tal y como ocurre en el caso de llamado alojamiento.

#### D. La regla de la excepcionalidad: niñez migrante

El caso de las niñas y los niños migrantes, atendiendo a lo antes establecido, exhibe la total inconstitucionalidad del *alojamiento*

---

<sup>1340</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, op. cit., párr. 145.

mexicano, haciendo evidente la muy grave afectación a la libertad personal que genera. Esto, porque como antes quedó establecido, el colectivo de niños y niñas son la regla en la excepcionalidad con la que debe ser utilizada la privación de la libertad por causas migratorias, esto es, a quienes ni siquiera esa excepcionalidad les es puede ser aplicable<sup>1341</sup>.

Como antes se estableció, la CoIDH en su *opinión consultiva 21/14* fijó muy importantes criterios en relación a la situación de la niñez migrante. En lo que en este trabajo nos interesa e intentando no ser repetitivos, destacamos de forma sintetizada que:

- La privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior y excede el requisito de necesidad<sup>1342</sup>.
- La privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana<sup>1343</sup>.
- El mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico<sup>1344</sup>.

---

<sup>1341</sup> Sobre este tema, véase: Ceriani Cernadas, Pablo (Coord.), *Niñez Detenida. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*, Fontamara, Lanús y México, 2013; Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, *op. cit.*, párr. 18.

<sup>1342</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op. cit.*, párr. 154. En igual sentido lo ha establecido el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en su Observación general N° 2, *op. cit.*, párr. 33.

<sup>1343</sup> *Ídem*.

<sup>1344</sup> *Ibidem.*, párr. 158.

En México, lo antes citado no se respeta, ya que tan sólo en el año 2014 pasaron por una estación migratoria 23.096 menores de 18 años<sup>1345</sup>, 14.868 niños y 8.228 niñas<sup>1346</sup>. Mientras que de enero a agosto de 2015 el número de menores de edad privados de libertad fue de 22.864, de los cuales 14.946 era niños y 7.918 niñas<sup>1347</sup>.

Si no existieran esas cifras que indican personas, con el simple hecho de leer lo establecido en los artículo 107, fracción III; y 109, fracción XIII de la Ley de Migración, es evidente que justificándose en el supuesto interés superior de la niñez y en el mantenimiento de la unidad familiar se autoriza el *alojamiento* de niños y niñas en las *estaciones migratorias*, pero no sólo bajo esos supuestos, sino también de manera genérica cuando no estén acompañados (artículo 109, fracción XIV), pese a que se dice que es en tanto que se les canalice a instituciones adecuadas.

Aun cuando en junio del año 2013 fue reformada la Ley de Migración para mejorar la protección de niñas y niños migrantes, lo antes establecido se mantiene sin cambios. Así, a pesar de que el artículo 112 de la Ley establece que los niños y niñas no acompañados deberán ser llevados “al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, a los Sistemas Estatales DIF y del Distrito Federal, con objeto de privilegiar su estancia en lugares donde se les proporcione la atención adecuada, mientras se resuelve su situación migratoria”; ese mismo artículo establece que de forma excepcional pueden ser “alojados en una estación migratoria”. Con lo que, en el fondo, la privación de libertad se continúa dando aunque se pueda ejecutar en otros lugares y eso, no necesariamente es aplicado en todos los casos.

---

<sup>1345</sup> No olvidemos que de conformidad con el artículo 1º de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: “... se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

<sup>1346</sup> Unidad de Política Migratoria, *Estadística migratoria, Síntesis 2014*, Secretaría de Gobernación, Instituto Nacional de Migración, México, 2014, disponible en: [www.politicamigratoria.gob.mx/es\\_mx/SEGOB/Estadistica](http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Estadistica)

<sup>1347</sup> Unidad de Política Migratoria, *Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2015*, op. cit., p. 110.



Durante nuestra visita a 7 estaciones migratorias en todo el país en el mes de abril de 2014, no hubo una sola en la cual no encontráramos niños y niñas. Incluso, en la estación migratoria ubicada en Mexicali, Baja California, la única persona que estaba *alojada* en el momento que visitamos dicha estación era un niño de 13 años, no acompañado, el cuál además tenía una discapacidad<sup>1348</sup>.

Esa situación también la puso de relieve la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe al señalar que:

“la Comisión observa con preocupación que durante el 2012 estuvieron bajo detención migratoria 6100 NNA, de los cuales 1150 se encontraban en edades comprendidas entre 0 y 11 años – 79 de ellos no acompañados 543, mientras que para 2011 la cifra de NNA bajo detención migratoria fue de 4160544. Estas cifras evidencian un incremento del 47% en la detención de NNA migrantes entre 2011 y 2012<sup>1349</sup>.

En el marco de la visita, el Relator y la delegación de la CIDH entrevistaron a varios niños y niñas que se encontraban en la Estación Migratoria Siglo XXI, la Estación Migratoria de Iztapalapa, así como en el Albergue Temporal para Menores Migrantes, de Tapachula. En estas visitas se pudo constatar la implementación de ciertas medidas especiales respecto al trato dado a los NNA migrantes por parte de los funcionarios del SNDIF, de los Sistemas estatales del DIF, así como por parte de funcionarios del INM. En líneas generales, la delegación de la CIDH pudo observar que los NNA migrantes recibían un buen trato por parte de las autoridades<sup>1350</sup>.

La delegación de la CIDH observó con suma preocupación la presencia de niños y niñas de pocos años de edad, acompañados y no acompañados, que se encontraban

---

<sup>1348</sup> Las personas adultas habían sido trasladadas a la estación migratoria ubicada en el Distrito Federal un día antes. Con ese día, el niño sumaba en total 17 ahí.

<sup>1349</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, op. cit., párr. 501, p. 226.

<sup>1350</sup> *Ibidem.*, párr. 517, p. 232.

detenidos en las áreas designadas para mujeres de las estaciones migratorias antes mencionadas”<sup>1351</sup>.

Por lo que en sus aspectos generales aplicables a toda persona, pero también en situaciones particulares, como es el caso de niños y niñas, el llamado *alojamiento* tiene una serie de características normativas, procedimentales y de implementación que lo ubican dentro de los parámetros de arbitrariedad establecidos por la CoIDH en su jurisprudencia. Al ser la interpretación autorizada del artículo 7 de la CADH y esta norma ser parte del parámetro de regularidad constitucional, nos parece evidente la inconstitucionalidad de la medida, además de que, de llegar un caso a la jurisdicción de la CoIDH sin duda se podría determinar la responsabilidad internacional del Estado mexicano.

Con estos ejemplos, queda evidenciado que pese a que está legalmente establecido el *alojamiento*, eso no evita que a todas luces y desde varios ángulos resulte en una privación de libertad arbitraria y, por tanto, inconstitucional.

La *detención* prevista constitucionalmente para los casos de *expulsión* no la analizamos aquí, toda vez que como quedó establecido antes, no ha sido emitida la ley que la regulará y, por tanto, pese a su previsión constitucional no existe forma alguna de evaluarla ya que no se conoce su plazo, procedimientos, lugares de implementación y ejecución, supuestos concretos en los que se aplicará, ni demás características. Pero en todo caso, los criterios antes señalados deben respetarse en el contenido de la ley que posiblemente se llegue a aprobar por el Congreso con un evidente retraso pese al mandato de un transitorio constitucional.

Así, sin todavía entrar a un análisis más detallado en cuanto a su proporcionalidad y no discriminación, el denominado *alojamiento* se constituye en una medida *privativa de libertad arbitraria* con sólo ser analizada bajo algunos de los parámetros mínimos derivados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

---

<sup>1351</sup> *Ibidem.*, párr. 518, p. 232.

Podría resultar innecesario profundizar en ese análisis de proporcionalidad y no discriminación ante la evidencia de su arbitrariedad<sup>1352</sup>, pero es necesario hacerlo porque ni siquiera la intervención judicial en su determinación o el establecimiento de otras medidas alternativas, serían suficientes para que dejara de ser considerada arbitraria, como se verá a continuación.

#### **5.4 Análisis de la privación de libertad de migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales en México bajo el método de sospechosa proporcionalidad.**

Como ha quedado establecido en los apartados anteriores, la privación de libertad de personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales prevista en la Ley de Migración en México no ha sido analizada respecto a su constitucionalidad a partir de una evaluación general y menos en estricto sentido respecto a su proporcionalidad a fin de determinar si es arbitraria, así como tampoco si es una medida que respeta los principios de no discriminación e igualdad o si se ajusta a otros parámetros mínimos de derechos humanos.

Ante esa realidad, a continuación, utilizando el *método de sospechosa proporcionalidad* (igualdad + proporcionalidad) que hemos propuesto (*supra* 2.6 y 3.) y aplicado antes en este trabajo, analizaremos si las tres opciones previstas en la Ley de Migración y la prevista en la Constitución para privar de la libertad sin causas penales por cuestiones migratorias a una persona extranjera satisfacen ello.

##### **A. Detención con fines de expulsión**

A pesar de ser la única afectación de la libertad personal de migrantes extranjeras prevista constitucionalmente, es respecto a la

---

<sup>1352</sup> Cfr. Díaz, Gabriela and Kuhner, Gretchen, “Mexico’s role in promoting and implementing the ICRMW”, en De Guchteneire, Paul; Pécoud, Antoine and Cholewinski, Ryszard, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers Rights*, *op. cit.*, p. 235.

única que no podremos hacer mayores análisis. Esto, porque cuando se concluye esta investigación (noviembre de 2005), como hemos insistido, no ha sido emitida su respectiva ley reglamentaria.

Como ya antes hemos detallado (*supra* 5.1), lo único que se tiene por ahora es un proyecto de ley en el Senado, con pocos avances en su debate a dos años de haber sido presentada y tres años de que venció el plazo establecido para que se emitiera dicha ley.

Por lo que ahora, sólo sabemos que por mandato constitucional se le denominará detención a la afectación de la libertad personal. Y que estará prevista para expulsar del territorio nacional a personas extranjeras. Siendo en todo caso diferente a todo lo que se establece en la Ley de Migración.

El lugar en el que se ejecutará y su duración, así como el procedimiento al que estará vinculada se establecerán en la ley. Por lo que en realidad no conocemos los supuestos a los que se aplicará, su naturaleza, sus fines, ni más elementos que los antes señalados.

Si en algún momento llega a existir esa ley, podría ser un avance significativo, especialmente si se toma en cuenta que antes de la reforma constitucional que la incluyó (y en tanto no se emita la ley), las personas extranjeras pueden ser expulsadas de manera inmediata y sin necesidad de juicio previo, con total discrecionalidad por parte del Ejecutivo si se juzga como inconveniente la presencia de un extranjero<sup>1353</sup>, al así haberlo establecido el texto constitucional mexicano desde su aprobación el 5 de febrero de 1917 y los antecedentes de éste<sup>1354</sup>.

---

<sup>1353</sup> Ejemplo claro de ello se puede leer en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 49/99, caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star y otros vs. México, 13 de abril de 1999.

<sup>1354</sup> *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, pp. 59-82; Bernal, Beatriz, “México y Cuba: caminos divergentes en materia de expulsiones de extranjeros”, *op. cit.*, pp. 111-121.

Cuando sea aprobada esa ley y desde su previsión constitucional, un aspecto que no podemos olvidar es que no podremos hablar de la existencia de *discriminación* entre nacionales y extranjeros, por la imposibilidad de establecer un término de comparación en los casos de expulsión. Esto es, porque un nacional nunca puede ser expulsado (véase *supra* 4.3 A a) i)

En todo caso, deberemos poner atención en que, ante los mismos supuestos de hecho no se generen consecuencias jurídicas distintas entre dos o más tipos de extranjeros, ya que ahí sí podrá establecerse un término de comparación y, con ello, desarrollarse un análisis de igualdad.

En cuanto a la *proporcionalidad* también es difícil expresar algo con los elementos que se cuentan, pero creemos que por su denominación la detención no debería superar las 72 horas como plazo máximo extremo. Incluso, por la naturaleza administrativa del procedimiento con el cual estará vinculada (así parece), no debería superar en ningún caso las 36 horas que establece como límite el artículo 21 constitucional para las detenciones de naturaleza administrativa, independientemente de su denominación<sup>1355</sup>.

Con ese plazo máximo, la única finalidad que vemos con posibilidad de considerarse admisible sería la de dar cumplimiento a la resolución que se dicte en el procedimiento administrativo de expulsión. Con lo que su naturaleza jurídica sólo podría asemejarse a una medida coercitiva con fines de ejecución de la resolución<sup>1356</sup>, pero no a una medida cautelar del procedimiento administrativo de expulsión. Si se quieren establecer medidas cautelares para vincular a las personas al procedimiento de expulsión, ninguna podría implicar una afectación a la libertad personal mayor que ésta, por lo

---

<sup>1355</sup> Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, op. cit., p. 211.

<sup>1356</sup> Tal como lo prevé y autoriza el artículo 75 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo. Véase en ese sentido: Márquez Piñero, Rafael, “El procedimiento administrativo sancionador” en Islas de González Marical, Olga y García Ramírez, Sergio (Coords.), *La situación actual del sistema penal en México, IX Jornadas sobre justicia penal*, UNAM-INACIPE, México, 2011, p. 257.

que sin duda se deberán buscar medidas que no pongan en el centro a la libertad personal.

Por lo que los supuestos en los cuales podría ser aplicada deben ser taxativos, bien definidos y la última opción, a fin de que sean la medida menos lesiva de la libertad personal que contribuya a cumplir el objetivo de la expulsión como facultad del Estado.

Ya hemos insistido reiteradamente en nuestra oposición a la aplicación de la expulsión en cualquier caso (véase *supra* 4.3 A a) i), especialmente en aquellos vinculados con personas que de forma pacífica forman ya parte de una comunidad<sup>1357</sup>. Por lo que, mucha atención se deberá poner también en los supuestos y causas que dan origen a la expulsión, ya que éstos serán la base de lo demás.

Por ahora sólo podemos sugerir opciones ante el vacío legal. Aventurarnos a hacer un análisis mayor con los elementos que se cuentan nada aportaría al objeto de este trabajo.

## B. Privación de libertad con fines de deportación

Como quedó establecido antes, la privación de libertad denominada *alojamiento* está regulada de forma por demás confusa en la Ley de Migración. Por lo que aquí intentaremos desglosarla de manera detallada a fin de intentar entender la medida en toda su dimensión.

Con ese fin, la premisa básica del *alojamiento* de acuerdo a sus definiciones legales —más de dos como se estableció antes— es que está dirigido “a los extranjeros que no acrediten su situación migratoria regular” como premisa básica.

En el entendido de que, de conformidad con el artículo 3, fracción XXVIII, de la Ley de Migración, la “situación irregular” se presenta cuando la persona ha incumplido con las disposiciones migratorias contenidas en la Ley de Migración para su internación y estancia en el país.

---

<sup>1357</sup> Véase *supra* notas 560 y 1122.

Con lo que el denominado alojamiento se puede aplicar a personas migrantes en situación irregular (artículos 3, fracciones X y XX; 68 y 99) sólo en tres grandes supuestos:

- i. en tanto se resuelve su situación migratoria.
- ii. para la regularización de su estancia
- iii. para la asistencia para el retorno.

Eso significa que el primer supuesto es aplicable a los casos de *deportación*, el segundo a los casos de *regularización* de la estancia y el tercero a los casos de *retorno*<sup>1358</sup>.

En este apartado, analizaremos el primer supuesto general con sus supuestos específicos, y en los siguientes dos apartados los otros dos supuestos generales. Pero resultaba imprescindible diseccionar nuevamente lo anterior por las complejidades normativas que presenta.

Teniendo en claro eso, el primer problema al que nos enfrentamos en los casos de *deportación* es que la Ley de Migración (artículo 144) incluye supuestos que van en contra o más allá de la premisa básica de la situación irregular de la persona migrante extranjera (véase *infra* vi, vii, viii)<sup>1359</sup>, que es lo que por definición da origen al procedimiento administrativo migratorio que a su vez hace

---

<sup>1358</sup> Cfr. Grupo de Trabajo sobre Política Migratoria, *Urgente aprobar reformas a la Ley de Migración*, Comunicado de Prensa, 9 de diciembre de 2014, p. 1, inciso 2. Disponible en: <http://insyde.org.mx/wp-content/uploads/2014/12/Comunicado-reformas-LM-Anexo-temas-9-dic-14.pdf>

<sup>1359</sup> Los supuestos que tienen una eminente naturaleza penal, aunque no están previstos en la legislación de la materia quedarán fuera del análisis de este trabajo como ya lo hemos establecido. Pero estos son: a) Estar sujeto a proceso penal por delito grave conforme a las leyes nacionales en materia penal o las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano; b) Haber sido condenado por delito grave conforme a las leyes nacionales en materia penal o las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano; c) Exhibir ante el Instituto documentación apócrifa, alterada o legítima, pero que haya sido obtenida de manera fraudulenta (artículos 243 a 245 del Código Penal Federal).

aplicable el alojamiento. Supuestos que todo indica son una reminiscencia de lo que establecía la Ley General de Población<sup>1360</sup>.

Pero no sólo eso, se suma a la falta de certeza jurídica el hecho de que el llamado *alojamiento* cuando es definido en la Ley nunca incluye de manera expresa la palabra *deportación* para referirse a los supuestos en los cuales se puede aplicar. Sólo tenemos presunción de su aplicación en este supuesto porque así se hace en la práctica<sup>1361</sup> y porque el artículo 121 de la Ley de Migración establece que: “[e]l extranjero que es sujeto a un procedimiento administrativo migratorio de [...] deportación, permanecerá presentado en la estación migratoria, observándose lo dispuesto en el artículo 111 de la [misma] Ley.”

Esto es, que se le aplicará el alojamiento que es lo que sigue a la presentación en el procedimiento administrativo migratorio y que es lo que regula el artículo 111. Pero sin justificar el porqué y con esos vacíos, el procedimiento de deportación se aplica incluso en supuestos que van más allá de la situación irregular de la persona, a pesar de que ese aspecto es lo que por definición en la Ley da origen a la presentación y alojamiento. Una Ley caótica a pesar de que hay quien afirma que “proporción[a] varias herramientas útiles a la autoridad y a los migrantes para sortear de mejor manera las vicisitudes inherentes al tránsito internacional de personas”<sup>1362</sup>.

Ante esa situación, en el análisis que a continuación se desarrollará se debe tener especial atención a ello.

Con esa advertencia, se puede señalar que de conformidad con el artículo 144 de la Ley de Migración, los supuestos específicos de *deportación* sin causas penales y, por tanto, en los que en este supuesto resulta aplicable el *alojamiento*, de manera desglosada, derivan de las siguientes situaciones:

---

<sup>1360</sup> *Cfr.* Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Marco jurídico y funcionamiento de las estaciones migratorias en México*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>1361</sup> *Supra* nota 1358; y como lo pudimos comprobar en nuestra visita a siete estaciones migratorias en abril de 2014.

<sup>1362</sup> Morales Vega, Luisa Gabriela, “Categorías migratorias en México. Análisis a la Ley de Migración”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2012, p. 956.



- i. Haberse internado al país sin la documentación requerida.
- ii. Haberse internado al país por un lugar no autorizado para el tránsito internacional de personas.
- iii. Haber sido deportado e internarse nuevamente al territorio nacional sin haber obtenido el Acuerdo de readmisión, aún y cuando haya obtenido una condición de estancia.
- iv. Haber incumplido con una orden de salida de territorio nacional expedida por el Instituto.
- v. Ostentarse como mexicano ante el Instituto sin serlo<sup>1363</sup>.
- vi. Comprometer por sus antecedentes en México la seguridad nacional o la seguridad pública<sup>1364</sup>.
- vii. Comprometer por sus antecedentes en el extranjero la seguridad nacional o la seguridad pública.
- viii. Proporcionar información falsa ante el Instituto.

En dichos supuestos de conformidad con la Ley de Migración la medida de alojamiento tienen las siguientes características:

Fin de la medida: No se especifica en la Ley de Migración para ninguno de los supuestos.

Duración: En tanto se resuelve la situación migratoria siendo su duración máxima de 60 días hábiles, con una excepción que amplía indefinidamente ese plazo.

---

<sup>1363</sup> Este supuesto y el marcado con el número *viii* no los consideramos de naturaleza penal por su amplitud e imprecisión. Sin embargo, dependiendo de la forma en la cual se *ostenten* y el medio o tipo de información falsa que se *proporcione* podrían tener dicha naturaleza penal. Los incluimos aquí para mostrar de manera más clara la falta de certeza jurídica que hay en la Ley de Migración respecto a las causas que pueden dar lugar al llamado *alojamiento*.

<sup>1364</sup> Este supuesto y el inmediato siguiente son un ejemplo claro de la forma en la cual con términos y formulaciones tan amplias e indeterminadas se vincula la “irregularidad” migratoria con temas seguridad pública o nacional.

Naturaleza: Etapa del procedimiento administrativo migratorio.

De los once supuestos antes enumerados, como ya lo adelantábamos, cuatro tienen estrecha vinculación con asuntos migratorios y la llamada situación irregular (i, ii, iii, iv). Pero los cuatro últimos, poco tienen que ver con ello, incluso lo único por lo cual podríamos vincularlos con esos temas es porque una persona extranjera los lleva a cabo o es a quien se le atribuyen unos antecedentes.

Lo anterior debe tenerse presente a lo largo del siguiente análisis. Por lo que lo destacaremos cuando sea necesario, ya que a pesar de que todos los supuestos específicos entran en el supuesto genérico de deportación, las circunstancias de hecho varían mucho.

Con esas precisiones y advertencias, ahora utilizaremos el método de *sospechosa proporcionalidad* para analizar este primer supuesto genérico y específicos de deportación.

*a) Primer nivel de análisis: igualdad y no discriminación*

- i. Descarte. ¿El derecho o libertad está expresamente excluido de reconocimiento en la Constitución y/o tratados a las personas migrantes extranjeras?

No. Como quedó establecido en el tercer capítulo de este trabajo (3.5 y 3.6) el derecho a la *libertad personal* está reconocido a toda persona en las normas aplicables en México. Por lo cual, las personas migrantes extranjeras no están excluidas de la protección y garantía que toda autoridad debe dar a ese derecho humano.

- ii. Comparación. ¿Nacionales y no nacionales (ó no nacionales de dos nacionalidades) están en la misma situación de hecho que genera consecuencias jurídicas distintas en el reconocimiento de un derecho o libertad?

Sí, en algunos de los supuestos previsto por la Ley y que antes se enumeraron. Esta conclusión se fundamenta en las siguientes razones:

En primer lugar, porque el artículo 11 de la Constitución mexicana reconoce a *toda persona* el “derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes”, lo que podría colocar a nacionales y extranjeros en una misma situación de hecho (véase *supra* 2.4 C). En ese mismo artículo 11 se establece que el ejercicio de ese derecho estará subordinado a “las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general”. Con lo que se autoriza a establecer restricciones a ese derecho, pero en ningún lado se dice que éstas estarán dirigidas sólo a los extranjeros.

La única limitación expresa que prevé ese artículo dirigida a extranjeros, es para *extranjeros perniciosos residentes* en el país. Esto es, que el derecho de entrar, salir, viajar y mudar de residencia sólo puede estar limitado por mandato constitucional a los extranjeros perniciosos, pero éstos deben ser residentes en el país. Además, obviamente del supuesto de expulsión que antes analizamos (*supra* A), pero que no está en el artículo 11, sino relacionado.

La amplitud de ese reconocimiento de derechos parece confirmarse en la Ley de Migración, ya que en su artículo 1º establece que “tienen por objeto regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros al territorio de los Estados Unidos Mexicanos y el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo”. Es decir, la entrada y salida de todos por igual.

Pero además, el artículo 34 de la misma Ley establece que: “[l]os mexicanos y extranjeros sólo pueden entrar y salir del territorio nacional por los lugares destinados al tránsito internacional de personas por tierra, mar y aire.” Agregando el artículo 35 que: “[p]ara entrar y salir del país, los mexicanos y extranjeros deben cumplir con los requisitos exigidos por la presente Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables.”. Esto es, que tanto nacionales como extranjeros debemos ingresar al país por

los lugares autorizado y cumpliendo con específicos requisitos. No sólo los extranjeros como parece sugerirse por algunas personas<sup>1365</sup>.

Bajo esa premisa, en los primeros dos supuestos del listado anterior (i y ii) en el que puede ser aplicado el *alojamiento* con fines de deportación, sí es posible establecer un término de comparación, ya que tanto nacionales como extranjeros podemos colocarnos en idéntica situación de hecho: haberse internado al país sin la documentación requerida o por un lugar no autorizado para el tránsito internacional de personas. Sin embargo, las consecuencias jurídicas no son las mismas para mexicanos que para extranjeros (sólo se priva de libertad –y deporta– a extranjeros).

Termino de comparación que de igual forma puede establecerse para los seis últimos supuestos (vi-viii), en los que por su poca vinculación con temas migratorios, tanto nacionales como extranjeros podemos colocarnos en las situaciones de hecho (comprometer por los antecedentes la seguridad nacional o pública y proporcionar información falsa ante el INM) que generan consecuencias jurídicas distintas en la Ley –afectación a la libertad personal y deportación.

En segundo lugar, porque en ninguna parte de la Constitución, ni de la Ley, como tampoco en los tratados de derechos humanos se prohíbe la *deportación* de nacionales, que es lo que haría que no se pudiera establecer un término de comparación al no existir la consecuencia jurídica final que da origen a la afectación de la libertad personal. Lo que se prevé, como lo establecimos antes, es la prohibición de *expulsión* de nacionales.

No se puede afirmar que en México los términos deportación y expulsión son sinónimos o que se pueden utilizar de forma indistinta en México<sup>1366</sup>, por más que en el ámbito internacional haya quien considera que la expulsión es el género que tiene varias

---

<sup>1365</sup> Cfr. Morales Vega, Luisa Gabriela, “Categorías migratorias en México. Análisis a la Ley de Migración”, *op. cit.*, p. 945.

<sup>1366</sup> Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, *op. cit.*, p. 69.

especies<sup>1367</sup> o de que algunos por muchos años hayan incurrido en esa confusión<sup>1368</sup>, inducidos en parte por la gran apertura y arbitrariedad con la que estaba prevista la expulsión en el artículo 33 constitucional<sup>1369</sup>, como por el contenido de la Ley General de Población cuando sancionaba penalmente el ingreso no autorizado al país<sup>1370</sup>. Pero que justo por eso, por la ausencia de garantías, procedimientos y resoluciones en el caso de la expulsión, siempre debió ser claramente diferenciada.

Si fuesen lo mismo no habría necesidad de crear una ley que regule el procedimiento de expulsión, la detención con fines de expulsión y todo lo que hemos señalado en el sub apartado anterior y al inicio (*supra* 5.1). Una simple remisión a la Ley de Migración habría sido suficiente cuando se reformó el artículo 33 constitucional. Sin embargo, eso no ocurre (y no por un nuevo error en la técnica legislativa) y, como antes lo hemos demostrado, no está previsto, está bien diferenciado y son dos figuras distintas que nos lo confirma la misma Ley de Migración cuando al referirse a la expulsión (artículo 114<sup>1371</sup>), no remite a la deportación, ni las vincula, sino que envía a lo establecido en el artículo 33 constitucional. Por lo que jurídica y constitucionalmente, no puede

---

<sup>1367</sup> Cfr. Pacurar, Andi, “Smuggling, Detention and Expulsion of Irregular Migrants. A Study on International Legal Norms, Standards and Practices”, *op. cit.*, pp. 275-277.

<sup>1368</sup> Por mucho tiempo en México se han utilizado como sinónimos los términos *deportación* y *expulsión*, lo cual nos parece un grave error. Véase, por ejemplo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo D-H, Porrúa-UNAM, México, 2007. Error en el que también ha incurrido el Poder Judicial como lo muestra de manera clara: Sin Fronteras, *Litigio estratégico y deportación de extranjeros en México*, México, junio de 2011.

<sup>1369</sup> Cfr. Carbonell, Miguel, “La xenofobia constitucionalizada”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 246, 2006, pp. 196-203; Bernal, Beatriz, “México y Cuba: caminos divergentes en materia de expulsión de extranjeros”, *op. cit.*, pp. 119-121.

<sup>1370</sup> Cfr. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Marco jurídico y funcionamiento de las estaciones migratorias en México*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>1371</sup> Artículo 114. Corresponde de manera exclusiva al titular del Poder Ejecutivo Federal expulsar del territorio nacional al extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

existir duda alguna respecto a que son dos figuras jurídicas distintas a pesar de su similitud fáctica de resultado.

Ahora bien, si atendemos a la definición que establece el artículo 143 de la Ley de Migración respecto a la deportación: “La deportación es la medida dictada por el Instituto mediante la cual se ordena la salida del territorio nacional de un extranjero y se determina el período durante el cual no podrá reingresar al mismo”. Pero además acudimos a los tratados de derechos humanos que expresamente reconocen sólo a los nacionales el derecho a entrar en su país y también a lo establecido en el artículo 36 de la Ley de Migración (los mexicanos no podrán ser privados del derecho a ingresar a territorio nacional), podríamos establecer que por esa razón no es posible establecer un término de comparación.

Pero si lo hacemos de esa forma y no olvidamos el principio de interpretación *pro persona* contenido en el artículo 1º constitucional, lo que entonces tendríamos que justificar es por qué hacemos prevalecer el texto de un tratado o de la Ley, frente a lo establecido en la Constitución, y por qué no interpretamos *pro persona migrante extranjera* el derecho a entrar al país que la Constitución reconoce a *toda persona*, no de forma exclusiva a mexicanos y mexicanas. Con lo que en nuestra opinión, no hay duda de que el término de comparación en esos supuestos se puede establecer a fin de respetar los contenidos de la Constitución.

Por lo que sólo en tres supuestos específicos del listado que al inicio introducimos (iii, iv y v) sería difícil establecer un término de comparación, ya que un nacional no necesita un Acuerdo de readmisión para ingresar al país, no puede haber incumplido una orden de salida emitida por el Instituto y no puede ostentarse como mexicano sin serlo y, por tanto, no se podría afectar la libertad personal amparados en esa consecuencia jurídica última. Aunque los dos primeros supuestos que se mencionan, bien podrían ser dudosos, de acuerdo a todo lo que antes hemos establecido en relación al derecho a entrar, salir, viajar y residir en territorio mexicano.

La singularidad del reconocimiento del derecho de entrada y salida en México, como lo advertimos desde el segundo capítulo de este trabajo, hace que sí se puedan establecer algunos términos de

comparación entre mexicanos y extranjeros. A pesar de ello, hasta hoy, son escasos los estudios académicos en México en los que se pone énfasis o se coloque en el debate este punto a partir del reconocimiento constitucional a *toda persona* de los derechos a entrar, salir, viajar y residir<sup>1372</sup>.

- iii. Razón de mucho peso. ¿Existe una razón de mucho peso que justifique la distinción entre nacionales y extranjeros (ó dos tipos de extranjeros), para que migrantes extranjeros no tengan la misma consecuencia jurídica en el reconocimiento de un derecho o libertad ante un mismo supuesto de hecho?

No. En la Ley de Migración simplemente se establecen consecuencias jurídicas distintas (afectación a la libertad personal-deportación) a las situaciones de hecho iguales que antes hemos descrito.

No hay nada que justifique el trato distinto, ni en el contenido de la Ley, ni en su exposición de motivos. La única “razón” que podemos observar es que al dirigirse a personas extranjeras (origen nacional) la deportación (que tiene como instrumento la afectación a la libertad personal) y sus efectos, se presume que es correcto, a pesar de que si se atendiera a los contenidos constitucionales que antes hemos desarrollado, más bien se debería de sospechar de discriminación y, en ese sentido, se debían haber establecido las razones de mucho peso que justifican las consecuencias jurídicas diferentes a situaciones de hecho en las que nos podemos colocar tanto nacionales de México como personas extranjeras.

Esto, porque insistimos, si atendemos a los supuestos que pueden dar origen a la deportación sin causas penales (y con ello a la privación de libertad), salvo tres que antes señalamos, atendiendo al contenido del artículo 11 constitucional, el resto de situaciones de hecho previstas pueden ser llevadas a cabo por mexicanos y no mexicanos, pero generan consecuencias jurídicas diferentes: la

---

<sup>1372</sup> Además del texto de nuestra autoría: *Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras en México*, *op. cit.*, pp. 28-34, está el de: Guevara Bermúdez, José Antonio, “Conexiones entre los derechos humanos de las personas migrantes y la seguridad ¿Es posible afirmar que el derecho mexicano criminaliza la migración indocumentada?”, *op. cit.*, p. 115.

afectación a la libertad personal (como consecuencia jurídica inmediata) y la deportación (como consecuencia jurídica última).

Como antes vimos, la propia definición de deportación sólo incluye a *extranjeros*, pero no hay una razón de suficiente peso que justifique ni eso, ni una de sus principales consecuencias como es el alojamiento (privación de libertad). Menos, insistimos, si se lee de manera sistemática el artículo 11 de la Constitución, para tener presentes también las diferencias de la deportación con la expulsión prevista constitucionalmente.

Ni lo establecido ahora, ni lo establecido en el inciso anterior deben entenderse como una invitación a que los nacionales podamos ser deportados. Sino más bien, a encontrar sentido, si lo tiene, a la deportación (alojamiento previo incluido) de personas extranjeras cuando tenemos una norma constitucional que reconoce a *toda persona* el derecho de entrar, salir, viajar y residir en territorio mexicano sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. Y cuando las únicas limitaciones expresas en ese mismo artículo sólo se dirigen a los *extranjeros perniciosos residentes*. Ni siquiera, a cualquier tipo de persona migrante extranjera.

Aun cuando como es una lamentable costumbre, se pretenda justificar el trato discriminatorio en cuestiones de orden público, seguridad pública o seguridad nacional, en todo caso se debería establecer y sustentar por qué una persona extranjera es más peligrosa que una persona mexicana sin han cometido los mismos actos o tienen idénticos antecedentes. El legislador debió aportar razones de mucho peso para justificar la “distinción” que hizo, pero no fue así y no consta expresa, ni implícitamente la razonabilidad de eso.

Esto es, a que se justifique en algo más que la nacionalidad o el origen nacional (extranjería) la posibilidad de deportar (y afectar la libertad personal para ello), no porque sea sólo de nuestro interés, sino porque, al tener como base únicamente a una categoría sospechosa, se hace evidente la discriminación<sup>1373</sup>. Además de que,

---

<sup>1373</sup> *Cfr.* Van Dijk, P., “Protection of ‘Integrated’ Aliens Against Expulsion Under the European Convention on Human Rights”, *op. cit.*, p. 34.



por la apertura del texto constitucional, la razón de mucho peso debe ser evidente y debidamente fundada más allá que estar socialmente aceptada por medio de una encubierta xenofobia.

Afirmar categóricamente que una persona mexicana no puede ser deportada o cuestionar como obviada ¿cómo se va a deportar a una persona mexicana de México?, no es argumento suficiente, ni da respuesta a lo antes establecido por las claras diferencias legales que hay actualmente entre expulsión y deportación en México. Más bien, las preguntas deben ser ¿por qué sí a una persona extranjera? ¿Qué justifica razonablemente eso más allá de la nacionalidad? Y es justo eso lo que el legislador no respondió, ni justificó de manera razonable en la Ley de Migración. Simplemente presumió lo que muchas personas presumen por el simple hecho de que el contenido de la referida Ley se dirige principalmente a personas migrantes extranjeras.

Por lo que, atendiendo al análisis anterior, la medida de *alojamiento* con fines de *deportación* prevista en los supuestos i, ii, vi, vii y viii de la enumeración que antes hicimos, es arbitraria porque viola el principio de igualdad y es *discriminatoria* en razón del origen nacional (no mexicano) de las personas. Al tener como única razón para generar consecuencias jurídicas distintas frente a situaciones de hecho iguales sólo al origen nacional de las personas.

Ante esa conclusión, resulta innecesario analizar la proporcionalidad de la diferenciación, pues al no existir una razón de mucho peso y estar asentada la diferencia sólo en una categoría sospechosa (nacionalidad) y, por tanto, ser discriminatoria, es suficiente para llegar a la conclusión antes establecida<sup>1374</sup>.

En el siguiente nivel sólo tendríamos que analizar los supuestos iii, iv y v del listado propuesto al inicio de este apartado, en los que al no ser posible establecer un término de comparación no podemos hablar jurídicamente de discriminación.

---

<sup>1374</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, *op. cit.*, párr. 17.

b) *Segundo nivel de análisis: proporcionalidad de la restricción al derecho.*

Con la conclusión que se obtuvo en el primer nivel de análisis, sería innecesario continuar con este nivel, pues la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación es de sobrada razón para considerar el alojamiento en casos de deportación y supuestos específicos que se señalaron como inconstitucionales.

Sin embargo, al no estar incluidos todos los supuestos y con fines didácticos, pasamos al segundo nivel de análisis en la aplicación del método de *sospechosa proporcionalidad*, para dar muestra integral de los problemas que presenta el llamado alojamiento.

Antes de seguir, no debemos olvidar que lo que aquí se analizará es la afectación que sufre la libertad personal.

- i. Idoneidad. ¿El sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho es adecuado para preservar otro derecho o bien constitucionalmente protegido?

No. Como ya se ha establecido, el fin del llamado *alojamiento* en los supuestos de *deportación* no está establecido en ninguna parte de la Ley de Migración. Por tanto, no sabemos con precisión cuál es el derecho o bien constitucionalmente protegido que se busca salvaguardar con la medida. Pero además, la medida implementada es inadecuada, ya que es una etapa del procedimiento administrativo, no una excepción que atienda caso por caso, como lo exigen los estándares en materia de derechos humanos para este tipo de medidas de control migratorio.

Como se sabe, la idoneidad consiste en una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado a través de la intervención legislativa y el fin propuesto por el legislador. Esto es, consiste en la identificación de un fin de relevancia constitucional y la verificación sobre si la medida examinada es adecuada para lograr el referido fin.

En este caso, se podría decir que la finalidad de la medida es desarrollar el procedimiento establecido en la Ley, el cual busca cumplir con un fin constitucionalmente imperativo como lo es

ejercer la facultad del Estado para determinar quién permanece en su territorio. Y eso, podría darnos como resultado al menos cuatro finalidades legítimas<sup>1375</sup>: cumplir con el procedimiento; concluir el procedimiento; ejecutar la resolución que se obtenga del procedimiento ó asegurar la presencia de la persona en todas las etapas del procedimiento. Pero cualquiera de esas cuatro o más que se pudieran establecer, son opiniones que se pueden formular, no algo cierto que establezca la ley.

Aún cuando se dieran por válidas éstas, no sabemos cómo se podrían actualizar o justificar en los supuestos de ostentarse como mexicano sin serlo o proporcionar información falsa. Y en los casos relativos a los antecedentes de una persona que comprometen seguridad pública o nacional, como ello, en primer lugar, genera una situación de “irregularidad migratoria” y, en segundo, más bien parece que ahí el fin que se busca es de seguridad antes que simplemente de la presencia o no de una persona en el territorio.

Por el contenido del artículo 11 constitucional y su apertura en el reconocimiento a *toda persona* del derecho a entrar, salir, viajar y residir en el territorio mexicano, el fin debe ser claro, ya que asegurar la permanencia de la persona en el procedimiento o lograr ejecutar la resolución final, si bien podrían ser finalidades admisibles, también deben partir de supuestos en los que esos fines sean compatibles con el contenido del referido artículo 11. En México no estamos en la situación de que sólo los nacionales, los mexicanos o los ciudadanos tenemos el derecho a entrar, salir, viajar y residir, con lo que las limitaciones a estos derechos y todo lo vinculado que con ello se pretenda aplicar (afectación a la libertad personal) debe estar expresa y claramente establecido, sin poder sustentarse sólo en el origen nacional de las personas.

Así las cosas, resulta claro que el llamado *alojamiento* no tiene una finalidad establecida, por tanto, no se puede determinar que tiene una finalidad admisible y autorizada para alcanzar un fin

---

<sup>1375</sup> Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.K/V/II.Doc.78/10, 30 de diciembre de 2010, párr. 39, citando CIDH, *Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01*, caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel), 4 de abril de 2001, párr. 242.

constitucionalmente imperativo. Menos cuando como hemos venido insistiendo, en México toda persona tiene el derecho a entrar, salir, viajar y residir. Al ser ello imprescindible en este análisis, más cuando lo que está en riesgo es la libertad personal, resulta claro que el alojamiento no es una medida idónea en los supuestos de deportación.

Agrava lo anterior y confirma la falta de idoneidad de la medida el hecho de que ésta sea una parte del procedimiento administrativo migratorio, es decir, la regla en todos los casos y no la excepción como lo debe ser según lo hemos establecido antes (*supra* 5.3.B). Al no analizarse caso por caso, sino aplicarse a todos pasando por alto las circunstancias particulares que podrían determinar si con su aplicación se podría cumplir con un fin (de existir), exhiben que la intervención legislativa en la libertad personal no es adecuada.

De esa manera, el *alojamiento* no es idóneo porque falla tanto en el medio como en el fin.

- ii. Necesidad. ¿La medida de intervención en el derecho fundamental es la menos lesiva con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el mismo objetivo?

No. Si se parte del hecho de que la privación de libertad denominada *alojamiento* está regulada como una etapa del procedimiento administrativo migratorio, esto es, que se aplica en todos los casos por regla general y solo se excluye en supuestos muy concretos y casi imposibles de actualizar, parece evidente que no es la última ni la menos lesiva de las opciones disponibles, sino que es la primera que por regla general se sigue.

Al no conocerse con precisión su finalidad, no es fácil determinar si es la única medida disponible para alcanzar el fin buscado. Aunque si se dan por buenos los fines respecto a los que antes hemos especulado, respecto a ellos se podría afirmar que indudablemente hay medidas menos gravosas si se quisiera cumplir con cualquiera de los que se mencionaron.

Eso se demuestra con el hecho de que la Ley de Migración prevé excepciones o supuestos en los cuales la persona puede estar en

libertad, como lo es la custodia a cargo de una persona moral o institución de reconocida solvencia, así como por el consulado de su país de origen. Pero también, aunque no están reguladas, las de: 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.

Medidas que como antes establecimos y comprobó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, son inoperantes en la realidad por lo complicado de los requisitos que se deben cumplir para ponerlas en práctica y por la inexistencia de su regulación en la gran mayoría de los supuestos previstos. Pero que demuestran que existen otras medidas que menos o nada serían lesivas de la libertad personal. Esto es, que existen opciones menos dañinas.

Teniendo en cuenta todo lo anterior y lo establecido en el apartado 5.3 de este trabajo, pareciera muy claro que cuando la privación de libertad está regulada como regla general al ser una etapa o parte de un procedimiento administrativo, no hay argumento alguno que permita afirmar que satisface la estricta necesidad que deberían tener este tipo de afectaciones a la libertad personal. Esto es, que habría otra forma de garantizar cualquiera de los fines que presumimos se buscan, por medio de medidas poco o nada invasivas de la libertad personal.

- iii. Proporcionalidad sentido estricto. ¿La restricción, limitación o injerencia satisface estrechamente la finalidad que se busca como consecuencia directa de la menor restricción?

No. Al no haberse superado los dos elementos anteriores del test de proporcionalidad, por lógica no hay forma de que supere de manera satisfactoria esta etapa.

Aunque para hacer más clara la desproporcionalidad de la medida, se puede decir, por una parte, que al aplicarse de manera automática por ser una etapa del procedimiento administrativo migratorio y no como última o al menos una opción, se muestra como una medida fuera de toda proporcionalidad al no evaluar caso por caso ni las circunstancias especiales que pudiera tener cada uno.

Por otra parte, en cuanto a su plazo, al poder aplicarse desde 15 días hábiles, hasta 60 días hábiles o de manera ilimitada si se promueve algún recurso administrativo o judicial, los plazos superan los máximos que la Constitución mexicana autoriza la afectación de la libertad personal en la aplicación de leyes administrativas (artículo 21) e incluso en la materia penal frente a una autoridad administrativa como el Ministerio Público, pues aun en casos extremos penales como lo es la delincuencia organizada, la Constitución sólo autoriza sin intervención judicial (artículo 16) que una persona sea detenida hasta por 96 horas.

Fuera de toda proporción también lo es que el plazo se cuente en días hábiles y no en días naturales. Esto porque no existe certeza para ninguna persona del número total de días que permanecerá privada de libertad. Así por ejemplo, suponiendo que la privación de libertad se desarrolla en unos meses en donde los únicos días inhábiles son sábados y domingos, el plazo real de privación de libertad podría ser de al menos 84 días naturales que equivaldrían a los 60 días hábiles. Por lo que si la persona es privada de libertad en meses con muchos días inhábiles o en un periodo vacacional, resulta evidente que el número total de días naturales se puede extender por mucho más aunque en apariencia sigan siendo sólo 60 días hábiles.

De esa forma, el cómputo del plazo en días hábiles y no en días naturales, se suma a la falta de proporcionalidad del llamado *alojamiento*, al sumar una total incertidumbre y falta de certeza jurídica, ya que el plazo máximo real dependerá en cada caso de la fecha o época del año en que inicie. Por lo que el aparente plazo máximo legalmente establecido, en realidad cambia caso por caso y no porque sea proporcional o se haga un análisis particular, sino por lo aleatorio que puede ser su inicio y los días inhábiles que en medio existan.

Lo anterior se muestra aún más desproporcional cuando se toma en cuenta también que la Constitución mexicana en casos penales que involucran a personas extranjeras como las extradiciones (artículo

119, tercer párrafo<sup>1376</sup>) en las que sí hay la intervención de una autoridad judicial, prohíbe que la detención supere los 60 días *naturales*.

Ahora bien, la desproporcionalidad de la medida en su parte práctica, también se confirma por el hecho de que si el objetivo último de la medida es que las personas sean efectivamente deportadas o retornadas, ello no ocurre en un importante número de casos. Así, según la información proporcionada por el Instituto Nacional de Migración<sup>1377</sup> en el año 2010 no pudieron ser deportadas ni retornadas 795 personas, en 2011 la cifra subió a 1410 personas, en 2012 el número fue de 2740 y para el año 2013 el total informado fue de 2481.

Estas cifras sin contar con la información correspondiente a la EMIG ubicada en el Distrito Federal, ya que de ésta se nos informó que: “No se tiene a nivel de detalle”. Lo cual es verdaderamente grave y preocupante, al ser inconcebible que una de las estaciones migratorias más importantes por su tamaño y recursos invertidos, la que se considera el modelo para todo el país, no cuente con la información detallada, o no quiera informarlo, respecto al número de personas que después de ser privadas de libertad por largos periodos de tiempo al final no pueden ser deportadas, ni retornadas.

Pero en todo caso, si la medida se aplica en el cien por ciento de los casos, que exista una sola persona que no puede ser deportada, sirve para confirmar que el grado de afectación que sufre la libertad personal no se corresponde con el beneficio que se podría obtener de cumplir al cien por ciento con las deportaciones y, con ello, con la facultad del Estado de decidir quien permanece en su territorio.

---

<sup>1376</sup> Las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, los Tratados Internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales.

<sup>1377</sup> Solicitud de acceso a la información número de folio: INFOMEX 0411100009514.

De esa forma, en sus diferentes niveles y desde varios ángulos, la falta de proporcionalidad en la aplicación del llamado *alojamiento* en México es más que evidente. Por lo que sumando una perspectiva más, se muestra como una medida arbitraria, discriminatoria y desproporcional y, por tanto, inconstitucional.

### C. Privación de libertad por regularización de estancia

En el anterior apartado ya se estableció lo complejo que es la regulación del llamado *alojamiento* en la Ley de Migración. Así que no es necesario repetirlo aquí.

La privación de libertad por *regularización* de estancia, desde su denominación se muestra por demás extraña, ya que si el objetivo final que busca es que las personas puedan alcanzar una situación regular si se satisfacen ciertos requisitos previos para ello, pensar en una afectación a la libertad personal como “incentivo” o medio para alcanzar eso parece fuera de lugar.

El primer problema al que nos enfrentamos con ésta, es que ni en la Ley de Migración, ni en su Reglamento se define qué se entiende por regularizar, para a partir de ello intentar entender por qué se prevé en este caso el *alojamiento*.

Lo que sí establece la Ley es cuándo se tiene derecho a la regularización<sup>1378</sup>. Mientras que el Reglamento establece cuándo se puede autorizar esa regularización<sup>1379</sup> de la que habla la Ley.

---

<sup>1378</sup> Artículo 132. Los extranjeros tendrán derecho a solicitar la regularización de su situación migratoria, cuando se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- I. Que carezcan de la documentación necesaria para acreditar su situación migratoria regular;
- II. Que la documentación con la que acrediten su situación migratoria se encuentre vencida, o
- III. Que hayan dejado de satisfacer los requisitos en virtud de los cuales se les otorgó una determinada condición de estancia.

<sup>1379</sup> Artículo 144. La regularización de situación migratoria podrá autorizarse a la persona extranjera que se encuentre en situación migratoria irregular por incumplimiento a las disposiciones jurídicas aplicables, cuando demuestre alguno de los siguientes supuestos:



---

I. Tener vínculo con mexicano o con persona extranjera residente temporal o permanente en el territorio nacional, conforme a las hipótesis de unidad familiar previstas en la Ley en el artículo 111 de este Reglamento;

II. Ser identificado por la autoridad migratoria o por la autoridad competente como víctima o testigo de algún delito grave cometido en el territorio nacional;

III. Ser niña, niño o adolescente que se encuentre sujeto a un procedimiento de sustracción y restitución internacional, siempre y cuando el trámite sea solicitado por sus padres o tutores;

IV. Que su grado de vulnerabilidad dificulte o haga imposible su deportación o retorno asistido y esto se acredite fehacientemente. Se indican de manera enunciativa, mas no limitativa, los siguientes casos:

a) Niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, cuando así convenga a su interés superior y en tanto se ofrecen alternativas jurídicas o humanitarias temporales o permanentes al retorno asistido;

b) Mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con discapacidad o indígenas;

c) Personas extranjeras que acrediten sufrir una alteración grave a la salud y el traslado a su país implique riesgo a su vida;

d) Personas extranjeras en situación de peligro a su vida o integridad por violencia o desastre natural, o

e) Solicitantes de la condición de refugiado, de asilo político o que inicien procedimiento para la determinación de apátrida, hasta en tanto concluye el procedimiento respectivo.

V. Por tener documento migratorio con vencimiento no mayor a sesenta días naturales;

VI. Por realizar actividades distintas a las autorizadas y con ello haya dejado de satisfacer los requisitos por los cuales se le otorgó determinada condición de estancia;

VII. Por haber obtenido oficio de salida de la estación migratoria, conforme a los supuestos del artículo 136 de la Ley;

VIII. Por alcanzar el plazo de sesenta días hábiles en la estación migratoria y que se ubique en las hipótesis previstas en el artículo 111 de la Ley conforme a lo siguiente:

a) Que no exista información fehaciente sobre su identidad y/o nacionalidad, o exista dificultad para la obtención de los documentos de identidad y viaje;

b) Que los consulados o secciones consulares del país de origen o residencia requieran mayor tiempo para la expedición de los documentos de identidad y viaje;

c) Que exista impedimento para su tránsito por terceros países u obstáculo para establecer el itinerario de viaje al destino final, o

Al analizar los supuestos particulares que se establecen en el Reglamento, un número importante de ellos se podría ubicar en los casos de solicitantes de asilo y/o refugio. Casos en los que el artículo 11 de la Constitución no prevé, ni autoriza la afectación a la libertad personal<sup>1380</sup>, pero como vimos, ni la Ley de Migración ni la Ley de Asilo lo prohíben expresamente. Mientras que otros casos, se tratan sólo de demostrar que se tiene un vínculo personal en México. Y algunos de los más graves, son casos en los que la persona migrante ha sido víctima de algún delito.

Por lo que antes las dudas que deja la Ley por su deficiente contenido, podemos afirmar que los tres supuestos específicos en los cuales se puede aplicar el *alojamiento por regularización* son:

- i. Carecer de la documentación necesaria para acreditar la situación migratoria regular.
- ii. Tener vencida la documentación con la que acrediten la situación migratoria.
- iii. Haber dejado de satisfacer los requisitos en virtud de los cuales se le otorgó una determinada condición de estancia.

Si así lo entendemos y con el fin de que el primer supuesto específico no sea igual que alguno de los previstos para deportación, la diferencia que podemos encontrar entre esos y éstos es que aquí la entrada se hizo por los filtros de revisión migratoria y se está en el país con un ingreso primario en el que se cumplió con los requisitos para ello. Mientras que en los otros, con las claras dudas que planteamos por sus tipologías en algunos supuestos, el ingreso es no autorizado o hay una prohibición previa para hacerlo.

---

d) Que exista enfermedad o discapacidad física o mental médicamente acreditada que imposibilite viajar a la persona extranjera presentada.

<sup>1380</sup> Véase en ese sentido: Senado de la República, *Análisis del Proyecto de Decreto por el que se modifican y adicionan diversas disposiciones de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, y se reforman algunos artículos de la Ley de Migración*, Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, Serie Apuntes de Derecho Internacional, No. 5, México, abril de 2013, p. 11.

En donde vuelven a ser idénticos unos y otros, es en sus características, ya que de conformidad con la Ley de Migración los supuestos de *regularización* tienen las siguientes:

Fin de la medida: No se especifica en la Ley de Migración para ninguno de los supuestos.

Duración: En tanto se resuelve la situación migratoria siendo su duración máxima de 60 días hábiles, con una excepción que amplía indefinidamente ese plazo.

Naturaleza: Etapa del procedimiento administrativo migratorio.

Teniendo esa descripción del supuesto genérico y sus supuestos específicos con la complicada redacción y sistematización de la Ley de Migración, ahora analizaremos ello bajo el método de *sospechosa proporcionalidad* como le hemos hecho a lo largo de este trabajo.

*a) Primer nivel de análisis: igualdad y no discriminación*

- i. Descarte. ¿El derecho o libertad está expresamente excluido de reconocimiento en la Constitución y/o tratados a las personas migrantes extranjeras?

No. Como ya lo establecimos antes, el derecho a la libertad personal está reconocido a toda persona, por lo que las migrantes extranjeras cuentan con él “con independencia de su situación migratoria.”<sup>1381</sup>

- ii. Comparación. ¿Nacionales y no nacionales (ó no nacionales de dos nacionalidades) están en la misma situación de hecho que genera consecuencias jurídicas distintas en el reconocimiento de un derecho o libertad?

---

<sup>1381</sup> Artículo 6. El Estado mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano y en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria.

No. Si bien, como lo hemos establecido antes, las personas extranjeras también tienen reconocido en México el derecho a entrar, salir, viajar y residir dentro del territorio, eso no implica que no deban cumplir con ciertos requisitos para un correcto ejercicio de su derecho.

En ese sentido, y contrario a lo que ocurre con los nacionales de México que no necesitamos contar con una condición de estancia, las personas extranjeras para poder permanecer en el territorio nacional deben tener cualquiera de las siguientes condiciones de estancia: visitante<sup>1382</sup>, residente temporal<sup>1383</sup> o residente permanente<sup>1384</sup> (artículo 52 de la Ley de Migración).

Así las cosas y todo ello dentro de los límites constitucionales admisibles para el ejercicio del derecho a entrar, salir, viajar y residir por emigración e inmigración, no es posible establecer un término de comparación entre nacionales y extranjeros, al no poder colocarnos bajo las mismas situaciones de hecho que podrían generar consecuencias jurídicas diferenciadas.

Lo que sí podría ser interesante de analizar, aunque ello supera los objetivos de este trabajo, es analizar la igualdad *en la aplicación* de la Ley, ya que sabemos que la utilización de esta medida y el consecuente alojamiento varía de acuerdo a la nacionalidad de las personas, existiendo casos en los que no se aplica al darse seguimiento como un trámite migratorio y no como un procedimiento por tratarse de una regularización, pero en muchos otros casos esa opción simplemente no se ofrece. Situación que sería interesante poder confirmarla o desacreditarla con datos oficiales. De confirmarse lo antes señalado, la existencia de discriminación sería innegable al menos en esos supuestos y nivel de análisis.

---

<sup>1382</sup> En esta categoría, están incluidas las subcategorías: visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas; visitante con permiso para realizar actividades remuneradas; visitante regional; visitante trabajador fronterizo; visitante por razones humanitarias; visitante con fines de adopción.

<sup>1383</sup> En ésta se encuentra la subcategoría: residente temporal estudiante.

<sup>1384</sup> Ésta no tiene subcategorías.

Ante eso, en este supuesto no podemos hablar de discriminación por la ausencia de un término de comparación. Por lo que corresponde pasar al siguiente nivel de análisis.

*b) Segundo nivel de análisis: proporcionalidad de la restricción al derecho.*

- i. Idoneidad. ¿El sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho es adecuado para preservar otro derecho o bien constitucionalmente protegido?

No. En el mismo sentido que el subapartado anterior, ésta no se cumple en razón de que la norma que la contiene no establece cuál es la finalidad que tiene, por lo tanto, no sabemos qué es lo que se busca preservar. Pero tampoco, por las características que tiene la medida como etapa del procedimiento administrativo migratorio y no como excepción en dicho procedimiento.

En el mejor de los casos, podríamos afirmar, como se hizo en el análisis anterior, que ésta busca alcanzar el fin constitucionalmente imperativo de regular el ejercicio de la facultad del Estado para decidir quién permanece y sale de su territorio. Aunque eso puede generar dudas, ya que estamos en un supuesto en el que tan sólo se busca *regularizar* una estancia y entrada autorizada previamente.

Por lo que, por una parte, ese ejercicio de esa facultad estaría ya condicionado frente al derecho constitucionalmente reconocido a *toda persona*. Y, por otra parte, como hemos insistido antes, cuando se analiza una afectación a la *libertad personal* debe existir una expresa y concreta finalidad a satisfacer para que ésta pueda ser afectada. Lo cual no ocurre.

Además, en este caso, al poder ser ubicados aquí los supuestos que se vinculan con los solicitantes de asilo, la finalidad se hace aún más necesaria en cuanto a su precisión, ya que su ausencia bien podría generar una contravención<sup>1385</sup> a lo establecido en el artículo 31.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>1386</sup>.

---

<sup>1385</sup> *Cfr.* Rachel Brett and Eve Lester “Refugee law and international humanitarian law: parallels, lessons and looking ahead: A non-governmental

Por tanto, si no olvidamos que la idoneidad consiste en una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado a través de la intervención legislativa y el fin propuesto por el legislador, es evidente que aquí no se cumple con ello ya que, por una parte, existe un vacío en el fin y, por otra parte, el medio utilizado no tiene por característica la excepcionalidad que en estos casos se requiere. Para evitar repeticiones innecesarias de lo expresado en otras partes de este trabajo, debemos concluir que no es una medida idónea.

- ii. Necesidad. ¿La medida de intervención en el derecho fundamental es la menos lesiva con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el mismo objetivo?

No. Sin conocer el fin exacto que tiene y sin perder de vista que lo que se busca es la *regularización* de la estancia o situación migratoria de una persona y, por tanto, que se tiene información a partir de la cual se le puede ubicar, identificar y es del propio interés de la persona regularizar su situación, evidentemente, una afectación a la libertad personal como la que implica el alojamiento no es la medida menos lesiva que dicho derecho puede resentir.

Si presumimos que el fin que se busca es asegurar la presencia de la persona para que tenga una situación regular y así poder decidir quien permanece en el territorio del país, el hecho de que para hacer posible eso se le tenga que privar de libertad, se muestra como totalmente innecesario, tanto porque es más un disuasorio que un estímulo para la regularización, como porque la persona a la que se dirige es quien más interés tiene en encontrarse en el país con las debidas autorizaciones, por lo que sin duda, hay muchas opciones menos lesivas de la libertad personal, o incluso sin afectar ésta,

---

organization's view", en *Revue Internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, Vol. 83, Issue 843, September 2001, pp. 718-719.

<sup>1386</sup> 2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.

disponibles para asegurar su presencia antes que la privación de libertad por medio del llamado alojamiento<sup>1387</sup>. Esto, si ese fuera el fin.

El caso del cual posiblemente conozca la SCJN (*supra* 6.2.A) tiene su origen en la aplicación de este supuesto y otras controvertidas figuras jurídicas contenidas en la Ley de Migración mexicana: visitas de verificación y revisión migratoria<sup>1388</sup>. En éste, la persona podía y pudo regularizar su situación migratoria, pero para lograrlo tuvo que estar más de 5 meses privada de libertad en la estación migratoria “Las Agujas” en el Distrito Federal, cuando por las actividades a las que se dedicaba y su interés en permanecer en el país, bien pudo obtener esa regularización asegurando su presencia con simplemente seguir el conjunto de etapas y cumplir con los diversos trámites necesarios para obtener la autorización de estancia. Con lo que se pone de manifiesto lo innecesario de la medida lesiva de la libertad personal.

Si pensamos que también bajo este supuesto se encuentran los casos de las personas solicitantes de asilo y refugio, la situación se muestra aún más compleja, ya que privar de la libertad a quien viene huyendo de su país de persecuciones por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, parece una solución poco acorde a lo que esas personas necesitan y, por tanto, como una medida innecesaria al no ser la menos lesiva que se podría aplicar. Menos cuando el artículo 31.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados sólo habla de restricciones a la libertad de circulación ante entradas o presencias ilegales<sup>1389</sup> (sic) y, los criterios que autorizan una afectación a la libertad personal sólo la consideran admisible en

---

<sup>1387</sup> Por ejemplo, algunas de las previstas en la Ley de Migración pero no reguladas: a) establecer domicilio o lugar en el que permanecerá; b) no ausentarse del mismo sin previa autorización de la autoridad, y c) presentar una solicitud con responsiva firmada por un ciudadano u organización social mexicana.

<sup>1388</sup> *Cfr.* Guevara Bermúdez, José Antonio, “La nueva Ley de Migración: una oportunidad perdida para garantizar derechos”, *op. cit.*, pp. 30-31; Guevara Bermúdez, José Antonio, “Conexiones entre los derechos humanos de las personas migrantes y la seguridad ¿Es posible afirmar que el derecho mexicano criminaliza la migración indocumentada?”, *op. cit.*, pp. 84, 113 y 114.

<sup>1389</sup> Ese es el término que utiliza la Convención.

esos supuestos cuando es la excepción, durante un breve periodo inicial con el fin de documentar su entrada<sup>1390</sup> y de acuerdo a las circunstancias individuales de cada caso<sup>1391</sup>.

Así las cosas, el que sea una etapa ineludible del procedimiento administrativo migratorio y que, como vimos, sus excepciones son muy difíciles de cumplir, para los supuestos de *regularización* el alojamiento también se muestra como una medida totalmente innecesaria.

- iii. Proporcionalidad sentido estricto. ¿La restricción, limitación o injerencia satisface estrechamente la finalidad que se busca como consecuencia directa de la menor restricción?

No. Para evitar repeticiones innecesarias, basta con reiterar lo que establecimos en el subapartado de deportación cuando analizamos este punto. Con lo cual, sólo basta decir que es desproporcionada en la medida de que no es idónea, no es estrictamente necesaria y, además, la desproporcionalidad se refleja también con el plazo máximo que se autoriza para desarrollarse que es computado en días hábiles. Lo que, en lo individual o en conjunto, hacen al *alojamiento* carente de proporcionalidad.

Lo único novedoso que podríamos agregar es que el nivel de afectación que sufre la libertad personal por el alojamiento en los supuestos de *regularización* en nada suma a que una persona deje de estar en situación irregular, y por el contrario, puede ser incluso disuasorio para querer hacerlo.

Además de que, en los casos de las personas solicitantes de asilo, la desproporcionalidad en sentido estricto también se observa porque la injerencia que se hace en la libertad personal solo incrementa la vulnerabilidad en la que se encuentran esas personas y poco aporta a cumplir lo que se pudiera considerar una finalidad constitucionalmente imperativa, cuando en México, por una parte,

---

<sup>1390</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, *op. cit.*, párr. 18.

<sup>1391</sup> Véase en ese sentido: United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention*, Geneva, 2012, pp. 13-18.



toda persona tiene el derecho a entrar, salir, viajar y residir en el territorio nacional y, por otra, cuando también toda persona tiene el derecho a solicitar asilo.

Con lo que, por lo antes dicho, la medida es flagrantemente contraria a los derechos humanos. Lo que a su vez permite comprobar que estamos en presencia de una *privación de libertad* arbitraria por desproporcional.

#### D. Privación de libertad por retorno asistido

De conformidad con la Ley de Migración, el *retorno* asistido es el procedimiento por el que el Instituto Nacional de Migración hace abandonar el territorio nacional a un extranjero, remitiéndolo a su país de origen o de residencia habitual (artículo 3, fracción XXIV).

Dicho *retorno* lo puede solicitar toda persona extranjera (artículo 118) si se encuentra irregularmente en el territorio nacional, a disposición del Instituto, y no existe restricción legal emitida por autoridad competente para que abandonen el país.

Pese a que se muestra como un procedimiento que se solicita de manera voluntaria y en el cual lo que la persona extranjera supuestamente busca es salir del territorio mexicano para regresar al lugar del que proviene o su país de origen, para esos casos se prevé el respeto de algunas garantías específicas<sup>1392</sup>, que más bien por las

---

<sup>1392</sup> Artículo 119. El retorno asistido de mayores de dieciocho años que se encuentren irregularmente en territorio nacional se llevará a cabo a petición expresa del extranjero y durante el procedimiento se garantizará el pleno respeto de sus derechos humanos. Previo al retorno asistido, el extranjero tendrá derecho a:

I. Ser informado de su derecho a recibir protección de su representación consular y comunicarse con ella. En caso de que el extranjero desee recibir la protección de su representación consular, se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible;

II. Recibir información acerca de la posibilidad de permanecer en el país de manera regular, así como del procedimiento de retorno asistido, incluyendo aquella relativa a los recursos jurídicos disponibles;

características de algunas de éstas hacen presumir que de voluntario en realidad tiene poco. Por lo que si a ello sumamos que también se ordena que la persona extranjera sea *presentada* y, como resultado de ello, *alojada* de acuerdo con el procedimiento administrativo migratorio (artículos 118 y 121), parece difícil que de manera voluntaria una persona admita la posibilidad de ser privada de la libertad hasta por 60 días hábiles.

Esta figura jurídica que no estaba prevista en los antecedentes legales de la Ley de Migración tiene gran parte de su operatividad en los convenios que el INM junto con la Secretaría de Relaciones Exteriores pueden celebrar con otros países (artículo 18, fracción V) para retornar de manera coordinada a sus nacionales<sup>1393</sup>. Con lo que en realidad, se ha convertido más en una opción para “agilizar” los casos de deportación, que en un beneficio, como le denomina la Ley (artículo 118), pues para que se pueda solicitar de forma voluntaria el extranjero debe estar ya a disposición del INM.

De ahí que no sea posible establecer supuestos específicos, pues todos lo que están previstos para la deportación podrían dar origen a éste. Pero también los de regularización. La única diferencia que encontramos es que en éste, al menos porque así lo establece la Ley, se hace de manera voluntaria por solicitud de la persona extranjera. Pero pese a ello, las consecuencias jurídicas son las mismas.

---

III. Avisar a sus familiares, representante legal o persona de su confianza, ya sea en territorio nacional o fuera de éste, para tal efecto, se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible;

IV. Contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, para el caso de que no hable o no entienda el español;

V. Que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente y el derecho a recibir asesoría legal, ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, así como tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio;

VI. Que el Instituto se cerciore que el extranjero posee la nacionalidad o residencia regular del país receptor;

VII. Ser trasladado junto con sus efectos personales, y

VIII. Que en el caso de que el extranjero sea rechazado por el país de destino, sea devuelto al territorio de los Estados Unidos Mexicanos para que el Instituto defina su situación migratoria.

<sup>1393</sup> *Cfr.* Morales Vega, Luisa Gabriela, “Categorías migratorias en México. Análisis a la Ley de Migración”, *op. cit.*, p. 942.

Dicho supuesto general de conformidad con la Ley de Migración tienen las siguientes características:

Fin de la medida: No se especifica en la Ley de Migración para ninguno de los supuestos.

Duración: En tanto se desarrolla el procedimiento de retorno asistido siendo su duración máxima de 60 días, con una excepción que amplía indefinidamente ese plazo.

Naturaleza: Etapa del procedimiento administrativo migratorio.

Con esas precisiones en relación a este supuesto, pasamos a su análisis aplicando el método de *sospechosa proporcionalidad* en las partes que puede ser aplicado e intentando no ser repetitivos ante la similitud que en el fondo tiene con los dos supuestos genéricos antes estudiados.

*a) Primer nivel de análisis: igualdad y no discriminación*

Por las características de la medida, resulta aplicable en esencia lo que se estableció para los casos de regularización, ya que en este tampoco es posible establecer un término de comparación (respecto a la afectación de la libertad personal) entre nacionales y extranjeros, ya que una persona mexicana estando en territorio nacional no puede nunca colocarse en la situación de hecho que genera la consecuencia jurídica de alojamiento por retorno bajo la Ley de Migración.

En todo caso, pero ya como un análisis de igualdad *en la aplicación de la ley*, que sobrepasa los objetivos de este trabajo, se podría establecer si entre dos o más nacionalidades la aplicación de este supuesto genera consecuencias jurídicas distintas, al igual que lo sugerimos en el análisis del alojamiento por regularización. Pero más que eso, no se podría analizar.

Así, al no ser posible establecer un término de comparación en la forma en la que aquí lo estamos estudiando, no podemos hablar de *discriminación* y, por tanto, pasamos al siguiente nivel de análisis.

*b) Segundo nivel de análisis: proporcionalidad de la restricción al derecho.*

Aunque parezca repetitivo, no se debe olvidar que lo que aquí se analiza es en nuestro caso la afectación a la libertad de las personas migrantes extranjeras *sine permissum*, que ya están dentro del territorio nacional y a disposición de la autoridad migratoria.

- i. Idoneidad. ¿El sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho es adecuado para preservar otro derecho o bien constitucionalmente protegido?

No. En el mismo sentido que en los dos apartados anteriores, ésta no se cumple en razón de que la norma que la contiene no establece cuál es la finalidad que tiene y la medida que se utiliza no es adecuada al ser una regla y no una excepción. En el mejor de los casos, podríamos afirmar, como se ha hecho en los análisis anteriores, que ésta busca alcanzar el fin constitucionalmente imperativo de regular el ejercicio de la facultad del Estado para decidir quién permanece en su territorio. Pero, en cuanto al medio utilizado, como se ha establecido en todos los análisis previos, no hay nada que permita considerarlo como una intervención legislativa adecuada.

Aunque en este caso, incluso el fin está en duda ya que de acuerdo a la Ley de Migración es la persona extranjera la que de manera voluntaria solicita salir de territorio mexicano, con lo que no se trataría en principio del ejercicio de la facultad del Estado, sino en el ejercicio de un derecho reconocido a las personas extranjeras. Pero como lo hemos insistido antes, aquí se está analizando la restricción a la *libertad personal* y, por tanto, debería existir una expresa y concreta finalidad. Lo cual tampoco ocurre en este supuesto de retorno.

De tratarse del ejercicio de un derecho (de la persona migrante extranjera), no se entiende cómo podría ser idóneo que una misma

persona sacrifique su libertad personal (sin saberlo) a fin de poder ejercer otro derecho reconocido constitucionalmente a toda persona como es el de salir de México. Por lo que, por donde se vea, la ausencia de un expresa finalidad y de la advertencia de lo que origina el “ejercicio de un derecho”, hace que esta medida tampoco sea idónea. Menos aún cuando el medio para llevarla a cabo se aplica en todos los casos, al ser una etapa del procedimiento administrativo migratorio y no una excepción.

Así, si en los casos en los que se podría estar ejerciendo una facultad del Estado para decidir quien permanece en su territorio es difícil sostener que es idónea al no expresarse el fin preciso en la Ley y el medio utilizado es el mismo que en los demás supuestos, en estos casos en los que es la persona extranjera la que solicita, al menos en términos de la Ley, el *retorno* a su país; no vemos cuál podría ser el derecho o bien constitucionalmente protegido a preservar que pudiera hacer necesario el sacrificio en esa medida de la libertad de las personas migrantes extranjeras.

- ii. Necesidad. ¿La medida de intervención en el derecho fundamental es la menos lesiva con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el mismo objetivo?

No. Si como establece la Ley, el procedimiento inicia de manera voluntaria y lo que justamente busca la persona extranjera es regresar a su país o al lugar del que proviene, parece claro que antes de la afectación a la libertad personal existen muchas opciones que podrían ser menos lesivas, incluso con otros derechos humanos y no sólo con la libertad personal.

Si el fin de la medida es que la persona regrese a su país de origen o al lugar del que proviene, y ello se hace de manera voluntaria según se establece en la Ley, se muestra como totalmente innecesario el privarle de libertad, pues de llevarse a cabo bajo esos supuestos, la persona extranjera es quien estaría especialmente interesada en retornar y si se puede, antes de que pudieran pasar 60 días hábiles o en el mejor de los casos 15 días hábiles.

El argumento que suele darse actualmente en México es que se les priva de libertad a las personas migrantes extranjeras en las

estaciones migratorias para protegerlas de la delincuencia y el crimen organizado<sup>1394</sup> del cual también han sido víctimas en los últimos años durante su tránsito y estancia por México<sup>1395</sup>. Pero si ese es el fin, antes que colocar a las personas en un lugar en el cual no pueden salir, bien se podrían establecer otras medidas de monitoreo de su seguridad que no signifiquen una privación de libertad<sup>1396</sup>. Especialmente, porque si ese es el argumento central ¿por qué no se hace lo mismo con nacionales? ¿Por qué sólo a personas migrantes extranjeras se les “protege” privándoles de libertad?

Por lo que en el supuesto de *retorno*, el llamado *alojamiento* tampoco es la medida menos lesiva con la libertad personal, entre todas aquéllas que sería posible aplicar<sup>1397</sup> que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el mismo objetivo, si el objetivo es que abandone de manera efectiva el territorio de México. Con lo que se muestra evidentemente innecesaria también en este supuesto.

- iii. Proporcionalidad sentido estricto. ¿La restricción, limitación o injerencia satisface estrechamente la finalidad que se busca como consecuencia directa de la menor restricción?

---

<sup>1394</sup> Véase como ejemplo de esto: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe Especial sobre secuestro de migrantes en México*, op. cit., p. 26; en donde se establece: “En un periodo de seis meses, de abril a septiembre de 2010, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos documentó un total de 214 eventos de secuestro, de los cuales, según el testimonio de las víctimas y testigos de hechos, resultaron 11,333 víctimas”.

<sup>1395</sup> En relación a esos hechos de violencia que sufren las personas migrantes extranjeras durante su paso por México se recomienda ver: Martínez, Oscar, *Los migrantes que no importan. En el camino con los centroamericanos indocumentados en México*, op. cit.

<sup>1396</sup> Entre ellas: documentar su entrada, garantizarles el acceso a la justicia, no perseguirles y, en general, no propiciar acciones con las que se les pone en las rutas controladas por organizaciones criminales.

<sup>1397</sup> Por ejemplo, algunas de las previstas en la Ley pero no reguladas: a) establecer domicilio o lugar en el que permanecerá; b) no ausentarse del mismo sin previa autorización de la autoridad, y c) presentar una solicitud con responsiva firmada por un ciudadano u organización social mexicana.

No. Para no ser repetitivos, en este punto basta con tener por reproducido lo que se estableció en los dos subapartados previos al analizar este punto. Con lo cual, es desproporcionada en la medida de que no tiene un fin, por no ser estrictamente necesaria, excepcional y la última opción, sino la primera y parte ineludible de un procedimiento, además de que al computarse en días hábiles el plazo máximo que se autoriza para desarrollarse se extiende por tiempo imprevisible. Y en el mejor de los casos que se aplicara el plazo inicial de 15 días hábiles, si se desarrollara en unas semanas en las que sólo los sábados y domingos son inhábiles, la medida mínima real sería de al menos 19 días naturales, lo cual no será igual en todos los casos, ya que siempre dependerá de la fecha en la que se inicie y los días inhábiles que pudieran existir de por medio.

Carencia de proporcionalidad que se confirma, insistimos, porque supuestamente el retorno se inicia de manera voluntaria por la persona extranjera. Con lo que, todavía que lo hace de esa forma, que se le prive de libertad para dar cumplimiento a un procedimiento, se muestra a todas luces como desproporcional, más cuando si es verdad que se hace así, a quien más le interesa salir de México es a la persona extranjera, por lo que mantenerla privada de la libertad carece de toda lógica.

En ese sentido, resulta evidente que el llamado *alojamiento* está lejos de ser admisible en el sistema constitucional de derechos humanos de México. El gran problema es que esto no ha sido analizado por ningún tribunal y, bajo la creencia de que siempre ha existido, así ha permanecido sin un análisis ni siquiera superficial o al menos parcial como en España, ni profundo como se requiere.

Lo antes analizado confirma que si esta medida es evidentemente contraria a la Constitución y los tratados de derechos humanos, todas aquéllas que se pretenden homologar, equiparar y hacer extensivas, son en principio ilegales al ni siquiera estar previstas para privar de libertad a una persona migrante extranjera.

Con lo que, después de todo este estudio podríamos afirmar que los supuestos que autorizan el *alojamiento* de personas *migrantes extranjeras* en México son legales, pero inconstitucionales por arbitrarios y desproporcionales todos, pero además unos también por violar los principios de igualdad y no discriminación. Por tanto,

contrarias a los derechos humanos reconocidos en la Constitución mexicana y tratados de los que México es parte.

Eso sin mencionar las afectaciones psicológicas y físicas que se ha demostrado producen ese tipo de medidas privativas de libertad<sup>1398</sup>, lo que, más allá de su ajustada o no adecuación legal y constitucional, nos deberían hacer reflexionar de manera multidisciplinaria la existencia de este tipo de medidas.

El análisis desarrollado en los cuatro apartados anteriores puede estar equivocado, puede no compartirse y, como siempre, en el derecho se puede argumentar todo lo que resulte necesario para llegar a la conclusión opuesta o a la conclusión que se desea.

Pero en todo caso, para lo anterior se deben aportar elementos suficientes que sustenten la conclusión. Lo que implica que es necesario hacer un análisis profundo, no partir de presunciones ni de presumir que porque ha estado presente en el sistema jurídico mexicano por casi 20 años y que antes era más grave porque tenía una naturaleza de sanción penal, el *alojamiento o privación de libertad* de personas *migrantes extranjeras sine permissum* y sin causas penales está bien y es constitucionalmente válido. Eso hemos demostrado que no es así desde varios ángulos.

Sobre todo, no perdamos de vista que lo que está en debate es la afectación de uno de los derechos humanos que se consideran más importantes y básicos: *la libertad personal*. Por lo que ello es un tema algo más allá de la soberanía y que, por la forma en la cual México reconoce el derecho a entrar, salir, viajar y residir en el territorio nacional, debe ser estudiado sin perder de vista que, por tanto, en México las personas migrantes extranjeras tienen reconocidos esos derechos.

Por lo que, toda afectación o intervención en éstos o vinculadas con ellos, debe ser especialmente vigilada en cuanto a su constitucionalidad. Una correcta sistematización de todas las normas constitucionales, sin que estas sean interpretadas en perjuicio de las personas migrantes extranjeras por las cargas

---

<sup>1398</sup> Véase *supra* notas 1216 y 1217.



*xenóforas* que aun existen en el país y los mitos que rodean a la migración (*supra* 1.1) deberían dar el resultado que hemos propuesto a lo largo de este trabajo.

En México estamos muy atrasados en ese tema y, como en otros ámbitos, estamos violando derechos humanos, afectando las vidas de miles de seres humanos y, con ello, haciendo irrelevantes los contenidos dogmáticos de nuestra Constitución.



## **VI. CONCLUSIONES**

A partir del análisis desarrollado a lo largo de las páginas anteriores, a continuación expondremos cinco conclusiones específicas en relación con cada uno de los capítulos (6.1.) y dos conclusiones generales (6.2).

### **6.1 Conclusiones específicas**

#### **A. Migración y la política de privación de libertad sin causas penales**

Muchos estudios sobre la migración humana suelen tener fuertes cargas subjetivas o partir de análisis fraccionados con conclusiones generalizadoras. Esa situación da origen a que la migración esté rodeada de mitos que no siempre son fáciles de controvertir ni comprobar ante las muy variadas metodologías que se utilizan para estudiarla y que, por ejemplo, tratándose sólo de cifras que es lo más común, pueden medir o contabilizar parcial y orientadamente una misma situación para satisfacer un fin en un momento histórico determinado.

La migración a través de las fronteras territoriales es una actividad humana que, por la disparidad de las leyes que han buscado regularla y lo difícil que es conocerla con precisión en muchas regiones del mundo y desde todos sus ángulos, más allá de algunas cifras, se ha convertido en un problema global. Su solución, difícilmente se encontrará cerrando fronteras, imponiendo complejos requisitos de ingreso, implementando costosos sistemas de control, criminalizando la migración y/o levantando nuevos muros.

La ubicación geográfica y en los mapas de la migración que tienen España y México, sitúa a ambos países como la última frontera terrestre sur-norte para acceder a regiones que se consideran con mayor desarrollo y bienestar. Pese a ello, España es un país tanto de inmigración como de emigración. Mientras que México es mayormente de emigración y tránsito.

La privación de libertad de personas migrantes extranjeras *sine permissum* y sin causas penales es una política migratoria de control. Sus antecedentes históricos se encuentran a mediados del siglo XIX en Estados Unidos y su creciente implementación alrededor del mundo se ha dado a partir de los años setenta y ochenta del siglo XX occidental.

España con el llamado *internamiento* previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y México con el denominado *alojamiento* contenido en la Ley de Migración, utilizan de manera activa en la actualidad la política de control migratorio consistente en la privación de libertad de personas migrantes *sine permissum* y sin causas penales por un plazo de hasta 60 días naturales y 60 días hábiles (con una excepción), respectivamente. Por tanto, ambas son medidas legalmente establecidas, pero no necesariamente acordes en todos sus ámbitos con los sistemas constitucionales de derechos humanos.

## B. Igualdad, no discriminación y extranjería

El principio de igualdad que en el Derecho se traduce en la igualdad ante la ley (en la ley [creación] y frente a la ley [aplicación]) es tan antiguo como los propios textos constitucionales e impregna a todo el sistema jurídico. En España está recogido en la Constitución como valor superior del ordenamiento (artículo 1.1), como principio formal y derecho subjetivo (artículo 14) y como mandato a los poderes públicos como igualdad material (artículo 9.2). En México no está expresamente contenido en la Constitución con la tradicional formulación generalizada, sino con diversas formulaciones que garantizan igualdad de oportunidades de los pueblos indígenas (artículo 2, apartado B), la igualdad ante la ley del varón y la mujer (artículo 4), la prohibición de conceder títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios (artículo 12), la igualdad ante tribunales (artículo 13) o la igualdad de salario sin importar sexo o nacionalidad (artículo 123, apartado A, fracción VII y apartado B, fracción V).

El principio de no discriminación es autónomo pero complementario del de igualdad. Con origen en el derecho

internacional de los derechos humanos ha transitado a los textos constitucionales modernos, siendo su principal función el salvaguardar la situación de algunos grupos humanos que históricamente han sido excluidos de la igualdad ante la ley. Tanto España (artículo 14) como México (artículo 1, quinto párrafo) lo contienen en sus textos constitucionales como un listado o cláusula enumerativa abierta respecto a la cual se prohíbe discriminar.

El origen nacional o nacionalidad es una de las categorías especialmente protegidas en todas las normas jurídicas que prohíben la discriminación. La discriminación por origen nacional o nacionalidad es una discriminación racial. A pesar de ello, cuenta con pocos desarrollos doctrinales por la aceptación tácita en muchos ordenamientos y en la práctica jurídica de la justificación que tiene un tratamiento diferenciado a las personas por su origen nacional, lo cual es un error, ya que, en esos tratos diferenciados se debe sospechar de discriminación y no presumir su justificación.

Los principios de igualdad y no discriminación son un límite a la facultad del Estado para regular la emigración, inmigración y extranjería (derechos, libertades y deberes), en la medida de que lo obligan a que toda distinción de trato sea debidamente justificada y tenga una razón de mucho peso que la sustente, prohibiéndole que lo único que justifique el trato diferenciado sea el origen nacional de las personas. Sin embargo, los textos constitucionales han excluido expresamente del alcance de ello a algunos derechos concretos: participación política, entrada al territorio y prohibición de expulsión; los cuales están siempre condicionados al previo otorgamiento por parte del Estado. Sin olvidar que en México el derecho de entrar, salir, viajar y residir en el territorio nacional está reconocido a toda persona.

Salvo los derechos antes mencionados y algunos otros que están expresamente condicionados no sólo por las constituciones sino también por los tratados de derechos humanos y algunos puntualmente establecidos en los textos constitucionales (defender a España ó servir al Ejército en México, entre otros, en ambos países), las personas migrantes extranjeras en España y México tienen reconocidos por la influencia de los tratados y lo que establecen sus artículos constitucionales 13.1 y 10.2, así como 11 y 1º párrafo segundo, respectivamente, los mismos derechos humanos que *toda*

*persona*. Sin que eso signifique que no se puedan establecer diferencias de tratamiento, siempre y cuando sean justificadas, razonables y proporcionales, y en todo caso, estrictamente establecidas dentro de esos márgenes por dirigirse a una categoría sospechosa.

### C. Libertad personal

El derecho a la libertad personal está reconocido en todas las normas jurídicas aplicables en España y México a *toda persona*, por lo que es uno de esos derechos humanos que tanto nacionales como extranjeros tenemos reconocidos en igualdad de circunstancias. Por tanto, en todos los casos, admite restricciones al no ser un derecho absoluto con independencia de a quién se le reconozca.

El *internamiento* de personas migrantes extranjeras en España está previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y además tiene respaldo en el artículo 15 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; así como en el artículo 5.1 f) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo que, a pesar de no estar previsto constitucionalmente como una forma en la cual se puede afectar la libertad personal, sí lo está previsto legal y convencionalmente.

El *alojamiento* de personas migrantes extranjeras en México está previsto en la Ley de Migración, por lo que es compatible en principio con lo que establece el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 16 de la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus familias. No está previsto como una forma de afectación de la libertad personal en la Constitución mexicana, en la cual sólo se contempla la *detención* con fines de expulsión prevista en su artículo 33. Sin que ambas figuras jurídicas se puedan considerar una sola.

La previsión legal de una forma de afectación de la libertad personal no es lo que determina su validez o admisibilidad en el sistema constitucional. Además de ello, debe satisfacer un conjunto de garantías (información de las razones de detención, presentación sin demora ante un juez, derecho a recurrir, etc.) y características que permiten determinar que no es arbitraria. Por lo que, para ser constitucionalmente admisible una medida que afecta la libertad personal no basta que sea legal, sino que además no debe ser arbitraria.

El llamado *internamiento* en España y el denominado *alojamiento* en México, por su grado o intensidad, al superar en ambos casos las 72 horas y ejecutarse en lugares cerrados, son privaciones de libertad con independencia del nombre que se les da y la naturaleza que les asignan las leyes que los prevén y regulan.

#### D. La privación de libertad denominada internamiento en España

La privación de libertad denominada *internamiento* que se ejecuta en los centros de internamiento de extranjeros sólo puede aplicarse sin causas penales en veintisiete supuestos específicos que derivan de tres supuestos generales: expulsión, denegación de entrada en frontera y devolución. Cualquier aplicación sin causas penales fuera de esos supuestos es una medida ilegal.

El Tribunal Constitucional de España ha declarado la validez constitucional del *internamiento* esencialmente por dos razones: a) por la intervención de un juez en su determinación y, b) por la debida fundamentación y motivación del auto que determina el internamiento. Sin embargo, no ha hecho evaluaciones de todos y cada uno de los supuestos que legalmente autorizan su aplicación, ni sobre la proporcionalidad de la medida en cada supuesto, ni de su plazo máximo, como tampoco si respeta los principios de igualdad y no discriminación.

En el *internamiento*, en cualquiera de sus supuestos, no es posible hablar jurídicamente de la existencia de discriminación en razón del origen nacional al no ser posible establecer un término de

comparación entre personas nacionales y extranjeras. Pero tampoco entre nacionales de países miembros de la Unión Europea no españoles y nacionales de otros países (terceros Estados), ya que de acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este último caso existe una razón de mucho peso que justifica el trato diferenciado: el sistema legal especial que se han dado los Estados miembros de la Unión y, derivado de ello, la ciudadanía europea.

El *internamiento* en España está previsto, regulado y admitido constitucionalmente como una medida cautelar. Sin embargo, sólo en algunos de los supuestos específicos que incluye el supuesto genérico de expulsión satisface esa naturaleza jurídica. No así en uno de los supuestos específicos de expulsión ni en todos los de denegación de entrada y devolución, en donde se asemeja más a una medida de ejecución forzosa. Atendiendo a eso y que un análisis de proporcionalidad exige que en la idoneidad se evalúe la existencia de una medida adecuada por medio de la cual se intervenga en el derecho que se restringe, en todo ese conjunto de supuestos en los que no se está en presencia de una medida cautelar no puede considerarse ni siquiera presuntivamente como idóneo a pesar de que sí se tenga una finalidad última constitucionalmente relevante.

El *internamiento* previsto como medida cautelar en España para los supuestos de expulsión, denegación de entrada en frontera y devolución no es una medida proporcional al no ser necesaria ni proporcional en sentido estricto. La falta de necesidad se demuestra al existir otras medidas menos lesivas por medio de las cuales se podría alcanzar el fin que se busca, incluso, sin afectar la libertad personal. La falta de proporcionalidad estricta se demuestra porque la injerencia en la libertad personal hasta por 60 días no satisface estrechamente la finalidad que se busca como consecuencia directa de la menor restricción. Por tanto, es una privación arbitraria de libertad que en consecuencia, la convierte en una medida contraria al sistema constitucional de derechos fundamentales.

## E. La privación de libertad denominada alojamiento en México

La privación de libertad denominada *alojamiento* que se ejecuta en las conocidas como estaciones migratorias sólo puede ser aplicada



sin causas penales en doce supuestos específicos que derivan de tres supuestos generales: deportación, regularización y retorno asistido. Para los casos de expulsión, la detención prevista constitucionalmente no cuenta en noviembre de 2015 con una ley que permita establecer cuáles serán los supuestos en que será aplicable. Por lo que fuera de los supuestos antes señalados, cualquier otra aplicación sin causas penales del alojamiento en estaciones migratorias es ilegal.

Cuando se concluye esta investigación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se ha pronunciado respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del *alojamiento* en estaciones migratorias. Cualquier análisis que desarrolle en el futuro ese tribunal deberá tener en cuenta, por una parte, los estándares que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a la detención con fines migratorios y, por otra parte, deberá estar atenta al supuesto específico que se someta a su análisis a fin de poder establecer conclusiones generales o particulares de acuerdo con ello. Siendo deseable que analice la igualdad, no discriminación y proporcionalidad como fue propuesto en este trabajo.

De conformidad con los estándares interamericanos existentes, se puede afirmar que el *alojamiento* es una privación de libertad arbitraria en la medida de que es la regla y no la excepción, es una política migratoria que se aplica de manera generalizada sin atender las circunstancias especiales caso por caso. Pero también por ser una medida que es decretada por una autoridad administrativa sin intervención ni revisión jurisdiccional y por contener un disuasorio de la intervención judicial al ampliar en esos casos de forma indefinida la privación de libertad. Todo lo cual incrementa su gravedad por ser aplicada en casos de niños y niñas migrantes, tanto no acompañados como con familia, así como en general a personas solicitantes de asilo y refugio.

Al reconocerse en México el derecho a entrar, salir, viajar y residir por el territorio nacional a *toda persona*, en algunos de los supuestos previstos en la Ley de Migración para la aplicación del internamiento sí es posible establecer la existencia de *discriminación* al generarse consecuencias jurídicas distintas a circunstancias de hecho en las cuales nos podemos colocar tanto nacionales como extranjeros, como por ejemplo, el entrar al país sin

cumplir los requisitos o por un lugar no autorizado, que se exige tanto a mexicanos como a extranjeros. Por lo que algunos de los supuestos que prevén la aplicación del alojamiento son discriminatorios, en la medida que la diferencia en la consecuencia jurídica que se genera se sustenta sólo en el origen nacional de las personas y no en razones justificadas, ni de mucho peso.

De conformidad con los contenidos vigentes de la Constitución, la Ley de Migración y otras normas aplicables, en México los términos expulsión y deportación no significan lo mismo y no pueden utilizarse indistintamente. Siendo esto especialmente relevante por todas las consecuencias jurídicas que puede generar, tanto en un análisis de igualdad y no discriminación, como para determinar los supuestos en que es aplicable el llamado alojamiento.

El *alojamiento* es una etapa del procedimiento administrativo migratorio, ninguno de sus supuestos tiene un fin expresamente establecido y su plazo se contabiliza en días hábiles por lo que no existe certeza respecto al máximo real. Además, si se interpone un recurso judicial o administrativo se convierte en indefinido. Al aplicársele el test de proporcionalidad, se muestra como carente de idoneidad, innecesario y desproporcional en sentido estricto en todos sus supuestos. Por tanto, también por estas razones, el denominado *alojamiento* es una privación de libertad arbitraria y como consecuencia de ello, una medida contraria al sistema constitucional de derechos humanos. Lo cual se agrava en los casos en que es aplicada a niños, niñas y personas solicitantes de asilo y refugio.

## **6.2 Conclusiones generales**

A. ¿Se puede afectar la libertad personal por motivos migratorios?

La libertad personal, independientemente a quién le sea reconocida, puede ser objeto de restricciones. Así, por motivos migratorios es una de esas razones admisibles expresamente como lo reconocen las diversas normas jurídicas que han sido analizadas en este trabajo. No obstante ello, no cualquier afectación puede ser admisible.

Bajo esa premisa y todo lo que se ha estudiado en este trabajo, consideramos que cualquier supuesto en la cual se pueda afectar la libertad personal de una persona migrante extranjera *sine permissum* y sin la existencia de causas penales debe encontrarse dentro de los siguientes parámetros:

- i. Ser una detención o arresto. Es decir, independientemente de la denominación que se le dé, la intensidad o grado de su ejecución no debe superar en ningún caso las 72 horas.
- ii. Tener un fin constitucionalmente imperativo establecido en ley. Esto es, que esté establecida en ley suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación en la que sin duda alguna señale qué es lo que motiva esa detención o arresto de hasta 72 horas: prevenir la entrada no autorizada de la persona en el país, lograr la efectiva salida de una persona del territorio, asegurar que una persona a quien no se le permite entrar al territorio regrese al lugar del que proviene, asegurar su presencia para dar cumplimiento a la resolución que se dicte en el procedimiento que se le siga, asegurar que una persona que ha cometido un acto contrario a la ley no permanezca en el territorio, etc.
- iii. Estar vinculada con un procedimiento de estricta naturaleza migratoria en el que el resultado final de éste sea alguna de las finalidades señaladas en el punto anterior.
- iv. Ser de carácter excepcional. Lo que significa que no debe aplicarse en todos los casos, sino sólo en aquellos en que sea esencialmente necesario o imprescindible para cumplir con los fines que se buscan.
- v. Ser la última opción de al menos dos previas que no impliquen afectación a la libertad personal. Esto es, estar integrada en un sistema de medidas que busquen garantizar los fines que se tienen y que sólo cuando esos al menos dos previos no funcionen, se pueda aplicar como única y última medida. Preferentemente como medida de ejecución ante el incumplimiento voluntario.
- vi. Depender de la acreditación de los todos los elementos materiales necesarios para cumplir con los fines que se tienen. Es decir, al ser la última opción disponible, esto

significa que a su vez los demás elementos que harían posible el cumplimiento del fin ya se tienen al momento en que se lleva a cabo ésta: resolución definitiva y firme, costos de salida, admisión en el lugar de destino, incumplimiento de medidas previas e inexistencia de peligro para la persona.

- vii. Ser dictada por autoridad jurisdiccional con competencia en el tema central si no deriva de un procedimiento que pueda ser sometido a revisión judicial. Esto es, al ser la migración y extranjería asuntos de derecho administrativo, el juez debe ser de ese ámbito para que pueda evaluar los puntos anteriores y tenga pleno conocimiento de los supuestos en que es aplicable y las características de cada uno.
- viii. Ejecutarse en lugares apropiados y con las condiciones necesarias para ello. Es decir, no basta que sean lugares sin características penitenciarias, sino también que cuenten con las condiciones de estancia necesarias y suficientes.
- ix. Prever una especial protección y garantías para los supuestos que involucren a mujeres, niños y niñas, personas con discapacidad, minorías étnicas o raciales y cualquier otro grupo históricamente discriminado. Esto es, prever los casos en que podría presentarse una discriminación múltiple. Sin olvidar en el caso de niñas y niños la medida nunca puede dirigirse o justificarse en éstos.
- x. Otorgar todas las garantías de una persona privada de libertad.

Aún con esa configuración y posibilidades en un sistema de medidas subsecuentes, siempre es deseable pensar primero en medidas alternativas<sup>1399</sup> que deberían o podrían ser aplicables en

---

<sup>1399</sup> Véase, por ejemplo: De Bruycker, Philippe (Ed.), *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, Institute for European Studies of the Université Libre de Bruxelles, 2015; European Commission, *The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2014*; Sampson, Robyn and Mitchell, Grant, “Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales”, en *Journal on Migration and Human Security*, Vol. 1, No. 3, 2013, pp. 97-121; International Detention Coalition, *Dignidad sin excepción: Alternativas a la detención migratoria en México*, México, 2013; Et. al., “Alternatives to detention” en *Forced Migration Review*,

sustitución total del *internamiento* en España y el *alojamiento* en México, así sea reducida su temporalidad al mínimo.

## B. ¿Se criminaliza<sup>1400</sup> la migración con la privación de libertad sin causas penales?

Las privaciones de libertad sin causas penales de personas migrantes *sine permissum* y por infracciones administrativas por largos periodos y en lugares cerrados, a pesar de estar reguladas en leyes de naturaleza administrativa y desarrollarse en lugares calificados como no penitenciarios o carcelarios, han construido y construyen en la sociedad la percepción de que las personas migrantes extranjeras *sine permissum* o que han cometido infracciones administrativas son delincuentes y un riesgo para el orden público y la seguridad<sup>1401</sup>.

Esto es así, ya que al estar previsto en los sistemas legales tanto de España como de México, al igual que otros tantos países, toda medida privativa de libertad superior a 72 horas y en espacios bajo custodia policial sólo para conductas vinculadas con la comisión de delitos, el mensaje criminalizador es innegable. En el caso de México eso se ve reforzado aún más porque la privación de libertad

---

Issue 44, September 2013, pp. 40-69; Edwards, Alice, *Volver a lo esencial: El derecho a la libertad y la seguridad de la persona y las 'alternativas a la detención' de refugiados, solicitantes de asilo, apátridas y otros migrantes*, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados International, Ginebra, 2011; International Detention Coalition, *There Are Alternatives. A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, Melbourne, Australia, 2011; Amnistía Internacional, *Migrantes y solicitantes de asilo irregulares: alternativas a la detención relacionada con la inmigración*, Madrid, 2009.

<sup>1400</sup> Por criminalización entendemos lo que también se conoce como “Etiquetamiento” o “Targeting”, que es un concepto criminológico extraído de la sociología que describe el proceso de construcción social del criminal o delincuente. Véase: Serrano Maíllo, Alfonso, Introducción a la Criminología, Dykinson, Madrid, 2004, p. 374.

<sup>1401</sup> Cfr. Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, Seventeenth session, Agenda item 3, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, A/HRC/17/33, 21 March 2011, párr. 10-25, especialmente párr. 19.

se aplica por regla general y no como excepción en el procedimiento administrativo migratorio.

La línea entre haber cometido una conducta contraria a la ley y una conducta criminal es delgada. Sin embargo, no toda conducta ilegal es criminal, aunque toda conducta criminal implique ilegalidad. Por lo que, cuando una de las más graves consecuencias de la comisión de conductas criminales (privación de libertad) es aplicada a ilícitos administrativos, aunque no se le califique como pena, la construcción social lleva a equiparar y calificar de forma igual actos que deberían ser plenamente diferenciados.

Esa construcción se refuerza con la cada vez más constante vinculación de las políticas migratorias con las de seguridad (incluso de seguridad nacional), contribuyendo a crear una incorrecta asociación entre migración *sine permissum* y/o infracciones administrativas y delincuencia<sup>1402</sup>. Eso ocurre en el caso de los dos países que analizamos, pero también en otros, ya que como ha quedado establecido, la afectación a la libertad personal sin causas penales se vincula en un importante número de supuestos con los “antecedentes”, “representar un peligro” o “comprometer” el orden público, la seguridad pública o seguridad nacional.

En los casos de España y México, todo lo anterior es confirmado cuando a supuestos que van desde la falta de renovación de permiso de residencia, el incumplimiento de requisitos de entrada, la comisión de una infracción administrativa y los sí vinculados a cuestiones penales, se les puede aplicar y aplica la misma medida, en los mismos lugares, bajo los mismos plazos, aun cuando algunas de esas conductas ni siquiera son infracción administrativa, sino un simple incumplimiento de un requisito establecido en Ley.

En ese sentido, el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias de Naciones Unidas ha establecido que:

---

<sup>1402</sup> Cfr. Kasli, Zeynep, “Criminalising and Victimising the Migrant: Reflections on the UN Protocol and UNHCR’s Position against Smuggling”, en *Oxford Monitor of Forced Migration*, Vol. 1, No. 2, October 2011, pp. 64-68.

“la detención de personas migrantes utilizada como un mecanismo de control migratorio, constituye una respuesta desproporcionada, arbitraria, inadecuada e ineficaz para dar respuesta al creciente fenómeno de la inmigración irregular, criminaliza la migración irregular y produce un grave impacto en el ejercicio de los derechos de las personas migrantes.<sup>1403</sup>”

No obstante lo antes establecido, también es cierto que hay quien opina que ante la realidad que sufren un gran número de personas migrantes *sine permissum*, la protección de un proceso penal (criminal) podría mejorar el estatus legal de las personas migrantes<sup>1404</sup>. Situación que, en muchas latitudes nos está llevando, por ejemplo, en el caso de los centros de detención de personas migrantes, a pedir que, al menos, se les trate a quienes son ahí privadas de libertad como se hace en un centro penitenciario que por regla general en todos los países está sometido a más altos estándares en cuanto a garantías y condiciones de estancia.

Pero en todo caso, la solución no pasa por mejorar las condiciones de privación de libertad con su equiparación u homologación penal, sino en que no se lleven a cabo en el grado e intensidad superior a 72 horas al ser éstas, como antes se demostró para los casos de México y España, innecesarias y desproporcionales en todos los supuestos que prevén sus respectivas legislaciones de migración y extranjería.

Lo anterior puede ser debatible en cuanto a sus efectos comprobables en uno y otro país. Sin embargo, negar lo antes señalado puede ser en muchos casos una manifestación de la también creación sociológica conocida como *discriminación*

---

<sup>1403</sup> Aportes del Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios para el Comentario General Nro. 35 del Comité de Derechos Humanos, sobre “el derecho a la libertad y la seguridad personal: artículo 9, disponible en: [www.ohchr.org/.../GConArticle9/ContributionCMW\\_DGC9\\_sp.doc](http://www.ohchr.org/.../GConArticle9/ContributionCMW_DGC9_sp.doc) (consultado el 15 de diciembre de 2014)

<sup>1404</sup> Véase en ese sentido, los capítulos 2, 3, 4 y 13 del libro: Franko Aas, Katja and Bosworth, Mary, *The Borders of Punishment. Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press, 2013.

*institucionalizada o institucional*<sup>1405</sup>, esto es, de la normalización de todo acto, conducta o comportamiento dirigido a un grupo históricamente discriminado o excluido, sin cuestionarse la moralidad o legitimidad de éstos, sino que los supone como válidos porque los recoge una norma jurídica que se dirige primordialmente a ese grupo y no “a los nuestros”.

Discriminación institucionalizada que en nuestro objeto de estudio también se ha visto reflejada cuando parece irrelevante el cuestionarse si en todos los supuestos a los que se dirige la afectación a la libertad personal se está en la misma situación o si la figura jurídica en que se ampara es en verdad lo que el término representa, un eufemismo o una desviación legal de lo que en realidad se lleva a cabo. Pero también cuando sin análisis se presume como correcta e incluso justificada porque se piensa sólo en un tipo de personas migrantes extranjeras como las únicas destinatarias de la medida que priva de libertad sin ocuparse del conjunto de supuestos que pueden dar origen a la misma y, con ello, la multiplicidad de sus destinatarias de acuerdo al contenido de las normas que la regulan.

Ante esa realidad y lo que antes hemos demostrado, parece evidente que la solución no pasa ni está en privar de la libertad. “Si la [privación de libertad] es la solución, nosotros tenemos que preguntarnos ¿cuál es el problema?”<sup>1406</sup>

---

<sup>1405</sup> Véase *supra* nota 1108.

<sup>1406</sup> *Cfr.* Bosworth, Mary, *Inside Immigration Detention*, *op. cit.*, p. 223.



## Bibliografía

### a) Artículos, libros e informes

- 51 peruanas en España. Testimonios de éxito*, Trama- Fundación para la Promoción del Perú en España-Casa América, Madrid, 2014.
- Abarca Junco, Ana Paloma, *et. al.*, (Eds.), *El extranjero en el Derecho español*, UNED-Dykinson, Segunda edición, Madrid, 2015.
- Abbott K. and Snidal D, “Why States Act Through Formal International Organizations”, en *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 42, Issue 1, 1998.
- Aboites Aguilar, Luis, “Movimientos de población, 1870-1930. ¿La reanimación del centro y el crecimiento del norte forman un nuevo país?”, en Alba, Francisco, Castillo, Miguel Ángel y Verduzco, Gustavo (Coords.), *Migraciones internacionales*, El Colegio de México, México, 2010.
- Acosta Arcarazo, Diego, “The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: is the European Parliament becoming Bad and Ugly? (the Adoption of Directive 2008/115 : the Returns Directive)”, en Guild, Elspeth and Minderhoud, Paul, *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Nijhoff, Leiden, 2012.
- , “The Returns Directive: Possible Limits and Interpretation”, en Zwaan, Karin (Ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2011.
- Aláez Corral, Benito, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- Alexy Robert, “Reasonableness of the Law” en Bongiovanni Giorgio, Sartor Giovanni, Valentini Chiara (Ed.), *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, 2009.
- , “La fórmula del peso”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- , *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, New York, 2002.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Alonso García, Enrique, “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución”, en *Revista de Administración Pública*, Núms. 100-102, enero-diciembre 1983.
- Alonso García, Ricardo y Sarmiento, Daniel, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Navarra, España, 2006.
- Alted Vigil, Alicia, “Emigración al norte de África y a Francia”, en *Atlas de las migraciones. Las rutas de la humanidad*, Le Monde diplomatique en español-UNED, Valencia, 2010.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Directrices del sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención*, publicadas en 2012.
- Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “La jurisprudencia en la nueva ley de amparo”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 35, 2013.

- Álvarez García, Francisco Javier y Queralt Jiménez, Argelia, “El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (Art. 5 CEDH)”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- Alvez, Amaya, “¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional?” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 253, enero-junio 2010.
- Amnistía Internacional, *Migrantes y solicitantes de asilo irregulares: alternativas a la detención relacionada con la inmigración*, Madrid, 2009.
- Amobos, Kai y Böhm, María Laura, “La desaparición forzada de personas como delito penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa”, en Ambos, Kai (Coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Temis, Bogotá, 2009.
- Amrhein, Sandra; Danielson, Laura; Yale-Loehr, Stephen; Lindquist, Ariana, *Green Card Stories*, Umbrage, New York, 2011; Harding, Jeremy, *Reservado el derecho de admisión. La emigración ilegal a las puertas del s. XXI*, Edhasa, Barcelona, 2001.
- Amuchastegui González, Jesús, “Libertad, igualdad fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 6, 1989.
- Anderson, Bridget; Blinder, Scott, “Who Counts as a Migrant? Definitions and their Consequences” en *Migration Observatory Briefing*, COMPAS, University of Oxford, UK, August 2014.
- Andersson, Ruben, *Illegality, Inc. Clandestine Migration and the Business of Bordering Europe*, University of California Press, 2014.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, “Viaje a la prehistoria de las garantías: la modernización de la Ley Corcuera”, en *Revista de Jueces para la Democracia. Información y Debate*, No. 13, 2/91, 1991.
- Andrés Sanchis, Elsa, “La entrada ilegal de extranjeros en España y su tipificación como infracción administrativa”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, No. 4, 2003.
- Añón Roig, María José, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, en *Isonomía*, No. 39, octubre 2013.
- , *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001.
- Aparicio Wilhelmi, Marco, “El reconocimiento constitucional de los derechos de las personas extranjeras: breve aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Derecho de la inmigración y derecho de la integración. Una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España, Quebec y Cataluña*, Institut d’Estudis Autònoms-Universitat de Girona, Girona, 2002.
- Appiah, Anthony K., “Ciudadanos del mundo” en Gibney, Matthew J., *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2004.
- Aquino Moreschi, Alejandra, “Cruzando la frontera: experiencias desde los márgenes”, en *Frontera Norte*, Vol. 24, No. 47, enero-junio 2012.
- Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.

- Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002.
- Arango, Joaquín, “La explicación teórica de las migraciones: luz y sombra”, en *Migración y Desarrollo*, No. 01, octubre 2001.
- Araujo Rentería, Jaime, “Los métodos de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Montevideo, 2006.
- Arias, Karina, “Redes de migrantes y derechos humanos” en *Migración y Desarrollo*, Red Internacional de Migración y Desarrollo, No. 3, México, 2004.
- Arnold, Rainer, Martínez Estay, José Ignacio y Zuñiga Urbina, Francisco, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10, No. 1, 2012.
- Arnulf, Anthony, *The European Union and its court of justice*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Arrese, Ma. Nieves, “Art. 5. Derecho a la libertad y a la seguridad”, en Lasagabaster Herrarte, Iñaki (Director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Segunda Edición, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, España, 2009.
- Arriba y Castro, Benjamín, “Doctrina pontificia sobre la emigración”, en *Los problemas de la emigración española: Semanas Sociales de España, XVIII Semana Vigo-Santiago*, Secretariado de la Junta Nacional de Semanas Sociales, Madrid, 1959.
- Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, *Centros de Internamiento y Retención en España*, octubre 2008.
- Asúa Batarrita, Adela, “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración”, en Lorenzo Copello, Patricia (Coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Augoustinos, Martha and Walker, Iain, “The Construction of Stereotypes within Social Psychology. From Social Cognition to Ideology”, en *Theory & Psychology*, Vol. 8, No. 5, October 1998.
- Austin MacCormick, “The Prison's Role in Crime Prevention”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 41, Issue 1, 1950.
- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, 1954.
- Azcárate Luxan, Blanca, “Emigración económica a Europa (1960-1973)”, en *Atlas de las migraciones. Las rutas de la humanidad*, Le Monde diplomatique en español-UNED, Valencia, 2010.
- Azuela Güitrón, Mariano, “La Suprema Corte de Justicia de México, genuino tribunal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002
- Baer, Susanne, “Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court”, en *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 5, 1999.
- Bana cloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGrawHill, Madrid, 1996.
- Bandeira Galindo, George Rodrigo, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Bandeira Galindo, George Rodrigo; Urueña, René; Torres Pérez, Aida (Coords.), *Protección multinivel de derechos*

- humanos*, Manual, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013.
- Barnard, Catherine and Gehring, Markus W. (Eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 14, 2011-2012, Hart Publishing, Oxford, 2012.
- Barnes, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5, septiembre-diciembre 1998.
- , “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”, en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5, septiembre-diciembre 1998.
- , “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, 135, septiembre-diciembre 1994.
- Barrena, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.
- Barrett, Martyn, *Interculturalism and Multiculturalism: similarities and differences*, Council of Europe, Strasbourg, 2014.
- Bartolomé Clavero Salvador, “Derechos (no tan) humanos”, en *Jueces para la democracia*, Nº 30, 1997.
- Basilien-Gainche, Marie-Laure, “Immigration Detention under the Return Directive: the CJEU Shadowed Lights”, en *European Journal for Migration and Law*, No. 17, 2015.
- , “Detention under control. A deceptive upheaval?”, Comment on CJEU, 5 June 2014, Bashir Mohamed Ali Mahdi, C-146/14 PPU”, en *EU Law Analysis*, 2014.
- Bauböck, Rainer (Ed.), *Migration and Citizenship. Legal Status, Rights and Political Participation*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2006.
- Bauder, Harald, “Equality, Justice and the Problem of International Borders: The Case of Canadian Immigration Regulation”, en *An International E-Journal for Critical Geographies*, Vol. 2, 2003.
- Bayefsky, Anne F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, No. 1-2, 1990.
- Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- Becerra Ramírez, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
- Bello, Eduardo, “La piedra de toque del liberalismo, la igualdad”, en *Revista de Filosofía*, No. 27, Murcia, 2002.
- Benedicto Rodríguez, Rubén, “Liberalismo y comunitarismo: un debate inacabado”, en *STVDIVM. Revista de Humanidades*, No. 16, Zaragoza, 2010.
- Benhabib, Seyla, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- Benn, Stanley, *A Theory of Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- Berlin, Isaiah and Hardy, Henry, *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 2002.

- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- Bernal, Beatriz, “México y Cuba: caminos divergentes en materia de expulsión de extranjeros”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 8, 1996.
- Bernaldo de Quirós, Constancio, *La Emigración obrera en España después de la guerra*, Instituto de Reformas Sociales, Madrid, 1920.
- Bernstein, David Martin, “Stumbling on the essential content of a right : an insurmountable hurdle for the state?”, en *University of South Africe*, Pretoria, 1996.
- Beutin, Rickelf, Canoy, Marcel, Horvath, Anna, Hubert, Agnes, Lerais, Frédéric, Smith, Peter and Sochacki, Myriam, “Migration and Public Perception.” en *Bureau of European Policy Advisers (BEPA)*, European Commission, Brussels, 2006.
- Bilsborrow, Richard E., “Temas metodológicos claves en el estudio de la migración en países en desarrollo: teoría, recolección de datos y políticas”, en Pinto da Conha, José Marcos (Ed.), *Mobilidade espacial da população. Desafios teóricos e metodológicos para o seu estudo*, Unicamp, 2011.
- , (et. al), *International migrations statistics: guidelines for improving data collection systems*, International Labor Office, Geneva, 1997.
- Bindman, Geoffrey, “Proof and Evidence of Discrimination”, en Hepple, Bob and Szyszczak, Erika (Eds.), *Discrimination: The Limits of Law*, Mansell, London, 1992.
- Blanes Rodríguez, Estrella, “Reflexiones sobre las sanciones a la estancia ilegal y entrada ilegal de los extranjeros, previstas en la Ley 4/2000, y el principio de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el derecho de audiencia y tutela judicial cautelar”, en *Estudios de derecho judicial*, No. 41, 2002.
- Blázquez Navarro, Irene; Díez-Hochleitner, Javier; Frutos Miranda, Javier (Coords.), *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2012.
- Blitz, Brad K., *Migration and Freedom. Mobility, Citizenship and Exclusion*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2014.
- Blum, Lawrence, *I’m Not a Racist, But... The Moral Quandary of Race*, Cornell University Press, Ithaca, 2002.
- Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta-Ilsa, Bogotá, 2009.
- Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós-ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993.
- , “Para una clasificación de las normas jurídicas”, en Ruiz Miguel, Alfonso (Ed.), *Contribución a la teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *State, Society and Liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law*, Berg, New York-Oxford, 1991.
- Bogusz, Barbara; Cholewinski, Ryszard; Cygan, Adam and Szyszczak, Erika (Eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004.
- Bonomolo, Alessandra and Kirchgaessner, Stephanie, “UN says 800 migrants dead in boat disaster as Italy launches rescue of two more vessels”, *The Guardian*, Europe, Monday 20 April 2015, disponible en:

<http://www.theguardian.com/world/2015/apr/20/italy-pm-matteo-renzi-migrant-shipwreck-crisis-srebrenica-massacre>

- Borjas, George J, and Trejo, Stephen J., “National origin and immigrant welfare reciprocity”, en *Journal of Public Economics*, Vol. 50, No. 3, March 1993.
- Borrajo Iniesta, Ignacio, “El status constitucional de los extranjeros”, en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo 2, Madrid, Civitas, 1991.
- Bosworth, Mary, *Inside Immigration Detention*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- , “Can Immigration Detention Centers be Legitimate? Understanding Confinement in a Global World”, en Franko Aas, Katja and Bosworth, Mary, *The Borders of Punishment. Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press, 2013.
- Brenner, Neil, “The limits to scale? Methodological reflections on scalar structuration”, en *Progress in Human Geography*, Vol. 25, December 2001, Manchester.
- Brian, Tara and Laczko, Frank, *Fatal Journeys: Tracking Lives Lost During Migration*, International Organization for Migration, Geneva, 2014.
- Brochmann, Grete and Hammar, Tomas, *Mechanisms of Immigration Control: A Comparative Analysis of European Regulation Policies*, Berg, Oxford-New York, 1999.
- Brouwer, Evelien and De Vries, Karin, “Third-country nationals and discrimination on the ground of nationality: article 18 TFEU in the context of article 14 ECHR and EU migration law: time for a new approach”, en Van den Brink, Marjolein; Burri, Susanne en Goldschmidt, Jenny (Eds.), *Equality and Human Rights: Nothing But Trouble?*, Liber amicorum Titia Loenen, 2015.
- Brunner, Emil, *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, Traducción de Luis Recaséns Siches, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.
- Bueno Arus, Francisco, “Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 22, Mes 2, 1969.
- Burdeau, Georges, *Les libertés publiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972.
- Cabañas García, Juan Carlos, *El Derecho a la igualdad en la Aplicación Judicial de la Ley*, Aranzandi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- Cahn, Steven M. (Ed.), *The Affirmative action debate*, Routledge, New York, 1995; Rosenfeld, Michel, *Affirmative action and justice: a philosophical and constitutional inquiry*, Yale University Press, 1991.
- Camposi, Giuseppe, “Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea” en *Revista Crítica Penal y Poder*, OSPDH. Universidad de Barcelona, No. 3, septiembre 2012.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto, “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Méndez, Juan E., y Cox, Francisco, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1999.
- Cantle, Ted, *Interculturalism. The New Era of Cohesion and Diversity*, Palgrave MacMillan, United Kingdom, 2012

- Carbonell, Miguel, “La xenofobia constitucionalizada”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 246, 2006.
- , (Comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.
- Carens, Joseph H., *Immigrants and the Right to Stay*, A Boston Review Book, The MIT Press, Cambridge, Mass. – London, England, 2010.
- , “Open borders and liberal limits: A response to Isbister”, en *International Migration Review*, Vol. 34, Issue 2, 2000.
- , “Aliens and citizens: The Case for open borders”, en *Review of Politics*, No. 49, 1987.
- Carhuachín, César, “Lenguaje y discriminación: Una perspectiva latina en los Estados Unidos de América” en *Realitas*, Revista de Ciencias Sociales, Humanas y Artes, Vol. 1, No. 2, julio-diciembre 2013.
- Carmona Cuenca, Encarnación, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 84, abril-junio 1994.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Salazar Ugarte, Pedro (Coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.
- , “La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El Caso de México”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (Coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, SRE y Corte IDH, 2009.
- Carnoy, Martin, *La educación como imperialismo cultural*, Siglo XXI, México, 1977.
- Carpizo, Jorge, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLIV, No. 131, mayo-agosto 2011.
- Carrasco Perera, Ángel, “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 11, 1984.
- Casadevall Medrano, Josep, *El Conveni europeu de drets humans*, el Tribunal d’Estrasburg i la seva jurisprudencia, Bosch Internacional, Barcelona, 2007.
- Casal H. Jesús María, *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.
- Casal, Jesús María, “Artículo 7. Derecho a la libertad personal”, en Steiner Christian y Uribe Patricia (Coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, Bolivia, 2014.
- , *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- Cassese, Antonio, *Inhuman States. Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today*, Polity Press, Cambridge, 1996.

- Castilla Juárez, Karlos A., *Los derechos humanos de las personas migrantes extranjeras en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015.
- , “La protección de derechos de las personas migrantes extranjeras en 35 años de jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Saiz Arnaiz, Alejandro (Coord.), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de garantía de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2015 (en edición)
- , "Igualdad ante la ley" en *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014.
- , “Ley de Migración mexicana: algunas de sus inconstitucionalidades” en *Revista Migración y Desarrollo*, Red Internacional de Migración y Desarrollo, No. 23, Vol. 23, segundo semestre de 2014, México.
- , “Delimitando a força jurídica da jurisprudencia da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, en *Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. 2, No. 1, jan-jun 2014.
- , “Sobre la fuerza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Jueces para la Democracia*, No. 78, 2013.
- , “Igualdad y ciudadanía en un contexto de migración mundial ¿Son conceptos compatibles desde una perspectiva de derechos humanos?”, *Informe 2013 L'Estat del Racisme a Catalunya*, S.O.S. Racisme, Barcelona, 2013.
- , “Migración irregular y políticas migratorias bajo el análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el Caso Nadege Dorzema y otros”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 95, enero-abril 2013.
- , "¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen XIII, 2013.
- , *25 años de jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de las excepciones preliminares de 1987 a los derechos interpretados en 2012*, Editorial Ubijus, México, 2013.
- , *Acceso efectivo a la justicia. Elementos y caracterización*, Porrúa, México, 2012.
- , “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año 9, No. 2, 2011.
- Castillo Córdova, Luis, “La aplicación del principio de proporcionalidad a través del *habeas corpus*”, en Castillo Córdova, Luis, *En defensa de la Libertad Personal. Estudios sobre el habeas corpus*, Palestra, Lima, 2008.
- Castles, Stephen, “Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales” en *Migración y Desarrollo*, Red Internacional de Migración y Desarrollo, Vol. 7, No. 15, México, 2010.
- Cavalli-Sforza, Luca y Francesco, *Quiénes somos. Historia de la diversidad humana*, Crítica-Drakontos, Barcelona, 1994.
- Cavas Martínez, Faustino (Dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011.
- Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova AC, de Tapachula; FM3 Paso Libre, de Guadalajara; Casa del Migrante de Saltillo, Coahuila; la Universidad



- Iberoamericana; el Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría SJ, de Puebla, y Sin Fronteras IAP, *Derechos Cautivos. La situación de las personas migrantes y sujetas a protección internacional en los centros de detención migratoria: siete experiencias de monitoreo desde la sociedad civil*, México, 2015.
- Cerdá Martínez-Pujalte, Carmen María, “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación”, en Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Universitat de Valencia, No. 50/51, 2005.
- Ceriani Cernadas, Pablo (Coord.), *Niñez Detenida. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*, Fontamara, Lanús y México, 2013.
- , “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, en *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 6, No. 10, junio de 2009.
- , “La Directiva de Retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 5, enero 2009.
- Cerri, Augusto, “Uguaglianza (principio costituzionale di)”, en *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988-1997.
- Checa, Francisco (Ed.), *Las migraciones a debate. De las teorías a las prácticas sociales*, Icaria, Barcelona, 2002.
- Chocrón Giráldez, Ana María, *Control judicial de las privaciones de libertad de los extranjeros en situación irregular*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Cholewinski, Ryszard, *Irregular migrants: access to minimum social rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2005.
- Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, ábaco-Universidad Austral, Buenos Aires, 2004.
- , *El conflictivismo en los Derechos Fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000.
- Claro da Fonseca, Sara, “Immigrants and members of visible minorities as candidates for elective office”, en Bird, Karen, Saalfeld, Thomas and Wüst, Andreas M. (Eds.), *The Political Representation of Immigrants and Minorities. Voters, parties and parliaments in liberal democracies*, Routledge, London and New York, 2001.
- Cleveland, Janet, “Psychological harm and the Case for alternatives”, en *Forced Migration Review*, Detention, alternatives to detention, and deportation, Issue 44, September 2013.
- Cobrerros Mendazona, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 81, septiembre-diciembre 2007.
- Cohen-Eliya, Moshe and Porat, Iddo, “Proportionality and the Culture of Justification”, en *American Journal of Comparative Law*, Vol. 59, 2011.
- Cole David, “In Aid of Removal: Due Process Limits on Immigration Detention”, en *Emory Law Journal*, Vol. 51, 2002.
- Cole, Phillip, *Philosophies of Exclusion: Liberal Political Theory and Immigration*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2000.

- Colmegna, Pablo Damián, “Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, Año VI, No. 8, 2012.
- Colussi, Marcelo, “Migraciones: ¿un problema para el siglo XXI?”, en *Revista de Educación y Cultura. Docencia*. No. 14, agosto 2005, Lima, Perú.
- Comanducci, Paolo, “Igualdad liberal, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 3, No. 2, octubre de 1998, Buenos Aires.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *Situación de los centros de Internamiento para Extranjeros en España. Conversaciones junto al muro*, Informe Técnico realizado por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) en el marco del estudio europeo DEVAS, diciembre de 2009.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados*, OAS/Ser.L/V/II.155, Doc. 16, 24 de julio de 2015.
- , *Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 48/13, 30 de diciembre 2013.
- , Informe N° 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star y otros vs. México, 13 de abril de 1999.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe Especial sobre secuestro de migrantes en México*, México, 22 de febrero de 2011.
- , *Marco jurídico y funcionamiento de las estaciones migratorias en México*, México, 1997, pp. 42-44.
- Comité Económico y Social Europeo, *El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración*, Dictamen de iniciativa, Bruselas, 4 de noviembre de 2009.
- Compilación Histórica de la Legislación Migratoria en México. 1821-2000*, Instituto Nacional de Migración, México, 2000.
- Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Estancia Controlada de Extranjeros*, Pleno del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 8 de noviembre de 2012.
- Córdoba Roda, Juan, “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, en *Revista de Sociología*, Vol. 13, Universitat Autònoma de Barcelona, 1980.
- Cornelise, Galina, *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Libertad personal*, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, No. 8, San José, C.R., 2015.
- , *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad (artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Corte IDH, San José, C.R., 2010.
- Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, UNAM, México, 2011.

- Costa, Pietro, “La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione archeologica”, en Zolo D. (Ed.), *La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1997.
- Costello, Cathryn, “Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 19, No.1, Winter 2012.
- Council of Europe, European Commission of Human Rights, *Preparatory Work on Article 5 of the European Convention on Human Rights*, DH (56) 10, Or. Fr., Strasbourg 8th August 1956.
- Court of Justice of the European Union, *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case Law*, Springer, 2013.
- Covarrubias Cuevas, Ignacio, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, No. 2, Santiago, 2012.
- Cranston, Maurice, *What are Human Rights?*, en Laqueur, W. and Robin B. (Eds.), *The Human Rights Reader*, Temple University Press, Philadelphia, 1977.
- Criado, María Jesús, *La línea quebrada. Historias de vida de migrantes*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001.
- Cruz Angulo, Javier, “Ley de Migración y derechos fundamentales”, en Schiavon, Jorge A y Díaz Prieto, Gabriela, *Estudios de Caso. Fortalecimiento de capacidades de las Cancillerías centroamericanas en materia consular para la defensa y protección de los derechos humanos de las personas migrantes*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, 2011.
- Cuenca Gómez, Patricia, “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 12, Segunda Época, 2012.
- Curtin, Philip D., *The Atlantic Slave Trade. A Census*. The University of Wisconsin Press, Madison, 1969.
- Darwin Charles, *The Descent of Man*, Penguin Classics, England, 2004.
- Daunis Rodríguez, Alberto, “Reglamento de los centros de internamiento de extranjeros: una nueva oportunidad perdida”, en *Diario La Ley*, N° 8418, Sección Doctrina, 11 de Noviembre de 2014.
- Dauvergne, Catherine, *Making People Illegal. What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge University Press, New York, 2008.
- Davidson, Scott, *The Inter-American Court of Human Rights*, Dartmouth, Aldershot, U.K., 1992.
- De Bruycker, Philippe (Ed.), *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, Institute for European Studies of the Université Libre de Bruxelles, 2015.
- De Guchteneire, Paul; Pécoud, Antoine and Cholewinski, Ryszard, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- De Haas, Hein, “Migration and Development: A Theoretical Perspective”, en *International Migration Review*, Vol. 44, Spring 2010.
- , “International Migration, Remittances and Development: myths and facts”, en *Third World Quarterly*, Vol. 26, No. 8, December, 2005.
- De la Torre, Carlos, *El derecho a la no discriminación en México*, Porrúa, México, 2006.

- De Llera Suárez-Bárcena, Emilio, “La Policía Judicial y la seguridad ciudadana”, en *Poder Judicial*, septiembre de 1993.
- De Lucas, Javier, “La igualdad ante la ley”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, J. Francisco, *El derecho y la justicia*, Trota-Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
- De Rudder, Véronique, “Quelques problèmes épistémologiques liés aux définitions des populations immigrantes et de leur descendance” en Aubert, F.; Tripier, M. y Vourc’h, F., *Jeunes issus de l’immigration: de l’école à l’emploi*, CIEMI-L’Harmattan, París, 1997.
- De Siervo, U., “Soggiorno, Circolazione, Emigrazione (Libertà di)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo XVII, UTET, Turín, 1970.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta-Ilsa, Madrid, 2009.
- De Zayas, Alfred, “Human Rights and Indefinite Detention”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005.
- Defeis, Elizabeth F., “Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal” en *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, Issue 5, 2007.
- Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2013. Mecanismo Nacional de Prevención de Tortura*, Madrid, 2013.
- , *Informe Anual 2012. Mecanismo Nacional de Prevención de Tortura*, Madrid, 2012.
- Del Rio Fernández, Lorenzo Jesús, “Detención e internamiento de extranjeros: Estatuto jurídico”, en *Diario La Ley*, No. 5422 y 5423, 20 y 21 de noviembre de 2001.
- , “Garantías en la detención y expulsión de extranjeros”, en *Diario La Ley*, No. 4471, 3 de febrero de 1998.
- Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.
- Del Valle Gálvez, Alejandro, “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 9, junio 2005.
- Dembour, Marie-Bénédicte, *When Human Become Migrants. Study of European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Deop Medinabeitia, Xabier, “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: el Protocolo adicional No. 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, No. 16, 2000.
- Di Federico, Giacomo (Ed.), *The EU charter of fundamental rights. From declaration to binding instrument*, Springer, 2011.
- Diario Oficial de la Unión Europea, *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, (2007/C 303/02), 14.12.2007.
- Díaz Crego, María, “Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en Aja, Eliseo y otros (ed.), *La hora de la integración. Anuario de la inmigración en España*, Badalona: CINDOB ediciones, 2011.

- Díaz Méndez, Nicolás, “Libertad, prisión, detención, retención y presentación”, en *Actualidad Penal*, No. 1, 1990.
- Díaz, Elías, “Sociología jurídica y concepción normativa del Derecho”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 143, 1965.
- Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y nuevo discurso de la Suprema Corte”, en *Cuestiones Constitucionales*, No. 26, enero-junio 2012.
- Díez Martín, Fernando, *El largo viaje: arqueología de los orígenes humanos y de las primeras migraciones*, Ballestra, Barcelona, 2005.
- Documentos internacionales del reinado de doña Isabel II: desde 1842 a 1868*, Imprenta de Miguel Ginesta, Madrid, 1869.
- Dolejšiová, Ditta and García López, Miguel Ángel (Eds.), *European citizenship in the process of construction: challenges for citizenship, citizenship education and democratic practice in Europe* Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009.
- Dondé Matute, Javier, *Extradición y debido proceso*, Tirant lo Blanch- INACIPE, México, 2011.
- Doomernik, Jeroen and Jandl, Michael (Eds.), *Modes of Migration Regulation and Control in Europe*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2008.
- Dorado Noguerras, Francisco Miguel y Rodríguez Candela, José Luis, “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, en Moya Escudero, Mercedes (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería (L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000*, Comares, Granada, 2001.
- Dowty, Alan, *Closed Borders. The Contemporary Assault of Freedom of Movement*, Yale University Press, New Haven and London, 1987.
- Drabo, Alassane and Mously Mbaye, Linguère, *Climate Change, Natural Disasters and Migration: An Empirical Analysis in Developing Countries*, Discussion Paper No. 5927, Institute for the Study of Labor (IZA), Bonn, 2011.
- Duhaime, Bernard et Campbell-Durufflé, Christopher (Dir.), *Defending the Human Rights of Migrants in the Americas: The Nadège Dorzema et al v Dominican Republic Caso*, Hors-série, Revue québécoise de droit international, novembre 2013.
- Duijkersloot, Ton, “Consequences of the Violation by Administrative Authorities of the Right to be heard under EU Law: the Case M.G. and N.R”, en *Review of European Administrative Law*, Vol. 7, No. 1, 2014.
- Dulitzky, Ariel E., “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No. 3, Santiago, 2007.
- , “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Abregú, Martín y Curtis, Christian (Coomp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997.
- Dummett, Ann and Nicol, Andrew, *Subjects, Citizens, Aliens and Others. Nationality and Immigration Law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1990.
- Duran, Jorge, “El programa bracero (1942-1964). Un balance crítico”, en *Revista Migración y Desarrollo*, No. 9, segundo semestre, 2007.

- Durand, Marie-Françoise y Benôit, Patrice Mitrano, “El difícil intento de representar las migraciones”, en *Atlas de las migraciones. Las rutas de la humanidad*, Le Monde diplomatique en español-UNED, Valencia, 2010.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.
- Edwards, Alice, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and ‘Alternatives to Detention’ of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, 2011.
- , *Volver a lo esencial: El derecho a la libertad y la seguridad de la persona y las ‘alternativas a la detención’ de refugiados, solicitantes de asilo, apátridas y otros migrantes*, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados International, Ginebra, 2011.
- Einarsen, Terje, “The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum” in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 2, No. 3, 1990.
- Eisenberg, Avigail, “Education and the Politics of Difference: Iris Young and the politics of education”, en *Educational Philosophy and Theory*, Vol. 38, No. 1, 2006.
- Embris Vázquez, José Luis, *El arraigo domiciliario del sistema acusatorio y oral : teoría y práctica*, Flores Editor, 2012.
- Encierro de migrantes. El modo de gestión privilegiado de las migraciones*, Boletín de migreurop, No. 2, abril 2013, París, p.2.
- Espinosa Castro, Carlos Alberto y Hernández Pablo, Beatriz, *Arraigo como instrumento de violación de derechos humanos*, Ubijus, 2014.
- Et. al., “Alternatives to detention” en *Forced Migration Review*, Issue 44, September 2013.
- EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Comentary of the Charter of Fundamental Rights on the European Union*, European Commission, Brussels, June 2006.
- European Commission, *The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2014*.
- European Court of Human Rights, *Guide on Article 5. Right to Liberty and Security Article 5 of the Convention*, Council of Europe, Strasbourg, 2014.
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Detention of third-country nationals in return procedures*, Luxembourg, 2010.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.
- Falk, Richard, “The making of global citizenship”, en Brecher, Jeremy; Brown Childs, John and Cutler, Jill (Eds.), *Global Visions: Beyond the New World Order*, South End Press, Boston, 1993.
- Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.
- , “El derecho a la libertad y seguridad personal”, en *Lecturas Constitucionales Andinas*, No.1, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1991.
- Fernández Castaño, Félix y Santiago Segura, María Jesús, “Niveles de desarrollo e inmigración: ‘efecto expulsión’ versus ‘efecto llamada’”, en García Castaño,

- Javier y Kressova, Nina (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, 2011.
- Fernández Masiá, Enrique, *Nacionalidad y extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011
- Fernández Miranda, Alfonso F., “Artículo 19. La libertad de circulación y residencia”, en Alzaga Villaamil, Oscar (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1996.
- Fernández Rozas, José Carlos, “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General”, en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, No. 11, marzo 1991.
- Fernández Segado, Francisco, “El derecho a la libertad y a la seguridad personal en España”, en *Ius et Praxis*, Vol. 5, No. 1, Universidad de Talca, 1999.
- Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- Ferrajoli, Luigi, “La igualdad y sus garantías”, en *Desafíos de la igualdad, Desafíos a la igualdad*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No. 13, Madrid, 2009.
- , *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- , “Cittadinanza e diritti fondamentali”, en Zolo, D. (Ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma/Bari, 1994.
- Ferrerres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- Ferrocarril Clandestino, Médicos Mundo Madrid y SOS Racismo Madrid, *Voces desde y contra los centros de Internamiento de Extranjeros (CIE)*. Para quien quiera oír, octubre de 2009.
- Finney, Nissa, and Simpson, Ludi, *Sleepwalking to segregation? Challenging Myths About Race and Migration*, The Policy Press, University of Bristol, UK, 2009.
- Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales*, Miño y Dávila Editores, Madrid, 2002.
- , “Grupos y la clausula de igual protección”, en Gargarella, Roberto (Comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1999.
- , “The immigrant as pariah”, in *Boston Review*, Vol. 23, No. 5, October-November 1998.
- , “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, No. 5, 1976.
- Flatham, Richard, *The Philosophy and Politics of Freedom*, Chicago University Press, Chicago, 1987.
- Flores Rodríguez, Israel, “El régimen constitucional de la prisión preventiva en México: Una mirada desde lo internacional”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 35, 2013.
- Flores, Imer B., “El liberalismo igualitario de John Rawls”, en *Cuestiones Constitucionales: Revista mexicana de Derecho Constitucional*, N° 1, 1999.
- Flynn, Michael, “Who Must Be Detained? Proportionality as a Tool for Critiquing Immigration Detention Policy”, in *Refugee Survey Quarterly, Oxford Journals*, Vol. 31, No. 3, September 2012.
- , “Immigration Detention and Proportionality”, en *Global Detention Project*, Working Paper No. 4, Geneva, February 2011.

- Francis G., and White, Robin C., *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- Franko Aas, Katja and Bosworth, Mary, *The Borders of Punishment. Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press, 2013.
- Fredman, Sandra, *Comparative Study of Anti-discrimination and Equality Laws of the US, Canada, South Africa and India*, European Commission, Luxembourg, 2012.
- Galloway, Donald, “Liberalism, Globalism, and Immigration” in *Queen’s Law Journal*, Queen’s University, Faculty of Law, Vol. 18, No. 2, summer 1993.
- Galván Muñoz, Jesús, “Constitución y sanciones administrativas: hacia una garantía de seguridad jurídica eficaz”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (Coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo I, UNAM, México, 2001.
- Gamrasni, Mickaël, “La humanidad en marcha”, en *Atlas de las migraciones. Las rutas de la humanidad*, Le Monde diplomatique en español-UNED, Valencia, 2010.
- García Alonso, María, “Migraciones y exilios en la España Moderna”, en *Atlas de las migraciones. Las rutas de la humanidad*, Le Monde diplomatique en español-UNED, Valencia, 2010.
- García Amado, José Antonio, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986.
- García Borrego, Iñaki, “Los hijos de inmigrantes como tema sociológico: la cuestión de la ‘segunda generación’”, en *Anduli: Revista Andaluza de Ciencias Sociales*, No. 3, 2003.
- García Canales, M., “Principios generales y principios constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 64, Madrid, abril-junio 1989.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª. ed., Civitas, Madrid, 2006.
- García Fernández, Jesús, *La emigración exterior de España*, Ariel, Barcelona, 1965.
- García Martínez, Bernardo, “Independencia nacional y movilidad espacial de la población”, en Alba, Francisco, Castillo, Miguel Ángel y Verduzco, Gustavo (Coords.), *Migraciones internacionales*, El Colegio de México, México, 2010.
- García Morillo, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”, en *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, V. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- , *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch-Universitat de Valencia, Valencia, 1995.
- García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, No. 20, 2007.
- , “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos”, en Revenga Sánchez, Miguel (Coord.), *Problemas Constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, II Jornadas Hispano— Italianas de Justicia Constitucional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- García Sánchez, Beatriz, “La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LVIII, fascículo III, 2005.



- García Vitoria, Ignacio, “Denegación de entrada y salidas obligatorias del país: las garantías del procedimiento en la jurisprudencia (de junio de 2011 a junio de 2012)”, en Aja, Eliseo; Arango, Joaquín y Oliver Alonso, Josep (Dir.), *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio*, Anuario de la Inmigración en España, CIDOB, Barcelona, 2012.
- García Zeballos, Juan Herminio y Vertíz Medina James, “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 7. Derecho a la libertad personal”, en Salvioli, Fabián y Zanghi, Claudio, *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Garcialoro, Gemma, “Los ejes de la política migratoria en la Unión Europea”, en *Papeles del Este*, Vol. 17, 2008.
- García-Valdecasas y Fernández, Rafael y Carí Badía, José María, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, No. 3, mayo 2004.
- Garganté, Sixte, Pajares, Miguel, Cachón, Lorenzo y Egenberger, Vera, *La discriminación racial. Propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España*, Icaria, Barcelona, 2003.
- Garrido Gómez, Ma. Isabel, *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009.
- Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Gavara De Cara, Juan Carlos, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
- , “El principio de igualdad”, en Gavara De Cara, Juan Carlos (Ed.), *Constitución. Desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV Aniversario (1978-2003)*, Bosch-ICPS, Barcelona, 2004.
- Ghosh, Bimal, *Huddled Masses and Uncertain Shores: Insights Into Irregular Migration*, IOM- Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1998.
- Giddens, Anthony, *Central Problems in Social Theory. Action, Structure and Contradiction in Social Analysis*, University of California Press, 1979.
- Gilbert Ceballos, Jorge, *Introducción a la Sociología*, LOM, Santiago de Chile, 1997.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, “Sobre la retención policial”, en *Revista de Derechos Público*, EDERSA, Tomo XV, Vol. I, Madrid.
- Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004.
- Gimeno Sendra, Vicente, *El proceso de habeas corpus*, Tecnos, Madrid, 1985.
- Glendon, Mary, “Rights in Twentieth-Century Constitutions”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, 1992.
- Goffman, Erving, *Internados*, Amorrourtu Editores, Buenos Aires, 1972.
- Goldberg, Suzzane B., “Equality Without Tiers”, in *Southern California Law Review*, Vol. 77, No. 481, 2004.
- Gómez Ciriano, Emilio José y Tornos Cubillo, Andrés, *Ecuatorianos en España. Una aproximación sociológica*, Documentos del Observatorio Permanente de la Migración, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.

- Gómez Fernández, Itziar y Viana Garcés, Andréa, “El puente está quebrado: reflexiones sobre las causas y consecuencias de la SCT 236/2007 (RTC 2007, 236), en *Revista Española de Derecho Europeo*, No. 27, 2008.
- Gómez-Ferrer, Rafael Jover, Ortega Carballo, Carlos y Ripol Carulla, Santiago, *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- González Beilfuss, Markus, “El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del derecho público de la inmigración”, en *Revista Catalana de Dret Public*, No. 40, 2010.
- , *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 18.
- , *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzandi, Navarra, 2003.
- , “Delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad en la ley”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, No. 42, septiembre-diciembre 1994.
- González Ibarra, Juan de Dios y Reyes Barragán, Ladislao Adrián, “La administración de justicia de menores en México. La reforma del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XI, No. 118, enero-abril, 2007.
- González Martín, Nuria, *Derechos de los inmigrantes*, Cámara de Diputados-UNAM, México, 2000.
- González Pascual, Maribel, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, “Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, 3ª Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- González Volio, Lorena, “El derecho a la libertad personal: respuestas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, Tomo II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.
- González-Trevijano Sánchez, Pedro José, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Civitas, Madrid, 1991.
- Gray Tim, *Freedom*, Issues in Political Theory, Humanities Press International-Atlantic Highlands, New Jersey-Singapore, 1991.
- Greer, Steven, “Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really ‘Absolute’ in International Human Rights Law?”, en *Human Rights Law Review*, Vol. 15, Issue 1, March 2015.
- , *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.
- Groppi, Tania, “¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional?”, en *Revista de Derecho Político*, No. 62, 2005.
- Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica Chilena, Santiago, 1991.

- Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *Informe del Grupo*, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008.
- , *Informe del Grupo*, Anexo II, Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo, 1999, E/CN.4/2000/4.
- Guevara Bermúdez, José Antonio, “Conexiones entre los derechos humanos de las personas migrantes y la seguridad ¿Es posible afirmar que el derecho mexicano criminaliza la migración indocumentada?”, en *Cuestiones Constitucionales*, No. 31, julio-diciembre 2014.
- , “La nueva Ley de Migración: una oportunidad perdida para garantizar derechos”, en *Revista de Derechos Humanos Defensor*, No. 6, junio de 2011.
- , *Marco institucional y normativo en materia de migración internacional en México, análisis y propuestas*, Documento de trabajo No. 3, Instituto de Estudios y Divulgación sobre Migración A.C., 2011.
- Guild, Elspeth, “Who is an Irregular Migrant?”, en Bogusz, Barbara; Cholewinski, Ryszard; Cygan, Adam and Szyszczyk, Erika (Eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004.
- Guiraudon, Virginie, “The Constitution of a European Immigration Policy Domain: A Political Sociology Approach”, en *Journal of European Public Policy*, Vol. 10 (2) 2003.
- Habermas Jürgen, *La constelación posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000.
- , *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.
- Hammar, Tomas, “Politics of Immigration Control and Politicization of International Migration” en Sidique, Abu (Ed.), *International Migration into the 21st century*, Edward Elgar, Cheltenham, 2001.
- Hansen, Peo and Brian Hager, Sandy, *The Politics of European citizenship: deepening contradictions in social rights and migration*, Berghahn Books, New York, 2010.
- Harris, D.J., O’Boyle, M.O., Bates, E.P., Buckley C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, Second edition, Oxford University Press, 2009.
- Harvey, Colin and Barnidge, Robert P. Jr., “Human Rights, Free Movement and the Right to Leave in International Law”, en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 19, Issue 1, 2007.
- Harvey, David, *Spaces of Hope*, University of California Press, Berkley, 2000.
- Hathaway, James C., “Can International Refugee law be made relevant again?”, Hathaway, James C. (ed.), *Reconceiving international Refugee Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997.
- Hayter, Teresa, “Open borders: The Case against immigration controls”, en *Capital and Class*, No. 75, autumn 2001.
- Hellman, Deborah, *When Is Discrimination Wrong?*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 2011.
- Henkel, Kristin E., Dovidio, John F. and Gaertner, Samuel L., “Institutional Discrimination, Individual Racism, and Hurricane Katrina”, en *Analyses of Social Issues and Public Policy*, Vol. 6, No. 1, 2006.

- Herdegen, Matthias, “The relation between the principles of equality and proportionality”, en *Common Market Law Review*, Vol. 22, Issue 4, 1985.
- Heredia Puente, Mercedes y Fábregas Ruiz, Cristóbal, *Medidas cautelares en el derecho de extranjería. Internamientos, expulsiones y otros aspectos del derecho de extranjería español*, Colex, Madrid, 1997.
- Hernández Barros, Julio A., “Aprehensión, detención y flagrancia”, en *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Tomo II, Suprema Corte de Justicia de la Nación- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014.
- Hernández Borge, Julio, “La política migratoria española con Iberoamérica durante el gobierno de Franco”, en *Professor Joan Vilà Valentí. El seu mestratge en la Geografia universitària*. Publicacions de la Universitat, Barcelona, 1999.
- Hernández León, Simón Alejandro y Arriaga Valenzuela, Luis, “Auto de vinculación a proceso y prisión preventiva”, en *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Tomo II, Suprema Corte de Justicia de la Nación- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014.
- Herrera, Gioconda, Carrillo, María Cristina y Torres, Alicia (Eds.), *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*, FLACSO, Quito, 2005.
- Herrero Herrero, César, “Detención procesal y detención-operativa”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, No. 1519, de 25 de febrero de 1989.
- Hewitt, D., “The implications of the Human Rights Act 1998 for the removal and detention of persons in need of care and attention”, en *Public Health*, Vol. 116, Issue 2, March 2002.
- Hirschmann, Nancy J., *The Subject of Liberty. Toward a Feminist Theory of Freedom*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2003.
- Hisch, N.H., *A Theory of Liberty: the Constitution and Minorities*, Routledge, New York, 1992; Miller, David (Ed.), *Liberty*, Oxford University Press, 1991.
- Hoffman, Stanley, *Janus and Minerva*, Westview Press, Boulder, CO, 1987.
- Hollifield, James F., Martin, Philip L. and Orrenius, Pia M. (Eds.), *Controlling Immigration: A Global Perspective*, Stanford University Press, California, 2014.
- Horowitz, Harold W., “Fourteenth Amendment. Aspects of Racial Discrimination in ‘Private Housing’”, en *California Law Review*, Vol. 52, No. 1, March 1964.
- Huertas González, Rosa; Iñiguez Hernández, Diego y Martínez Cano Cortés, Yolanda (Coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, 2000.
- Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, Twenty-ninth session, Agenda item 3, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, A/HRC/29/36, 8 May 2015
- , *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, Seventeenth session, Agenda item 3, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, A/HRC/17/33, 21 March 2011.
- Huysmans, Jef, “The European Union and the Securitization of Migration”, en *JCMS: Journal of Common Market Studies*, Vol. 38, December 2000.

- I(dh)reas, *En tierra de nadie. El laberinto de la impunidad. Violaciones de los derechos humanos de las personas migrantes en la región del Soconusco*, México, 2011.
- Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, México, 2005.
- “Indefinite detention of Immigrants Parolees: an unconstitutional condition?”, en *Harvard Law Review*, Vol. 116, No. 6, 2003.
- Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes derivado de su visita a México* (9-15 de marzo de 2008), del 24 de marzo de 2009, A/HRC/11/7/Add.2.
- Informe presentado por la Relatora Especial*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002.
- Informe presentado por la Relatora Especial*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002.
- Informe sobre las migraciones en el mundo 2013*. El bienestar de los migrantes y el desarrollo, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2013.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo D-H, Porrúa-UNAM, México, 2007.
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, *Los extranjeros en México*, 2006.
- Instituto Nacional de Migración, *Apuntes sobre Migración: Migración Centroamericana de Tránsito Irregular por México. Estimaciones y Características Generales*. México, julio de 2011.
- Instituto para la Seguridad y la Democracia, *Informe sobre estaciones migratorias en Iztapalapa, Puebla y Saltillo del Instituto Nacional de Migración*, México, 2013.
- International Commission of Jurist, Migration and International Human Rights Law: Practitioners Guide No. 6, Geneva, 2014.
- International Detention Coalition, *Dignidad sin excepción: Alternativas a la detención migratoria en México*, México, 2013.
- International Detention Coalition, *There Are Alternatives. A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, Melbourne, Australia, 2011.
- Isin, Engin F. and Saward, Michael (Eds.), *Enacting European Citizenship*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- Jacobs, Francis G., and White, Robin C., *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- Jiménez Campo, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 9, 1983.
- Jones, James M., *Prejudice and Racism*, McGraw-Hill, New York, 1997.
- Joppke, Christian, *Challenge to the Nation-State: Immigration in Western Europe and the United States*, Oxford University Press, 1998.
- Jowell, Jeffrey, “Is Equality a Constitutional Principle?”, en *Current Legal Problems*, No. 47, Oxford, 1994.

- Juss, Satvinder S., "Free Movement and the World Order" en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 16 (3), 2004.
- Kasli, Zeynep, "Criminalising and Victimising the Migrant: Reflections on the UN Protocol and UNHCR's Position against Smuggling", en *Oxford Monitor of Forced Migration*, Vol. 1, No. 2, October 2011.
- Kathleen Newland, "The governance of international migration: mechanisms, processes and institutions", documento elaborado para el *Programa de Análisis de Políticas e Investigación de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales*, septiembre de 2005.
- Kennedy, David, "International Refugee Protection", en *Human Rights Quarterly*, No. 8, 1986.
- Klatt, Mathias and Meister, Moritz, "Proportionality —a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy", en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, No. 3, 2012.
- Koopmans, T. (Ed.), *Constitutional Protection of Equality*, Sijthoff, Leyden, Netherlands, 1975.
- Koslowski, Rey, "European Union Migration Regimes, Established and Emergent", en Joppke, Christian (Ed.), *Challenge to the Nation State: Immigration in Western Europe and the United States*, Oxford University Press, New York, 1998.
- Kotsioni, Ioanna; Ponthieu, Aurélie and Egidi, Stella, "Health at risk in immigration detention facilities", en *Forced Migration Review*, <sup>Detention</sup>, alternatives to detention, and deportation, Issue 44, September 2013.
- Kymlicka, Will, "The new debate on minority rights (and postscript)", en Simon, Anthony and Owen, David (Eds.), *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2007.
- , *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Paidós, Barcelona, 2007.
- , *Fronteras territoriales*, Minima Trotta, Madrid, 2006.
- , "Justice and Security in the Accommodation of Minority Nationalism", en May, Stephen; Modood, Tariq and Squires, Judith (Eds.), *Ethnicity, Nationalism, and Minority Rights*, Cambridge University Press, 2004.
- La Spina, Encarnación, "Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares: alcance y limitaciones" en *Derechos y Libertades*, No. 28, Época II, enero 2013.
- Lacomba, Josep, *Historia de las migraciones internacionales. Historia, geografía, análisis e interpretación*, Catarata, 2008.
- Lara Klahr, Marco, *Prisión sin condena: ocho historias sobre los costos sociales del "encierro preventivo" en México*, Random House Mondadori, 2008.
- Larrauri, Elena, "Criminología crítica: Garantismo y Abolicionismo" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo. 50, No. 1, 1997.
- , "Abolición del derecho penal: propuestas del movimiento abolicionista", en *Poder y control*, No. 3, 1988.
- Lausanne, Switzerland; Bauböck, Rainer, et. al., (Ed.), *Acquisition and Loss of Nationality. Policies and Trends in 15 European States*, Vol. 1: Comparative Analyses, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006.

- Lavopa, Federico, “Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad”, en Alonso Reguelia, Enrique (Dir.), *La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- Lawrence, Tribe H., *American Constitutional Law*, 3a Ed., Foundation Press, Nueva York, 1998.
- Le Sueur, Andrew, “The Rise and Ruin on Unreasonableness?”, en *Judicial Review*, Vol. 10, Issue 1, 2005.
- Leclerc, Stéphane, *Europe(s), Droit(s) et Migrant Irrégulier*, Bruylant, Bruxelles, 2012.
- Lemos, Margaret H., “The Commerce Power and Criminal Punishment: Presumption of Constitutionality or Presumption of Innocence?”, in *Texas Law Review*, Vol. 84, No. 5, April 2006.
- León Portilla, Miguel, *Visión de los vencidos*, UNAM, México, 2007.
- Liañan Noguera, Diego J., “La ciudadanía europea: una cuestión abierta”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 32, 2013.
- Lieberwitz, Risa, “Employment Discrimination Law in the United States: On the Road of Equality?”, en *New Developments in Employment Discrimination Law*, The Japan Institute for Labor Policy and Training, Report No. 6, 2008.
- Lillo Natacha, “La emigración española a Francia a lo largo del siglo XX. Entre la “perfecta integración” y el retorno”, en *Un siglo de inmigración española en Francia*, Grupo de Comunicación Galicia en el Mundo, S.L., Vigo, España, 2009.
- Linde Paniagua, Enrique, “Presupuestos constitucionales de la intervención de la administración en la sociedad”, en *Parte Especial del Derecho Administrativo*, Colex, Madrid, 2007.
- Lippert-Rasmussen, Kasper, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, Oxford University Press, 2014.
- Lister, Ruth, *Citizenship: Feminist Perspectives*, MacMillan Press, London, 1997, pp. 55-65; Tamir, Yael, *Liberal nationalism*, Princeton University Press, 1993.
- Livi Bacci, Massimo, *Breve historia de las migraciones*, Alianza editorial, Madrid, 2012.
- López Aguilar, Juan Fernando, “La reserva constitucional de ley en materia penal. Ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 33, 1991.
- López Benítez, Mariano, “El nuevo régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. Especial 99-100, mayo-diciembre 2014.
- López Borja de Quiroga, Jacobo; Delgado Cánovas, Jual, (et. al.), *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- López De la Riva Carrasco, Federico, “Nacionalidad y ciudadanía, un esfuerzo de síntesis”, en *Ciudadanía y derechos fundamentales: extranjería*, Vol. IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- López Ortega, Juan José, “La detención del indocumentado”, en *Poder Judicial*, junio 1992.
- López Sala, Ana María, “El control de la inmigración: Política fronteriza, selección del acceso e inmigración irregular”, en *Arbor Ciencia Pensamiento y Cultura*, Vol. CLXXXI, No. 713, mayo-junio 2005.

- Luciano Parejo, Alfonso, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. I, No. 3, Madrid, 1981.
- Lusky, Louis and Botein, Michael, "The Law of Equality in the United States", en Koopmans, T. (Ed.), *Constitutional Protection of Equality*, Sijthoff, Leyden, Netherlands, 1975.
- MacCormick, Neil, *Questioning sovereignty: Law, state, and nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Macken, Clarie, "Preventive Detention and the Right of Personal Liberty and Security under the International Covenant on Civil and Political Rights", en *Adelaide Law Review*, No. 26, 2005.
- Macovei, Monica, *The right to liberty and security of the person. A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2004.
- Magnet, Joseph Eliot., "The Presumption of Constitutionality.", en *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 18, No.1, March 1980.
- Maisongrande, Vicent, "Evolución de las inmigraciones rumanas en España: ¿Hacia un aumento de las circulaciones en los espacios rurales?", en De Castro Pericacho, Carlos (Coord.), *Mediterráneo migrante*, Universidad de Murcia, Murcia, 2010.
- Manjón, J.R., "Inmigración y extranjería en los tratados internacionales", en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, No. 11, Madrid, marzo de 1991.
- Manning, Patrick, *Migration in World History*, Routledge, New York, 2013.
- Marino Menéndez, Fernando, "El concepto de refugiado en un contexto de Derecho internacional general", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXV, No. 2, 1983.
- Márquez Piñero, Rafael, "El procedimiento administrativo sancionador" en Islas de González Marical, Olga y García Ramírez, Sergio (Coords.), *La situación actual del sistema penal en México, IX Jornadas sobre justicia penal*, UNAM-INACIPE, México, 2011.
- Martell, Luke, *The Sociology of Globalization*, Polity Press, Cambridge, 2010.
- Martín Delgado, Isaac, "La naturaleza jurídica de la ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas", en *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, No. 28, 2006.
- Martínez de Velasco, Joaquín Huelin, "La ciudadanía europea ¿Un sueño al alcance de la mano?", en *Autonomías*, No. 29, noviembre de 2003.
- Martínez Del Pinsón, José, "Ciudadanía e inmigración", en Bernuz Benítez y Betrán Susín (Coords.), *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, Universidad de la Rioja, Logroño, 2003.
- Martínez Escamilla, Margarita, "Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?", en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, No. 3, 2009.
- Martínez Pardo, Vicente José, "El derecho a la libertad y posible restricción a través de la detención", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 60, No. 2018, 2006.
- , *Detención e Internamiento de Extranjeros*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.



- Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, 2000.
- Martinez, Daniel, and Slack, Jeremy, “What Part of “Illegal” Don’t You Understand? The Social Consequences of Criminalizing Unauthorized Mexican Migrants in the United States” en *Social & Legal Studies*, Vol. 22, December 2013.
- Martínez, Oscar, *Los migrantes que no importan. En el camino con los centroamericanos indocumentados en México*, Icaria, Barcelona, 2010.
- Massey, Douglas S., “Undocumented Migration from Latin American in an Era of Rising U.S. Enforcement”, en *The Annals of the American Academy of Political And Social Science*, Vol. 630, No. 1, July 2010.
- , “Five Myths About Immigration: Common Misconceptions Underlying US Border-Enforcement Policy”, en *Immigration Policy in Focus*, Immigration Policy Center, Vol. 4, No. 5, August 2005.
- , “Social structure household strategies, and the cumulative causation of migration”, en *Population Index*, Princeton, Vol. 56, No. 1, Spring 1990.
- Massó Garrote, Marcos Francisco, “Presentación de la Ley de Reforma de la Ley de Extranjería”, en *La Ley*, avance mensual de enero de 2001.
- Mateos, Abdón, *De la guerra civil al exilio. Los republicanos españoles y México. Indalecio Prieto y Lázaro Cárdenas*, Biblioteca Nueva, Fundación Indalecio Prieto, Madrid, 2005.
- Mayordomo Rodrigo, Virginia, “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011.
- McAdam, Jane, “An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law: The Right to Leave as a Personal Liberty”, en *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 12, 2011.
- McCaa, Robert, “El poblamiento del México decimonónico: escrutinio crítico de un siglo censurado”, en *El poblamiento de México. Una visión histórica-demográfica*, Vol. III.
- McCrudden Christopher and Prechal Sacha, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*, European Commission, Brussels, 2009.
- , “Institutional Discrimination”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 2, No. 3, Winter, 1982.
- McDougal, Myres S, Lasswell, Harold D., and Chen, Lung-chu, *Nationality and Human Rights: The Protection of the Individual an External Arenas*, Faculty Scholarship Series, Yale Law School, paper 2654, 1974.
- McGoldrick Dominic, *The Human Rights Committee. Its role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- McKean, Warwick, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford University Press, New York, 1983.
- Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

- Medina Rodríguez, Valentín, *La emigración familiar española a América Latina, 1956-1964*, Ed. del Cabildo Insular de Gran Canaria, Las Palmas, 1999.
- Medina, Cecilia y Nash, Claudio, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007.
- Meer, Nasar and Modood, Tariq, “How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?”, en *Journal of Intercultural Studies*, Vol. 22, No. 2, April 2012.
- Merino Hernando, Asunción y González Martínez, Elda, “La época de las grandes migraciones (1860-1930): el destino americano”, en *Atlas de las migraciones. Las rutas de la humanidad*, Le Monde diplomatique en español-UNED, Valencia, 2010.
- Meza Hernández, María Guadalupe, *Los centros de tratamiento para menores infractores*, Flores Editor, 2010.
- Miaja De la Muela, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, Tomo segundo, Parte especial, Octava edición, Ediciones Atlas, Madrid, 1979.
- Migración Internacional en las Américas*. Primer informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI), OEA-OCDE-CEPAL, Washington, D.C., 2011.
- Migration, Development and Environment*, International Organization for Migration, Geneva, 2008.
- Miller, David, *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*, Paidós, Barcelona, 1997.
- Miquel Calatayud, José Antonio, “Análisis de la posición constitucional del extranjero en España”, en Borrás, Alegria (Ed.), *Diez años de la Ley de Extranjería: balance y perspectivas*, Fundación Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1995.
- Miralles Sangro, Pedro Pablo, “Democracia, derechos humanos y constitución exigen el cierre inmediato de los centros de internamiento de extranjeros (CIES)”, en *Revista de Derecho UNED*, No. 10, 2012.
- Miravent Hombrados, Miguel, “El derecho a la libertad personal y sus limitaciones”, en *Estudio comparado sobre la privación de libertad en Europa*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1991.
- Misuraca, Mariángeles, “Artículo 7. Derecho a la libertad personal”, en Alonso Regueira, Enrique, *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.
- Mitsilegas, Valsamis, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer, London, 2015.
- Modood, Tariq, “A defense of Multiculturalism”, en *Soundings. A Journal of Politics and Culture*, No. 29, 2005.
- Molina Navarrete, Cristóbal y Monereo Pérez, José Luis (Coords.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001.
- Moller Okin, Susan, “Gender Inequality and Cultural Differences”, en *Political Theory*, Vol. 22, No. 1, Feb 1994.
- Montero Aroca, Juan, *Derecho Jurisdiccional II*, Proceso Civil, Undécima edición, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.

- Mora Alemany, Rosario, “¿También los extranjeros son iguales ante la ley?”, en *Revista de Derecho UNED*, No. 12, 2013.
- Morales Sánchez, Julieta, “Migración irregular y derechos en América: análisis comparado desde la perspectiva de género” en Galeana, Patricia (coord.), *Historia comparada de las migraciones en las Américas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, México, 2014.
- , *La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Fascículo 9, México, 2012.
- , *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano*, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011.
- , “Despenalización de la migración irregular en México: Análisis y perspectivas de la reforma a la Ley General de Población de 21 de julio de 2008”, en Cienfuegos Salgado, David, (et. al.), *Temas de migración y derecho*, Fundación Académica Guerrerense, México, 2008.
- , “Migración irregular en México: una visión desde los derechos humanos”, en *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, Año 3, No. 7, 2008.
- Morales Vega, Luisa Gabriela, “Categorías migratorias en México. Análisis a la Ley de Migración”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2012.
- Morange, Jean, *Droits de l’homme et libertés publiques*, Press Universitaires de France, París, 1985.
- Moravcsik, Andrew, “Is there a ‘Democratic Deficit’ in World Politics? A Framework for Analysis”, en *Government and Opposition*, Vol. 39, Issue 2, spring 2004.
- Moreau, Sophia, “What is Discrimination?”, en *Philosophy and Public Affairs*, No. 38, 2010.
- Moreno Lax, Violeta, “Beyond Saadi v UK: Why the ‘Unnecessary’ Detention of Asylum Seekers is Inadmissible under EU Law”, en *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 5 (2), 2011.
- Moreso, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Morgades Gil, Silvia, “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 37, septiembre- diciembre 2010.
- Morgan, Kristi L., “Evaluating Guest Worker Programs in the U.S.: A Comparison of the Bracero Program and President Bush’s Proposed Immigration Reform Plan”, en *Berkeley La Raza Law Journal*, Vol. 15, No. 2, 2004.
- Mortati, Constantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Vol. II, CEDAM, Padova, 1969.
- Morte Gómez, Carmen, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos: primeros pasos para una nueva reforma”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Vol. 5, 2004.

- Moya Malapeira, David, “La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 10, julio-diciembre 2008.
- , “La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 62, 2002.
- Nagel, Thomas, *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, Paidós, Buenos Aires, 1996.
- Nationality and Statelessness: A Handbook for Parliamentarians*, United Nations High Commissioner for Refugees – Inter-parliamentary Union, No. 11, 2005,
- Ndoye, El Hadji Amadou, “La emigración, un dolor de cuerpo y cabeza”, en García Sala, Carla y Castellanos Flores, Nicolás, *Mi nombre es nadie. El viaje más antiguo del mundo*, Icaria, Barcelona, 2008.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 9, No. 1, 2011.
- , “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 10, 2006.
- , “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol. XIII, Valdivia, diciembre 2002.
- Oana Ciobanu, Ruxandra “The thin line between family migration and network migration. Family Stories of the Romanian Migration to Spain” in Michalon, Bénédicte and Nedelcu, Mihaela (Eds.), *La Roumanie, les migrations internationales et l'intégration européenne*, special issue, *Revue d'Etudes Comparatives Est-Ouest*, Volume 41, Number 4.
- Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, United Nations, New York and Geneva, 2003.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The United Nations Human Rights Treaty System*, Fact Sheet No. 30 (Rev.1), United Nations, New York and Geneva, 2012.
- , *The International Convention on Migrant Workers and its Committee*, Fact Sheet No. 24 (Rev.1), United Nations, New York and Geneva, 2005.
- , *Civil and Political Rights: The Human Rights Committee*, Fact Sheet No. 15 (Rev.1), United Nations, New York and Geneva, 2005, pp. 12-14.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos. Observaciones y recomendaciones generales de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Bogotá, 2010.
- , *Personas privadas de libertad. Jurisprudencia y doctrina*, Bogotá, 2006.
- Oppenheim, Felix E., *Dimensions of Freedom*, St. Martin's Press, New York, 1961.
- Organización de Estados Americanos-Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Migración internacional en las Américas. Tercer informe del Sistema Continuo de Reportes sobre migración Internacional en las Américas (SICREMI)*, Washington, D.C., 2015.

- Organización Internacional para las Migraciones, *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2015. Los migrantes y las ciudades: Nuevas colaboraciones para gestionar la movilidad*, OIM, Ginebra, 2015.
- , *Informe sobre las migraciones en el mundo 2011. Comunicar eficazmente sobre la migración*, Ginebra, 2011.
- Orozco Henríquez, José de Jesús, “Los derechos humanos y en nuevo artículo 1º constitucional”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, No. 28, julio-diciembre 2011.
- Ortega Martín, Eduardo, *Manual práctico de derecho de extranjería*, La Ley, 4ª. Edición, Madrid, 2010.
- Ortell Ramos, Manuel y Calderón Cuadrado, María Pía, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Comares, Granada, 1996.
- Ortells Ramos, Manuel, *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000.
- Pace, Alessandro, *Problemática delle libertà costituzionali, Parte Generale*. CEDAM, Padova, 1990.
- Pacurar, Andi, “Smuggling, Detention and Expulsion of Irregular Migrants. A Study on International Legal Norms, Standards and Practices”, en *European Journal of Migration Law*, Vol. 5, 2003.
- Paladin, Livio, “Corte costituzionale e principio generale d’eguaglianza: Aprile 1979-Dicembre 1983”, en *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padova, 1985.
- Palma Mora, Mónica, *De tierras extrañas. Un estudio sobre la inmigración en México 1950-1990*, DGE Ediciones, Instituto Nacional de Migración-Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 2006.
- Patterson, James T., *Brown v. Board of Education: A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy*, Oxford University Press, New York, 2001.
- Paula Leite, Paula, Angoa, María Adela y Rodríguez Mauricio, “Emigración mexicana a Estados Unidos: balance de las últimas décadas”, en *La situación demográfica de México 2009*, Consejo Nacional de Población, 2009.
- Peces Morate, Jesús Ernesto, “Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso”, en *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2001, CGPJ, Madrid, 2002.
- , “Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias”, en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1999.
- Pécoud, Antoine, “Migración sin fronteras: una investigación sobre la libre circulación de personas”, en *Migraciones Internacionales*, Vol. 3, No. 2, julio-diciembre de 2005.
- Pelayo Möller, Carlos María, “El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Rosendo Radilla”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2012.
- Perea, Juan F., “Ethnicity and Perjudice: Reevaluating ‘National Origin’ Discrimination Under Title VII”, en *William and Mary Law Review*, Vol. 35, No. 3, Williamsburg, Virginia, Spring 1994.

- Pérez Alonso, Esteban Juan, “La expulsión de extranjeros: algunas consideraciones en torno al régimen de detención preventiva e internamiento de extranjeros. (Comentario a la sentencia núm. 115/1987, de 7 de julio)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 13, 1987.
- Pérez Kasparian, Sara, *México y la Extradición Internacional*, Porrúa, México, 2005.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, 2ª Edición, Dykinson, Madrid, 2007.
- Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2005.
- Pérez Sala, Pau, *Situación de los Centros de Internamiento para extranjeros en España*, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2009.
- Pérez Serra, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984.
- Pérez Tremps, Pablo, “La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 3, No. 1, 2005.
- Pettit, Philip, *A Theory of Freedom: from the Psychology to the Politics of Agency*, Polity, Cambridge, 2001.
- , *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- Piazza, Alberto, Luca Cavalli-Sforza, Luigi, y Menozzi, Paolo, *Storia e geografia dei geni umani*, Adelephi, Milán, 1997.
- Pierné, Guillaume, “Hiring discrimination based on national origin and religious closeness: results from a field experiment in the Parias area”, en *IZA Journal of Labor Economics*, Vol. 2, No. 4, 2013.
- Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2014.
- Pirenne, Henri, *Las ciudades de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid, 1983.
- Plander, R., *International Migration Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1988.
- Pomares Cintas, Esther, “La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 7, septiembre 2014-febrero 2015.
- Pomed Sánchez, Luis, “La efectividad de la tutela judicial de los extranjeros”, en *Monografías de la Revista aragonesa de Administración Pública*, Ciudadanía e inmigración, 2003.
- Portilla Contreras, Guillermo, “Limitación y restricción de la libertad personal”, en *Comentarios a la legislación penal*, Revista de Derecho Público, EDERSA, Tomo XV, Vol. I, Madrid, 1994.
- Post Robert C., & Siegel, Reva B., “Equal Protection by Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel”, in *Yale Law Journal*, Faculty Scholarship Series, paper 188, Vol. 110, 2001.
- Prado D., Maximiliano, “Limitación de los Derechos Humanos. Algunas Consideraciones Teóricas” en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 34, No. 1, enero-abril, 2007.
- Preuss, U.K., Koenig-Archibugi, M. and Lefebvre, E., “Traditions of citizenship in the European Union” in *Citizenship Studies*, No. 7.

- Preuss, Ulrich, “Derecho a la dignidad” en Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales*, Miño y Dávila Editores, Madrid, 2002.
- Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco (Dir.), *Constitución: problemas filosóficos*, Ministerio de la Presidencia-CEPC, Madrid, 2003.
- , “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, No. 8, 2000.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2009. Superando barreras: movilidad y desarrollo humano*, Nueva York, 2009.
- Pueblos Unidos, *Miradas tras las rejas. Informe de Pueblos Unidos sobre el CIE de Aluche*, diciembre 2011.
- Queralt Jiménez, Joan Josep, “La retención policial es una detención inconstitucional”, en *Actualidad Penal*, No. 2, 1989.
- Quintana Carretero, Juan Pedro, “Régimen sancionador en materia de extranjería. Procedimiento y garantías”, en *Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo*, Derecho Consejo General del Poder Judicial-Escuela Judicial, Cuadernos de Judicial, XXIII-2005, Madrid.
- Rachel Brett and Eve Lester “Refugee law and international humanitarian law: parallels, lessons and looking ahead: A non-governmental organization's view”, en *Revue Internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, Vol. 83, Issue 843, September 2001.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1999.
- , “El derecho de gentes” en Shute, Stephen y Hurley, Susan, (eds.) *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Trotta, Madrid, 1998.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Decimotercera edición, Espasa, Madrid, 2014.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Décimo octava edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1956.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Décimo novena edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1970.
- Rebato Peño, Ma. Elena, *La detención desde la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- Rebollo Puig, Manuel, “Medidas provisionales en el procedimiento administrativo”, en la obra colectiva “Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez”, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993.
- Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, *Informe de la vista a España*, Resolución A/HRC/23/56/Add.2, Consejo de Derechos Humanos, 6 de junio de 2013.
- Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, *Informe a la Asamblea General de Naciones Unidas 2013 (A/68/283 de 7 de agosto de 2013)*, Sexagésimo octavo periodo de sesiones.
- , *Informe al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas 2012 (A/HRC/20/24 de 2 de abril de 2012)*, Vigésimo periodo de sesiones.

- Relatora Especial sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios, *Informe de la visita a España*, Resolución 2003/46, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, E/CN.4/2004/76/Add. 2, de 14 de enero de 2004.
- Requejo Rodríguez, Paloma, *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Ricupero, Isabel and Flynn, Michael, "Migration and Detention: Mapping the International Legal Terrain", en *Global Detention Project, Working Paper*, Geneva, November 2009.
- Ripol Carulla, Santiago, "Incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaran la vulneración por España del CEDH", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 79, enero-abril 2007.
- Rivera, Jenny, "An Equal Protection Standard For National Origin Subclassifications: the Context that Matters", en *Washington Law Review*, Vol. 82, 2007.
- Rivers, Julian, "Proportionality and variable intensity of review", *Cambridge Law Journal*, Cambridge, Vol. 65, No. 1, 2006.
- Ródenas Calatayud, Carmen, *Emigración y economía en España, 1960-1990*, Civitas-Universidad de Alicante, Madrid, 1994.
- Rodríguez Bereijo, Álvaro, "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, No. 1, segundo semestre 2001.
- Rodríguez Candela, José Luis y García España, Elisa, "La devolución del extranjero", en *La Ley*, No. 5, septiembre de 1996.
- Rodríguez Chávez, Ernesto y Cobo Salvador, *Extranjeros residentes en México. Una aproximación cuantitativa con base en los registros administrativos del INM*, Centro de Estudios Migratorios-INM, México, 2012.
- Rodríguez Ramos, Luis, "Libertad, detención y prisión preventiva: (reflexiones críticas sobre la deficiente vigencia real y efectiva del art. 17 de la Constitución)", en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.
- , *La detención*, Akal, Madrid, 1987.
- Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado*, UNAM, 1981.
- Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- Rodríguez-Piñero, Miguel, "El principio de igualdad y las relaciones laborales", en *Revista de Política Social*, No. 121, Madrid, 1979.
- Roig Molés, Eduardo, "Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación", en *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, No. 3, julio-septiembre 2003.
- Rojas Osorio, Carlos, *El asombro del pensar: la filosofía en el ámbito de las humanidades*, Isla Negra, Puerto Rico, 2000.
- Rosas, Allan, "State Sovereignty and Human Rights: towards a Global Constitutional Project", in Beetham, David (ed.), *Politics and Human Rights*, Blackwell Publishers, Cambridge, MA., 1995.



- Rosenberg, Gerald, "The 1964 Civil Rights Act: The Crucial Role of Social Movements in the Enactment and Implementation of Anti-Discrimination Law", en *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 49, 2004.
- Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven and London, 1991.
- Rubio Llorente, Francisco, "La igualdad en la aplicación de la ley", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 1, Madrid, 1997.
- , *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Madrid, 1995.
- , "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, No. 31, enero-abril 1991.
- Rubio-Marín, Ruth, *Human Rights and Immigration*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014.
- and Rodriguez, Cristina, "The Constitutional Status of Irregular Migrants: Testing the Boundaries of Human Rights Protection in Spain and the United States", en Dembour, Marie, Tobias Kelly, (Eds.), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, Routledge, 2011.
- Rueda Hernández, Germán, *Espanoles emigrantes en América, siglos XVI-XX*, Arco Libros (Col. Cuadernos de Historia, nº 82), Madrid, 2000.
- Ruiz Carbonell, Ricardo, "La evolución histórica de la igualdad entre hombre y mujer en México" en Maqueda Abreu, Consuelo y Martínez Bullé Goyri, Víctor (Coord.), *Derechos humanos: temas y problemas*, UNAM-CNDH, México, 2010.
- Ruiz Miguel, Alfonso, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 19, 1996.
- Ruiz Olabuénaga, Ruiz Vieyetz y Vicente Torrado, en su libro: *Los inmigrantes irregulares en España. La vida por un sueño*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995.
- Russell W., Galloway Jr., "Basic Equal Protection Analysis", in *Santa Clara Law Review*, Vol. 29, No.1, 1989.
- Saba, Roberto, "Igualdades, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008.
- Sagarra i Triás, Eduard, "Los derechos políticos y públicos de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre de 2000", en *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001.
- , *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías*, Bosch, Barcelona, 1991.
- Saiz Arnaiz, Alejandro, "De primacia, supremacia i drets fonamentals en l'Europa integrada Comentari a la Declaració 1/2004 del Tribunal Constitucional (II)", en *El clip*, Institut d'Estudis Autònoms, No. 31, Barcelona, julio de 2005.
- , "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?", en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 13, mayo-agosto 2001.

- , “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Azpilicueta: cuadernos de derecho*, No. 17, 2001.
- , *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- Salama, Pierre, *Migrants and fighting discrimination in Europe*, Council of Europe Publishing, White Paper Series, Vol. 2, Strasbourg, 2011.
- Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2011.
- , *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2008.
- Salazar Ugarte, Pedro, “Camino a la democracia constitucional en México”, en *Isonomía*, No. 36, abril de 2012.
- , “Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución mexicana”, en Salazar Ugarte, Pedro (Coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.
- Salvador Concepción, Rosa, “La expulsión del extranjero como castigo penal”, en *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, Vol. 2, No. 6, 2012.
- Salvioli, Fabián y Zanghi Claudio (Coords.), *Jurisprudencia Regional Comparada de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Sampson, Robyn and Mitchell, Grant, “Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales”, en *Journal on Migration and Human Security*, Vol. 1, No. 3, 2013.
- San Miguel, Luis García (Ed.), *El principio de igualdad*, Dykinson-Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2000.
- Sánchez Albornoz, Nicolás, *La población de América Latina desde los tiempos precolombinos al año 2000*, Alianza Ed., Madrid, 1977.
- Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, No. 21, julio-diciembre, 2009.
- , *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2007.
- Sánchez González, Santiago, “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 12/13, 2003/2004.
- Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.
- Sapag, Mariano A. “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, en *Revista Actualidad Jurídica Dikaion*, No. 17, diciembre 2008.
- Sarmiento, Daniel, “Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”, en *Common Market Law Review*, Vol. 50, Issue 5, 2013.

- Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2001.
- , *Guests and Aliens*, New Press, New York, 1999.
- , “Beyond sovereignty: Immigration Policy Making Today”, en *Social Justice*, No. 23(3), 1996.
- Schiek, Dagmar, Bell, Mark and Waddington, Lisa, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, Portland and Oxford, 2007.
- Sciortino Giuseppe, “The Regulation of Undocumented Migration”, en Martinello, Marco and Rath, Jan (Eds.), *An Introduction to International Migration Studies. European Perspectives*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2012.
- Sen, Amartya, *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza Editorial, Madrid, 2004.
- , “Derechos Humanos y Valores Asiáticos”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No. 35, 2001.
- Senado de la República, *Análisis del Proyecto de Decreto por el que se modifican y adicionan diversas disposiciones de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, y se reforman algunos artículos de la Ley de Migración*, Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, Serie Apuntes de Derecho Internacional, No. 5, México, abril de 2013.
- Senden, Hanneke, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, Cambridge, 2011.
- Serra Domínguez, Manuel, “Teoría general de medidas cautelares”, en Ramos Méndez, Francisco, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias Graficas Pareja, Barcelona, 1974.
- Serrano Maíllo, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Shestack, Jerome “The Jurisprudence of Human Rights”, in Theodor Meron (Ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, The Clarendon Press-Oxford University Press, 1984.
- Silva García, Fernando, “El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencionalidad”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 33, 2012.
- , *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Criterios esenciales*, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2011.
- Simon Gildas, “Retrospectiva sobre el origen de los grandes éxodos”, en *Atlas de las migraciones. Las rutas de la humanidad*, Le Monde diplomatique en español-UNED, Valencia, 2010.
- Simón Yarza, Fernando, “De la igualdad como límite a la igualdad como tarea del Estado. Evolución histórica de un principio”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, Madrid, enero-abril 2013.
- Sin Fronteras, *La ruta del encierro. Situación de las personas en detención en estaciones migratorias y estancias provisionales 2013*, México, mayo 2014.
- , *La detención de personas extranjeras en estaciones migratorias*, México, 2012.
- , *Litigio estratégico y deportación de extranjeros en México*, México, junio de 2011.

- , *La detención de personas extranjeras en estaciones migratorias*, México, septiembre 2008.
- Singh Juss, Satvinder, *International Migration and Global Justice*, Ashgate, London, 2006.
- Smith, Rogers, “Vuelta sobre las castas”, en Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales*, Miño y Dávila Editores, Madrid, 2002.
- Smith, Steve R., *Equality and Diversity: Value Incommensurability and the Politics of Recognition*, The Policy Press, Bristol, 2011.
- Soberanes Fernández, José Luis, “Igualdad, discriminación y tolerancia en México”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, No. 22, enero-junio 2010.
- Solà Pardell, Oriol, “Desplazados medioambientales. Una nueva realidad”, en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Núm. 66, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe Universidad de Deusto, Bilbao, 2012.
- Sola Reche, Esteban, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la nueva Ley de Extranjería”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, No. 18, noviembre de 2001.
- Solans Puyuelo, Francisco, “El régimen sancionador de extranjería tras la contrarreforma de la LO 8/2000”, en *Revista de extranjería*, No. 7, 2001.
- Solé, Carlota, y Cachón Lorenzo, “Globalización e inmigración: los debates actuales”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, No. 116, octubre-diciembre 2006
- Soltero, Carlos R., "Espinoza v. Farah Mfg. Co. (1973) and 'national origin' discrimination in employment", en *Latinos and American Law: Landmark Supreme Court Cases*, University of Texas Press, 2006.
- Sparks, Richard, “Can Prisons be Legitimate?: Penal Politics, Privatization and the Timeliness of an Old Idea”, en *British Journal of Criminology*, Vol. 34, No. SI, 1994.
- Stanton-Ife, Jhon, “Should Equality Be A Constitutional Principle?”, en *King's Law Journal*, Vol. 11, 2000.
- Stavenhagen, Rodolfo, “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”, en *Revista IIDH*, Vol. 48, 2008.
- Steiner, Christian; Ferrer MacGregor, Eduardo y Caballero Ochoa, José Luis (Coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014.
- Stolleis, Michael, Paulus, Andreas y Gutiérrez, Ignacio, *El Derecho constitucional de la globalización*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.
- Stolte, Jhon F., “The Legitimation of Structural Inequality: Reformulation and Test of the Self-Evaluation Argument”, en *American Sociological Review*, Vol. 48, No. 3, June 1983.
- Suay Rincón, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.
- Sunstein, Cass R., “The Anticaste Principle”, en *Michigan Law Review*, No. 92, 1994.

- , “Naked Preferences and the Constitution”, in *Columbia Law Review*, Vol. 84, No. 7, November 1984.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en Casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional*, México, 2013.
- Taylor, Charles, “What’s Wrong with Negative Liberty” en Rayan, A., *The Idea of Freedom*, Oxford University Press, 1979.
- Teso Gamella, Pilar, *Medidas cautelares en la justicia administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Thomas, Hugh, *The Slave Trade. The Story of the Atlantic Slave Trade 1440-1870*, Touchstone, New York, 1999.
- Thwaites, Rayner, *The Liberty of Non-Citizens. Indefinite Detention in Commonwealth Countries*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2014.
- Torpey, John, *The Invention of the Passport. Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- Torres Pérez, Aida, “Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue”, en *European Constitutional Law Review*, Vol. 10, 2014.
- Treacy, Guillermo F., “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, No. 89, 2011.
- Tribunal Supremo de España, *Extranjeros, pero no extraños, ante la justicia*, Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Año Judicial 2001-2002, Madrid, 2002.
- Tsakyrakis, Stravros, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, No. 3, 2009.
- Tuirán, Rodolfo y Ávila, José Luis, “La migración México-Estados Unidos, 1940-2010”, en Alba, Francisco, Castillo, Miguel Ángel y Verdusco, Gustavo (Coords.), *Migraciones internacionales*, El Colegio de México, México, 2010.
- Tussman, Joseph and Tenbroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws” en *California Law Review*, No. 37, September 1949.
- United Nations Development Program, Human Development Report 2009—Overcoming barriers: *Human Mobility and Development*, 2009.
- Unidad de Política Migratoria, *Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2015*, Secretaría de Gobernación, México, septiembre 2015.
- United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention*, Geneva, 2012, pp. 13-18.
- Uprimny Yepes, Rodrigo y Sánchez Duque, Luz María, “Artículo 22. Derecho de circulación y residencia”, en Steiner Christian y Uribe Patricia (Coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, México, 2014.
- Van Dijk, P., “Protection of ‘Integrated’ Aliens Against Expulsion Under the European Convention on Human Rights”, en Minderhoud, Paul and Guild, Elspeth (Eds.), *Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2001.
- and Van Hoof G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, The Netherlands, 1990.

- Vandenberg, Quinn H., "How Can the United States Rectify Its Post-9/11 Stance on Noncitizens' Rights", en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 18, 2004.
- Varghese, Rajan, "The Relevance of Wednesbury Unreasonableness in the Light of Proportionality as a Ground for Judicial Review", en *Indian Journal of Public Administration*, Vol. LX, No. 1, January-March 2014.
- Velasco Caballero, Francisco, "Expulsión administrativa, devolución, retorno y otras 'salidas obligatorias'", en *Monografías de la Revista aragonesa de Administración Pública*, Ciudadanía e inmigración, 2003.
- Ventura Robles, Manuel E., "El valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos", en *El mundo moderno de los derechos humanos. Ensayos en Honor a Thomas Burgenthal*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996.
- Verona Martínez, Gema, *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 1994.
- Vidal Fueyo, Ma. Del Camino, "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 85, enero-abril 2009.
- , *Constitución y extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- , "La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21, No. 62, mayo-agosto 2001.
- Vilar, Juan B., "Las migraciones españolas a Argelia: Argelia en el ciclo migratorio español contemporáneo", en *Atlas de la Inmigración Magrebí en España*, Taller de estudios internacionales mediterráneos, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1996.
- Villaverde Méndez, Ignacio, "El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado", en Presno Linera, Miguel Ángel (Coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Vírgala Foruria, Eduardo, "La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, No. 40, enero-abril 1994.
- Von Bogdandy, Armin, "The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union", en *Common Market Law Review*, Vol. 37, Issue 6, 2000.
- Wägenbaur, Bertrand, *Court of Justice of the European Union: commentary on statute and rules of procedure*, C.H. Beck-Hart-Nomos, München, 2013.
- Waldron, Jeremy, "Immigration: a Lockean Approach", en *Public Law Research*, Paper No. 15-37, NYU School of Law, May 2015.
- Wedderburn, K.W., *The Worker and The Law*, Harmondsworth, 1971.
- Weeks, John R, *Sociología de la población*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1984.
- Weiss, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, Sijthoff & Noordhoff, The Netherlands, 1979.
- Weiss, Adam and Lieu, Esther, "Detention of Children", en *Immigration, Asylum and Nationality Law*, Vol. 26, No 4, 2012.

- Weiwei, Li, “Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law”, in *Research notes*, 03/2004, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, Norway, 2004.
- West, Robin, “Una responsabilidad moral”, en Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales*, Miño y Dávila Editores, Madrid, 2002.
- Western, Peter, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of ‘Equality’ in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 2014.
- Wilkinson III, J. Harvie, “The Supreme Court, the Equal Protection Clause, and the Three Faces of Constitutional Equality”, en *Virginia Law Review*, Vol. 51, No. 5, June 1975.
- Williams, Robert F., “Equality Guarantees in State Constitutional Law”, en *Texas Law Review*, Vol. 63, No. 6, March 1, 1985.
- Wilsher, Daniel, “Right to Liberty and Security”, en Peers, Steve; Hervey, Tamara; Kenner, Jeff and Ward, Ángela (Eds.), *The EU charter of fundamental rights: a commentary*, Hart, Oxford, 2014.
- , *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge University Press, New York, 2012.
- Witker, Jorge, *Derechos de los extranjeros*, Cámara de Diputados – Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- Women’s Link Worldwide, *Mujeres en los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Realidades entre rejas*, 2012.
- Wood, Charles, “Equilibrium and historical-structural perspectives on migration” en *International Migration Review*, Vol. 16, No. 2, 1982.
- Yankelevich, Pablo, (Coordinador), *México, país refugio. La experiencia de los exilios en el siglo XX*, INAH-Plaza y Valdés, México, 2002.
- Young, Iris Marion, “Education in the Context of Structural Injustice: A symposium response”, en *Educational Philosophy and Theory*, Vol. 38, No. 1, 2006.
- , “Taking the Basic Structure Seriously”, en *Perspectives on Politics*, Vol. 4, No. 1, March 2006.
- , “Activist Challenges to Deliberative Democracy”, en *Political Theory*, Vol. 29, No.5, October 2001.
- , “A Multicultural Continuum: A Critique of Will Kymlicka’s Ethnic-Nation Dichotomy”, en *Constellations*, Vol. 4, Issue 1, April 1997.
- Zapata Barrero, Ricard, “The three strands of intercultural policies: a comprehensive view A critical review of Bouchard and Cantle recent books on interculturalism”, *GRITIM-UPF Working Paper Series*, No. 17, Summer 2013.
- Zapata-Barrero, Ricard, Van Dijk, Teun A. (Eds.), *Discurso sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, CIDOB, Barcelona, 2007
- Zorzetto, Silvia, “Reasonableness”, en *The Italian Law Journal*, Vol. 1, No. 1, March 2015

## b) Documentos electrónicos

ACNUR, *Aquí estoy, aquí pertenezco. La urgente necesidad de acabar con la apatridia infantil*, noviembre 2015 Disponible en:

- <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10234> (consultado el 9 de noviembre de 2015).
- Altman, Andrew, “Discrimination”, en Zalta Edward. N. (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2011 Edition, en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/discrimination/>, p. 8. (consultado el 24 de mayo de 2015).
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *La crisis del Mediterráneo 2015 a seis meses: las cifras de refugiados e inmigrantes más altas*, comunicado de prensa, Ginebra, 1 de julio de 2015, disponible en: <http://www.acnur.es/noticias/notas-de-prensa/2148-2015-07-01-15-24-30>
- Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, C.R., 2010, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26393.pdf> (consultados el 10 de julio de 2015).
- Aportes del Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios para el Comentario General Nro. 35 del Comité de Derechos Humanos, sobre “el derecho a la libertad y la seguridad personal: artículo 9, disponible en: [www.ohchr.org/.../GConArticle9/ContributionCMW\\_DGC9\\_sp.doc](http://www.ohchr.org/.../GConArticle9/ContributionCMW_DGC9_sp.doc) (consultado el 15 de diciembre de 2014)
- Campaña por el Cierre de los Centros de Internamiento de Extranjeros (Els Cie), *El CIE de Barcelona (Zona Franca). Situaciones de racismo y discriminación*, enero 2014.
- Cavieres, Eduardo; Rodríguez Ostría, Gustavo y Aljovín de Losada, Cristobal, “¿Cómo enseñar el 12 de octubre de 1492?”, *Educarchile*, disponible en: <http://www.educarchile.cl/ech/pro/app/detalle?id=107262>
- Challenges to sovereignty: migration laws for the 21st century*, United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), 31 July 2003, available at: <http://www.refworld.org/docid/4ff2b0b82.html>
- Chun-Wing, Tse, *Do Natural Disasters Really Lead to More Migration? Evidence from Indonesia*, (August 8, 2011), disponible en: [http://www.econ.yale.edu/conference/neudc11/papers/paper\\_202.pdf](http://www.econ.yale.edu/conference/neudc11/papers/paper_202.pdf)
- Clandestino Project. Final Report. Undocumented Migration: Counting the Uncountable. Data and Trends Across Europe*, European Commission-Citizens and Governance in a Knowledge-based society-Hellenic Foundation for European and Foreign Policy (ELIAMEP), November 2009, disponible en: <http://cordis.europa.eu/documents/documentlibrary/126625701EN6.pdf>
- Consejo de Ministros, *Acuerdo por el que se modifican los límites establecidos en el artículo de la Ley General Presupuestaria para adquirir compromisos de gasto con cargo a ejercicios futuros, a fin de posibilitar a la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior la contratación de servicios de apoyo a la seguridad en los centros penitenciarios, transporte aéreo de repatriados y otros servicios*, 5 de diciembre de 2014, disponible en: [http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2014/refc2\\_0141205.aspx#centrospeniten](http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2014/refc2_0141205.aspx#centrospeniten)
- Detention Facilities*, US Immigration and Customs Enforcement (ICE), disponible en: <http://www.ice.gov/detention-facilities/>



- European Court of Human Rights, *Migrants in detention*, Factsheet, July 2014, pp. 1-12, disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Migrants\\_detention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Migrants_detention_ENG.pdf)
- Grupo de Trabajo sobre Política Migratoria, *Urgente aprobar reformas a la Ley de Migración*, Comunicado de Prensa, 9 de diciembre de 2014, p. 1, inciso 2. Disponible en: <http://insyde.org.mx/wp-content/uploads/2014/12/Comunicado-reformas-LM-Anexo-temas-9-dic-14.pdf>
- Guide on Article 5 of the Convention. Right to Liberty and Security*, Council of Europe-European Court of Human Rights, Strasbourg, 2014, disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_5\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf)
- Iglesias Vila, Marisa, “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, en *SELA*, Yale Law School, disponible en: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Iglesias\\_CV\\_Sp\\_201303\\_14.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_201303_14.pdf)
- Informe Mundial sobre Desastres 2012. Migración forzada*, Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, disponible en: [http://www.cruzroja.cl/publicaciones/descarga/WDR2012\\_Summary\\_SP\\_1.pdf](http://www.cruzroja.cl/publicaciones/descarga/WDR2012_Summary_SP_1.pdf)
- Inmigración española en México*, disponible en: [http://www.mexicodiplomatico.org/lecturas/Inmigracion\\_espanola\\_Mexico.pdf](http://www.mexicodiplomatico.org/lecturas/Inmigracion_espanola_Mexico.pdf)
- Instituto de los Mexicanos en el Exterior, *Estadística de la población mexicana en el mundo 2012*, México, 2012, disponible en: <http://www.ime.gob.mx/es/resto-del-mundo>
- Instituto de los Mexicanos en el Exterior, *Estadística de la población mexicana en el mundo 2013*, México, 2013, disponible en: <http://www.ime.gob.mx/es/resto-del-mundo>
- Instituto de los Mexicanos en el Exterior, *Estadística de la población mexicana en el mundo 2014*, México, 2014, disponible en: <http://www.ime.gob.mx/es/resto-del-mundo>
- Instituto Nacional de Estadística, *Cifras de Población a 1 de enero de 2015. Estadística de Migraciones 2014*, Notas de prensa, 25 de junio de 2015, disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np917.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística, *Cifras de Población a 1 de julio de 2013. Estadística de Migraciones. Primer semestre de 2013*, Notas de prensa, 10 de diciembre de 2013, disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np822.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística, *Padrón de españoles residentes en el extranjero*, Notas de prensa, 29 de abril de 2010, disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np594.pdf>
- Instituto Nacional de Migración, *Boletín mensual de estadísticas migratorias 2013*, Unidad de Política Migratoria, Secretaría de Gobernación, México, enero 2014, p. 14, disponible en: [http://www.wola.org/files/2013\\_inm\\_stats.pdf](http://www.wola.org/files/2013_inm_stats.pdf)
- Instituto Nacional de Migración, Unidad de Política Migratoria, *2014 Boletín Estadístico Anual*, México, 2014. Disponible en: [www.gobernacion.gob.mx/es\\_mx/SEGOB/Boletin\\_Estadistico\\_2014](http://www.gobernacion.gob.mx/es_mx/SEGOB/Boletin_Estadistico_2014)
- Instituto Nacional de Migración, Unidad de Política Migratoria, *Síntesis 2013. Estadística Migratoria*, México, 2013. Disponible en: <http://estudiosfronterizos.files.wordpress.com/2013/12/sintesis2013.pdf>

- International Organization for Migration, *Migration Trends across the Mediterranean: Connecting the Dots*, June 2015, disponible en: [http://www.altaiconsulting.com/docs/migration/Altai\\_Migration\\_trends\\_across\\_the\\_Mediterranean.pdf](http://www.altaiconsulting.com/docs/migration/Altai_Migration_trends_across_the_Mediterranean.pdf)
- Martínez Escamilla, Margarita y Sánchez Tomás, José Miguel y Segovia Bernabé, José Luis y Díez Ripollés, José Luis y García España, Elisa y Gimbernat Ordeig, Enrique y González García, Julio y Pérez Alonso, Esteban y Pérez Manzano, Mercedes y Pérez Tremps, Pablo y Revenga Sánchez, Miguel y Rey Martínez, Fernando y Ríos Martín, Julián y Villaverde Menéndez, Ignacio "Rechazos en frontera": *¿Frontera sin derechos? Análisis de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/29379/>
- Migratory Rutes Map <http://frontex.europa.eu/trends-and-routes/migratory-routes-map/> (consultado el 15 de julio de 2015).
- National Bureau of Statistics of China, *China Statistical Yearbook 2014*, China Statistics Press, Beijing, 2014, disponible en: <http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2014/indexeh.htm>
- Organización Internacional para las Migraciones, *Los términos claves de la migración*, disponible en: <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/key-migration-terms-1.html#Migrante> (consultado el 11 de agosto de 2014).
- Passel, Jeffrey S., and Cohn, D'Vera, *Trends in Unauthorized Immigration: Undocumented Inflow Now Trails Legal Inflow*, Pew Hispanic Center, October 2008, Washington, D.C., disponible en: <http://pewhispanic.org/files/reports/94.pdf>
- Rebollo Vargas, Rafael, "El delito de tráfico ilegal de personas y la (in)competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), No. 11-09, julio 2009. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-09.pdf>
- Samman, Magdy, "Walking with migrants: my 15-day journey from Piraeus to Munich", *The Telegraph*, World, Europe, 16 October 2015, disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/11891467/Walking-with-migrants-the-diary-of-a-journey-from-Greece-to-Berlin.html>
- Tharoor, Ishaan, "Slovakia will take in 200 Syrian refugees, but they have to be Christian", *The Washington Post*, World Views, August 19 2015, disponible en: <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2015/08/19/slovakia-will-take-in-200-syrian-refugees-but-they-have-to-be-christian/>
- Unidad de Política Migratoria, *Estadística migratoria, Síntesis 2014*, Secretaría de Gobernación, Instituto Nacional de Migración, México, 2014, disponible en: [www.politicamigratoria.gob.mx/es\\_mx/SEGOB/Estadistica](http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Estadistica)
- Unidad de Política Migratoria, *Estadísticas*. Disponible en: [www.politicamigratoria.gob.mx/es\\_mx/SEGOB/Estadistica](http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Estadistica)
- United States Commission on International Religious Freedom (USCIRF), *Informe sobre Solicitantes de Asilo Bajo Deportación Expedita: Volumen II*, febrero 2005, disponible en: [http://www.uscirf.gov/images/stories/pdf/asylum\\_seekers/ERS\\_RptVolII.pdf](http://www.uscirf.gov/images/stories/pdf/asylum_seekers/ERS_RptVolII.pdf)

### c) Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C, No. 16.

*Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*, Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995, Serie C, No. 20.

*Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

*Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, No. 152, párr. 87.

*Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C, No. 99.

*Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

*Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.

*Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, No. 112.

*Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

*Caso López Álvarez Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, No. 141.

*Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C, No. 152. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez. Vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C, No. 170.

*Caso Yvon Neptune Vs. Haití*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C, No. 180.

*Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

*Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C, No. 207.

*Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

*Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, No. 218.

*Caso Gelman Vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221.

*Caso Fleury y otros Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, Serie C, No. 236.

*Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C, No. 251.

*Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

*Caso García y Familiares Vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 noviembre de 2012, Serie C, No. 258.

*Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

*Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.

*Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

*Caso Argüelles y otros Vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C, No. 288.

*Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C, No. 295.

*Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5.

*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16

*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No 18.

*Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, No. 21.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación general N° 8 Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9)*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 30 de junio de 1982.

*Observación General No. 21, Artículo 10 - Trato humano de las personas privadas de libertad*, 44° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992).

*Observación general No. 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, CCPR/C/GC/35, de 16 de diciembre de 2014, aprobada en el 112° periodo de sesiones.

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observación general N° 2, Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, 19° período de sesiones, U.N. Doc. CMW/C/GC/2 (2013).

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, jurisprudencia: *P. 19 (8a.)*, Tomo I, enero-junio 1988.

Pleno, jurisprudencia: *P./J.9/94 (8a.)*, Núm. 77, mayo de 1994.

Pleno, jurisprudencia: *P./J.23/95 (9a.)*, Tomo II, septiembre de 1995.

Pleno, tesis aislada: *P.CXVII/97 (9a.)*, Tomo VI, julio de 1997.

Pleno, jurisprudencia: *P./J16/98 (9a.)*, Tomo VII, febrero de 1998.

Pleno, jurisprudencia: *P./J.24/98 (9a.)*, Tomo VII, abril de 1998.

Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J.78/99 (9a.)*, Tomo X, noviembre de 1999.

Segunda Sala, tesis aislada: *2a.XLVII/2002 (9a.)*, Tomo XV, abril de 2002.

Pleno, jurisprudencia: *P./J.75/2000 (9a.)*, Tomo XII, agosto de 2000.

Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J.89/2005 (9a.)*, Tomo XXII, septiembre de 2005.

Pleno, tesis aislada: *P.XXIII/2006 (9a.)*, tomo XXIII, febrero de 2006.

Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J33/2007 (9a.)*, Tomo XXV, mayo de 2007.

Pleno, jurisprudencia: *P./J.106/2007 (9a.)*, Tomo XXVI, diciembre de 2007.

Pleno, jurisprudencia: *P./J.110/2007 (9a.)*, Tomo XXVI, diciembre de 2007.

Pleno, jurisprudencia: *P./J.112/2007 (9a.)*, Tomo XXVI, diciembre de 2007.

Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J.5/2007 (9a.)*, Tomo XXV, marzo de 2007.

Pleno, jurisprudencia: *P./J 25/2008 (9a.)*, Tomo XXVII, febrero de 2008.

Pleno, jurisprudencia: *P./J. 114/2008 (9a.)*, Tomo XXVIII, octubre de 2008.

Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J.38/2011 (9a.)*, Tomo XXXIV, julio de 2011.

Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J.35/2012 (10a.)*, Libro VII, abril de 2012.

Primera Sala, tesis aislada: *1a. CXLV/2012 (10a.)*, Libro XI, agosto de 2012.

Primera Sala, tesis aislada: *1a.CLXXV/2013 (10ª)*, Libro XX, mayo de 2013.

Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J. 17/2013 (10a.)*, Libro XIX, abril de 2013.

Pleno, jurisprudencia, *P./J. 20/2014 (10a.)*, Libro 5, Tomo I, abril de 2014.

Pleno, jurisprudencia *P./J. 21/2014 (10a.)*, Libro 5, Tomo I, abril de 2014,

Primera Sala, tesis aislada: *1a. CC/2014 (10a.)*, Libro 6, mayo de 2014.

Primera Sala, tesis aislada: *1a. CCI/2014 (10a.)*, Libro 6, mayo de 2014.

Primera Sala, tesis aislada: *1a.CCII/2014 (10a.)*, Libro 6, mayo de 2014.

Primera Sala, tesis aislada: *1a. CXCIX/2014 (10a.)*, Libro 6, mayo de 2014.

Primera Sala, tesis aislada: *1a. LIII/2014 (10a.)*, Libro 3, febrero de 2014.

Pleno, jurisprudencia: *P./J. 31/2014 (10a.)*, Libro 6, mayo de 2014.

Pleno, jurisprudencia: *P./J. 32/2014 (10a.)*, Libro 6, mayo de 2014.

Segunda Sala, jurisprudencia, *2a./J. 114/2014 (10a.)*, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014.

Primera Sala, tesis aislada: *1a. CDII/2014 (10a.)*, Libro 12, noviembre de 2014.

Primera Sala, tesis aislada: *1a. CII/2015 (10a.)*, Libro 16, marzo de 2015.

Primera Sala, tesis aislada: *1a. XCIII/2015 (10a.)*, Libro 16, marzo de 2015.  
Primera Sala, tesis aislada: *1a. XCII/2015 (10a.)*, Libro 16, marzo de 2015.  
Primera Sala, tesis aislada: *1a. CXXXIX/2015 (10a.)*, Libro 18, mayo de 2015.  
Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J.4/2015 (10a.)*, Libro 15, febrero de 2015.  
Primera Sala, jurisprudencia *1a./J. 29/2015 (10a.)*, Libro 17, Tomo I, abril de 2015.  
Primera Sala, jurisprudencia: *1a./J. 45/2015 (10a.)*, Libro 19, Tomo I, junio de 2015.

Tribunales Colegiados de Circuito, *tesis aislada* I.9o.P.3 K (10a.), Libro 16, Tomo III, marzo de 2015.

Supreme Court of the United States, *Zadvydas v. Davis et. al.*, 533 U.S. 678, Argued February 21, 2001, Decided June 28, 2001.

Espinoza v. Farah Manufacturing Co., 414 U.S. 86 (1973)

Tribunal Constitucional de España, STC-18/1981 de 8 de junio

STC-22/1981, de 2 de julio.	STC-86/1996, de 21 de mayo.
STC-34/1981, de 10 de noviembre.	STC-182/1996, de 12 de noviembre
STC-49/1982, de 14 de julio.	STC-174/1999, de 27 de septiembre.
STC-83/1984, de 24 de julio.	STC-179/2000, de 26 de junio
STC-178/1985, de 18 de diciembre.	STC-288/2000, de 27 de noviembre
STC-115/1987, de 7 de julio.	STC-200/2001, de 4 de octubre.
STC-112/1988 de 8 de junio.	STC-53/2002, de 27 de febrero.
STC-32/1989, de 13 de febrero.	STC-94/2003, de 19 de mayo.
STC-144/1990, de 26 de septiembre	STC-23/2004, de 23 de febrero.
STC-14/1992, de 10 de febrero.	STC-122/2004, de 12 de julio.
STC-341/1993, de 18 de diciembre.	STC-303/2005, de 24 de noviembre.
STC-12/1994, de 17 de enero	STC-41/2006, de 13 de febrero.
STC-150/1994, de 23 de mayo	STC-307/2006, de 23 de octubre.
STC-96/1995, de 19 de junio.	STC-260/2007, de 20 de diciembre.
STC-130/1995, de 11 de septiembre.	
STC-37/1996, de 11 de marzo.	

STC-236/2007 de 7 de noviembre.	STC-141/2012, de 2 de julio.
STC-57/2008, de 28 de abril.	STC-17/2013, de 31 de enero.
STC-123/2008, de 20 de octubre.	STC-156/2014, de 25 de septiembre.
STC-172/2008, de 18 de diciembre.	STC-35/2014 de 27 de febrero.
STC-169/2008, de 15 de diciembre.	STC-69/2014, de 5 de mayo.
STC-39/2012, de 29 de marzo.	STC-66/2015, de 13 de abril.
	STC-42/2015 de 2 de marzo.
	STC-155/2015, de 9 de julio.

Tribunal Supremo de España, Sala Tercera de lo Contencioso, *sentencia STS-1924/2003, de 20 de marzo de 2003*, Sexta Sección, recurso contencioso administrativo núm. 488/2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Lawless Vs. Irlanda (No. 3)*, Sala, Aplicación 332/57, Serie A, sentencia de 1 julio 1961.

*Caso Wemhoff c. Alemania*, Aplicación No. 2122/64, Sentencia de 27 de junio de 1968.

*Caso De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, Aplicación No. 2832/66; 2835/66; 2899/66, Sentencia de 18 de junio de 1971.

*Caso Engel and Others c. Los Países Bajos*, Aplicación No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Sentencia de 8 de junio de 1976.

*Caso The Sunday Times c. Reino Unido*, Sala, Aplicación No. 6538/74, Sentencia de 26 de abril de 1979.

*Caso Winterwerp c. Los Países Bajos*, Aplicación No. 6301/73, Sentencia de 24 de octubre de 1979

*Caso Guzzardi c. Italia*, Aplicación No. 7367/76, Sentencia de 6 de noviembre de 1980.

*Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, Pleno, Aplicaciones 9214/80; 9473/81; 9474/81, Serie A94, sentencia de 28 de mayo de 1985.

*Caso Monell y Morris c. Reino Unido*, Aplicación No. 9662/81; 9818/82, Sentencia de 2 de marzo de 1987.

*Caso Nielsen c. Dinamarca*, Aplicación No. 10929/84, Sentencia de 28 de noviembre de 1988.

*Caso Ciulla c. Italia*, Aplicación No. 11152/84, Sentencia de 22 de febrero de 1989.

*Caso Van der Leer c. Los Países Bajos*, Aplicación No. 11509/85, Sentencia de 21 de febrero de 1990.

*Caso Wassink c. Los Países Bajos*, Aplicación No. 12535/86, Sentencia de 27 de septiembre de 1990.

*Caso Moustaquim c. Bélgica*, Sala, Aplicación No. 12313/83, Sentencia de 18 de febrero de 1991.

*Caso Amuur c. Francia*, Aplicación No. 19776/92, Sentencia de 19 de junio de 1996.

*Caso Chahal c. Reino Unido*, Gran Sala, Aplicación 22414/93, sentencia de 15 de noviembre de 1996.

*Caso Gaygusuz c. Austria*, Sala, Aplicación No. 19391/90, Sentencia de 16 de septiembre de 1996.

*Caso Eriksen c. Noruega*, Aplicación No. 17391/90, Sentencia de 27 de mayo de 1997.

*Caso Erkalo c. Los Países Bajos*, Aplicación No. 23807/94, Sentencia de 2 de septiembre de 1998.

*Caso Bolland c. Reino Unido*, Aplicación No. 42117/98, Admisibilidad, 4 de mayo de 2000.

*Caso Witold Litwa c. Polonia*, Aplicación No. 26629/95, Sentencia de 4 de abril de 2000.

*Caso Mancini c. Italia*, Aplicación No. 44955/98, Sentencia de 12 de diciembre de 2001.

*Caso Stašaitis c. Lituania*, Aplicación No. 47679/99, Sentencia de 21 de junio de 2002.

*Caso Koua Poirrez c. Francia*, Sección Segunda, Aplicación No. 40892/98, Sentencia de 30 de septiembre de 2003.

*Caso Koua Poirrez c. Francia*, Segunda Sección, Aplicación No. 40892/98, Sentencia de 30 de septiembre de 2003.

*Caso Shamsa c. Polonia*, Tercera Sección, Aplicación 45355/99, sentencia de 27 de noviembre de 2003.

*Caso I.I. c. Bulgaria*, Aplicación No. 44082/98, Sentencia de 9 de junio de 2005.

*Caso Storck c. Alemania*, Aplicación No. 61603/03/ Sentencia de 16 de septiembre de 2005.

*Caso Dacosta Silva c. España*, Aplicación No. 69966/01, Sentencia de 2 de febrero de 2007.

*Caso Riad and Idiab c. Belgium*, Aplicaciones No. 29787/03 y 29810/03), sentencia de 24 de enero de 2008.

*Caso Saadi c. Reino Unido*, Gran Sala, Aplicación 13229/03, sentencia de 29 de enero de 2008.

*Caso A. y otros c. Reino Unido*, Gran Sala, Aplicación 3455/05, sentencia de 19 de febrero de 2009.

*Caso A. A. c. Grecia*, Sala, Aplicación 12186/08, sentencia de 22 de julio de 2010.

*Caso Gäfgen c. Alemania*, Gran Sala, Aplicación No. 22978/05, Sentencia de 1 de junio de 2010.

*Caso Medvedyev y Otros c. Francia*, Aplicación No. 3394/03, Sentencia de 29 de marzo de 2010.

*Caso Raza c. Bulgaria*, Primera Sección, Aplicación 31465/08, sentencia de 11 de febrero de 2010, final de 11 de mayo de 2010.



*Caso Foka c. Turquía*, Aplicación No. 28940/95, Sentencia de 26 de enero de 2009.

*Caso Shimovolos c. Rusia*, Aplicación No. 30194/09, Sentencia de 28 de noviembre de 2011.

*Caso Rahimi c. Grecia*, Primera Sección, Aplicación 8687/08, sentencia de 5 de abril de 2011.

*Caso Austin y Otros c. Reino Unido*, Aplicación No. 39692/09, 40713/09 y 41008/09, 15 de marzo de 2012.

*Caso Creangă c. Rumanía*, Aplicación No. 29226/03, Sentencia de 23 de febrero de 2012.

*Caso Stanev c. Bulgaria*, Aplicación No. 36760/06, Sentencia de 17 de enero de 2012.

*Caso James, Wells y Lee c. Reino Unido*, Aplicación No. 25119/09, 57715/09 y 57877/09, Sentencia de 11 de febrero de 2013.

*Caso Dhabhi c. Italia*, Sección Segunda, Aplicación No. 17120/09, Sentencia de 8 de abril de 2014.

*Caso Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, Segunda Sección, Aplicación 15297/09, sentencia de 13 de diciembre de 2011, final de 13 de marzo de 2012.

*Caso Dhabhi c. Italia*, Segunda Sección, Aplicación No. 17120/09, Sentencia de 8 de abril de 2014.

*Caso Kim c. Rusia*, Primera Sección, Aplicación 44260/13, sentencia de 17 de julio de 2014, final de 17 de octubre de 2014.

*Caso Krupko y Otros c. Rusia*, Aplicación No. 26587/07, Sentencia de 17 de noviembre de 2014.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, Gran Sala, Asunto C-357/09, Petición de Decisión Prejudicial, sentencia de 30 de noviembre de 2009.

*Caso Alexandre Achughbabian y Préfet du Val-de-Marne*, Gran Sala, Asunto C-329/11, Petición de Decisión Prejudicial, sentencia de 6 de diciembre de 2011.

*Caso Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, Sala Primera, Asunto C-61/11 Petición de Decisión Prejudicial, sentencia de 28 de abril de 2011.

*Caso<sup>Md.</sup> Sagor* Sala Primera, Asunto C-430/11, Petición de Decisión Prejudicial, sentencia de 6 de diciembre de 2012.

*Caso West*, Segunda Sala, asunto C-192/12, Petición de Decisión Prejudicial, sentencia de 28 de junio de 2012.

*Caso Ciprian Vasile Radu*, Gran Sala, asunto C-396/11, sentencia de 29 de enero de 2013.

*Caso F.*, Segunda Sala, asunto C-168/13, Petición de Decisión Prejudicial, sentencia de 30 de mayo de 2013.

*Caso M. G. y N. R. contra Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Sala Segunda, Asunto C-383/13, Petición de Decisión Prejudicial, sentencia de 10 de septiembre de 2013.

*Caso Stefano Melloni y Ministerio Fiscal*, Gran Sala, Caso C-399/11, sentencia de 26 de febrero de 2013.

*Caso Adala Bero y Regierungspräsidium Kassel- Ettayebi Bouzalmate y Kreisverwaltung Kleve*, Gran Sala, Asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13, Petición de Decisión Prejudicial, sentencia de 17 de julio de 2014.

*Caso Bashir Mohamed Ali Mahdi*, Sala Tercera, Asunto C-146/14, Petición de Decisión Prejudicial, sentencia de 5 de junio de 2014.

*Caso Mahdi*, Sala Tercera, asunto C-146/14 PPU, sentencia de 5 de junio de 2014.

*Caso Thi Ly Pham y Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik*, Gran Sala, Asunto C-474/13, Petición de Decisión Prejudicial, sentencia de 17 de julio de 2014.

*Caso Samir Zaizoune y Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa*, Sala Cuarta, Petición de Decisión Prejudicial, sentencia de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14

*Caso Skerdjan Celaj*, Sala Cuarta, Asunto C-290/14, Petición de Decisión Prejudicial, sentencia de 1 de octubre de 2015.

#### **d) Notas periodísticas**

The Economist, “Facebook has become the third-largest nation”, Jul 22nd 2010, disponible en: <http://www.economist.com/node/16660401>

*El Periódico*, “Facebook sería el tercer país más poblado del mundo si fuera un Estado”, Sociedad, martes 15 de mayo de 2012, disponible en: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/sociedad/facebook-seria-tercer-pais-mas-poblado-del-mundo-fuera-estado-1786982>

CNN México, *Un australiano gana una 'histórica' demanda al INM por maltrato*, viernes 2 de mayo de 2014, disponible en: <http://mexico.cnn.com/nacional/2014/05/02/un-australiano-gana-una-historica-demanda-al-inm-por-maltrato>

El Mundo, *7.696 inmigrantes fueron expulsados de España en 2014*, 02/08/2015, disponible en: <http://www.elmundo.es/espana/2015/08/02/55bde348ca474118428b4571.html>

Eldiario.es, *España expulsó a 7.696 inmigrantes en 2014*, 02/08/2014, disponible en: [http://www.eldiario.es/desalambre/inmigrantes-expulsados-Espana\\_0\\_415758517.html](http://www.eldiario.es/desalambre/inmigrantes-expulsados-Espana_0_415758517.html)

*Aljazeera*, “Refugees enter Slovenia after Hungary closes border”, Refugees, 17 October 2015, disponible en: <http://www.aljazeera.com/news/2015/10/refugees-slovenia-hungary-151017154353488.html>

Tharoor, Ishaan, “Slovakia will take in 200 Syrian refugees, but they have to be Christian”, *The Washington Post*, World Views, August 19 2015, disponible en: <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2015/08/19/slovakia-will-take-in-200-syrian-refugees-but-they-have-to-be-christian/>

Animal Político, *La Suprema Corte, ante la oportunidad de entrar al tema de la detención migratoria*, Columna Invitada por Cano, Lorena y Martínez, Diana, febrero 2, 2015, disponible en: <http://www.animalpolitico.com/blogeros-blog->

[invitado/2015/02/02/la-suprema-corte-ante-la-oportunidad-de-entrar-al-tema-de-la-detencion-migratoria/](#)

El País, *831 inmigrantes fueron expulsados de la Comunidad Valenciana en 2014*, Comunidad Valenciana, 2 agosto 2015, disponible en: [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/08/02/valencia/1438512354\\_736056.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/08/02/valencia/1438512354_736056.html)

Torres, Mauricio, “Las 10 reformas que Peña Nieto aún no logra ‘mover’ en el Congreso”, en *CNN México*, jueves 3 de septiembre de 2015, disponible en: <http://mexico.cnn.com/nacional/2015/09/03/las-10-reformas-que-pena-nieto-aun-no-logra-mover-en-el-congreso>