**Información para la Observación General sobre el**

 **“Derecho a la Libertad Personal de las personas Migrantes”**

Nombre: **Karlos** A. **Castilla** Juárez

País: **México** y **España**

Fecha: 12 de octubre de 2020

Con el fin de dar respuesta a algunas de las preguntas formuladas por el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CMW, por sus siglas en inglés) para contar con mayor información para la elaboración de la Observación General No. 5 sobre “el derecho a la libertad personal de los migrantes y su protección en contra de la detención arbitraria”, aporto a título personal, la siguiente información que forma parte de algunas de las conclusiones de una investigación que llevé a cabo respecto al tema objeto de la Observación, con especial atención a lo que ocurre en España y México[[1]](#footnote-1).

**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. 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; a pesar de su falta de previsión 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.

**C. 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 intervine 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.

**D. 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 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 de que 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.

**E. ¿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:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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.
5. 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.
6. 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.
7. 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.
8. 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.
9. 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.
10. 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 que deberían o podrían ser aplicables en sustitución total del internamiento en España y el alojamiento en México, así sea reducida su temporalidad al mínimo.

**F. ¿Se criminaliza 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* y que han cometido infracciones administrativas son delincuentes y un riesgo para el orden público y la seguridad .

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 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* ó infracciones administrativas y delincuencia . 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.

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 . 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 institucionalizada o institucional , 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 a las personas migrantes. “Si la [privación de libertad] es la solución, nosotros tenemos que preguntarnos ¿cuál es el problema?”

Finalmente, deseo expresar ante ese Comité que, si es de su interés, puedo hacerle llegar información más detallada respecto a todo lo antes expresado, ya que ahora, con el fin de cumplir con la extensión máxima establecida para las aportaciones (10 páginas), he limitado la información que les remito a aquellos aspectos que he considerado especialmente relevantes, atendiendo a las preguntas que se han formulado.

Karlos Castilla

Barcelona

1. El resultado final de esta investigación es el libro: *¿Detención por motivos migratorios? Respuestas desde los derechos humanos para España y México*, Tirnat lo Blanch, México-Valencia, 2018. [↑](#footnote-ref-1)