

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

**“EL RECURSO JUDICIAL EFECTIVO EN CONTRA DE LAS
DETENCIONES POR MOTIVOS MIGRATORIOS, EN MÉXICO”**

Tesis que, para obtener el grado de Licenciado en Derecho presenta:

JUAN CARLOS MORALES ROMERO.

Asesor de tesis: Jorge Sánchez Magallán

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX., 2022



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Cd. Universitaria, Cd. De México, 28 de febrero del 2022

M. EN C. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECTORA GENERAL DE ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM

P R E S E N T E

Por este conducto comunico a Usted, que el pasante JUAN CARLOS MORALES ROMERO, con número de cuenta 30504501-8, bajo la asesoría del LIC. JORGE SÁNCHEZ MAGALLÁN, y bajo la supervisión del suscrito director del Seminario de Amparo, elaboró la tesis intitulada "EL RECURSO JUDICIAL EFECTIVO EN CONTRA DE LAS DETENCIONES POR MOTIVOS MIGRATORIOS, EN MÉXICO".

Con fundamento en los artículos 8 fracción V, del reglamento de Seminarios, 19 y 20 del reglamento general de exámenes profesionales, de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor.

En consecuencia, se autoriza su presentación al jurado respectivo.

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

ATENTAMENTE

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"

DIRECTOR DEL SEMINARIO

DR. LUCIANO SILVA RAMÍREZ



JORGE SÁNCHEZ MAGALLÁN
ABOGADO

DR. LUCIANO SILVA RAMÍREZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
P R E S E N T E

Muy distinguido señor DIRECTOR:

Distraigo su atención para hacer de su conocimiento que el compañero alumno JUAN CARLOS MORALES ROMERO (número de cuenta 30504501-8), inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional y Amparo a su digno cargo, ha concluido la elaboración de su TESIS PROFESIONAL intitulada "EL RECURSO JUDICIAL EFECTIVO EN CONTRA DE LAS DETENCIONES POR MOTIVOS MIGRATORIOS, EN MÉXICO" bajo mi dirección, para optar por el título de Licenciado en Derecho.

Asimismo le expreso haber revisado y aprobado dicho trabajo, estimando reúne los requisitos que establecen los numerales 18, 19, 20, 26, y 28 del Reglamento de Exámenes Profesionales de la U.N.A.M., motivo por el cual la pongo a su atenta consideración para las observaciones que estime pertinentes, y, en su caso, para su respectiva aprobación.

Sin más por el momento, agradeciendo la atención que se sirva prestar a la presente, aprovechando la oportunidad para enviarle un afectuoso saludo.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, 15/Noviembre de 2019

LIC. JORGE SÁNCHEZ MAGALLÁN

ODONTOLOGÍA 1, P.H., COL. COPILCO UNIVERSIDAD, COYOACÁN CDMX.
55 5659 5714 55 5659 5717 CORREO: jorgesan@prodigy.net.mx

Dedicatoria.

A Dios, por ser mi fortaleza y mi refugio.

A mis padres por ser mi raíz, mi ejemplo y mi razón de ser; por darme todo lo que fue necesario para tener siquiera la oportunidad de escribir este documento; porque sin ellos nada en mí sería posible.

A mi madre Luz María, por ser mi primera maestra, por todo su amor, su esfuerzo y desvelo; por enseñarme a no rendirme y a creer en Dios.

A mi padre Jorge, por su inagotable fortaleza y empeño, por enseñarme el amor al trabajo duro y por enseñarme a ser un hombre de bien; por nunca dejar confiar en mí.

A mi hermano Jorge Alberto, por su inmenso apoyo, por ser mi ejemplo de profesionalista y persona; por ser mi mejor amigo y guía.

A Rodrigo Escartín, por haber confiado en mí desde que me conoció; por ser mi mentor y amigo; por enseñarme a ser buena persona antes que buen abogado.

A mí, por no haber desistido, por no haber renunciado; por hacer el trabajo duro; por no dejar de estudiar y por caminar por la ruta menos popular para ser fiel a mí.

Agradecimientos

A Jorge Sánchez, por haber sido mi maestro en la materia que amo y por ser mi asesor y a quien le agradezco por haber creído en la idea de este trabajo, por alentarme a continuar y por todo su esfuerzo para que este trabajo fuera posible

A mi Universidad porque es mi casa y santuario.

A mis amigos, a las personas que me quieren y a la mujer que amo.

A cada uno de mis profesores y maestros.

A los miembros de la firma para la que laboro y a los que aprecio mucho.

ÍNDICE

Introducción	I
---------------------------	---

Capítulo I.- Bloque de constitucionalidad en México

1.1 Nociones generales sobre el contenido de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.....	1
1.2 El contenido del artículo 1° constitucional a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.....	7
1.2.1 El actual bloque constitucional del ordenamiento jurídico en México.....	11
1.2.2 El principio pro persona	17
1.2.3 Control difuso de regularidad	19
1.2.4 Interpretación conforme	23

Capítulo II.- La tensión entre el derecho fundamental a la libertad personal y las detenciones por motivos migratorios, en México.

2.1 Derecho fundamental a la libertad personal.....	28
2.1.1 Origen internacional	29
2.1.2 Concepto y dimensiones	35
2.2 El derecho fundamental a la libertad personal en el bloque de constitucionalidad mexicano	37

2.2.1 El derecho fundamental a la libertad personal y sus garantías en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la jurisprudencia del Poder Judicial Federal	39
2.2.2 El derecho fundamental a la libertad personal en los tratados internacionales adoptados por el Estado Mexicano	41
2.2.3 Las aportaciones de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al núcleo esencial del derecho a la libertad personal	43
2.3 Las afectaciones al derecho de libertad personal por motivos migratorios en México	48
2.3.1 Características y procedencia de la presentación de extranjeros y alojamiento migratorio	52
2.4 Parámetros constitucionales para un <i>test</i> de proporcionalidad sobre la restricción al derecho de libertad personal	57
2.4.1 El test de proporcionalidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	58
2.4.2 Test de proporcionalidad de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos	59
2.4.3 Criterios integrados del <i>test</i> de proporcionalidad	60
2.5 Resultado del test de proporcionalidad a las detenciones y alojamientos por motivos migratorios	62

Capítulo III.- El derecho fundamental a un recurso judicial efectivo en el ordenamiento jurídico mexicano vigente.

3.1 El derecho fundamental al debido proceso	69
3.1.1 Origen internacional	70

3.1.2 Concepto	72
3.2 El derecho fundamental al debido proceso en el bloque de constitucionalidad mexicano	75
3.2.1 El derecho fundamental en las afectaciones al derecho de libertad personal en México	77
3.3 Debido proceso en las detenciones por motivos migratorios	87
3.3.1 Debido proceso en las detenciones por motivos migratorios, conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la jurisprudencia mexicana	87
3.3.2 Debido proceso en las detenciones por motivos migratorios, conforme a los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte	89
3.3.3 Debido proceso en las detenciones por motivos migratorios, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos	94
3.3.4 Opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos	106
3.4 El derecho fundamental a un recurso judicial efectivo	109
3.4.1 Origen internacional	109
3.4.2 Concepto	111
3.5 El derecho a un recurso judicial efectivo en el bloque de constitucionalidad mexicano	113
3.5.1 El derecho a un recurso judicial efectivo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos	113
3.5.2 El derecho a un recurso judicial efectivo en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado Mexicano ha sido parte	118

3.5.3 El derecho a un recurso judicial efectivo en la jurisprudencia mexicana, a partir del 10 de junio de 2011	120
3.6 <i>Habeas Corpus</i>	122
3.6.1 Habeas Corpus en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	125
3.6.2 Habeas corpus en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	128

Capítulo IV.- Inconstitucionalidad por omisión legislativa y ausencia de un recurso judicial efectivo en materia de afectaciones a la libertad personal por motivos migratorios.

4.1 Omisión legislativa	131
4.1.1 Concepto	132
4.1.2 Elementos constitutivos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa.....	133
4.1.3 Postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	138
4.1.4 Inconstitucionalidad por omisión legislativa sobre el control judicial de las detenciones por motivos migratorios	140
4.2 Examen de existencia de un recurso judicial efectivo en contra de la omisión legislativa	147
4.2.1 Acción de inconstitucionalidad	149
4.2.2 Controversia constitucional	153
4.3 El proceso de amparo y el <i>test</i> de concordancia con el derecho a un recurso efectivo	155
4.3.1 Concepto de amparo	155

4.3.2 Amparo directo	158
4.3.3 Amparo indirecto	159
4.3.3.1 Efectividad frente a la omisión legislativa	161
4.3.3.2 Efectividad frente a las afectaciones a la libertad personal por motivos migratorios	168
4.3.3.3 Suspensión efectiva	171
4.4 El papel de los jueces de amparo frente al fenómeno de esta investigación.....	176
4.4.1 El amparo frente a la omisión constitucional de desarrollo del control de la legalidad de la detención por motivos migratorios	177
4.4.2 El amparo frente a la detención y alojamiento por motivos migratorios.....	178
4.5 Las obligaciones del Poder Legislativo frente al fenómeno de esta investigación.....	185
4.5.1 Ley de Migración	186
4.5.2 Código Nacional de Procedimientos Penales	192
4.5.3 Ley de amparo	193
Conclusiones	196
Bibliografía y fuentes de consulta	203
Apéndice “A”	216
Apéndice “B”	221

Introducción.

La investigación que se pretende realizar tendrá como enfoque principal, el estudio dogmático de la efectividad del proceso de amparo en contra de las detenciones hechas por el Instituto Nacional de Migración y los alojamientos en sus estaciones migratorias a personas extranjeras que tienen una estancia irregular en el territorio nacional.

Como preámbulo, es necesario precisar que ésta investigación se alimentó de la información pública que pudo ser recabada mediante solicitudes de acceso a la información a través de la Plataforma Nacional de Transparencia, a manera preparativa de este trabajo; de la cual se advierte que, del periodo comprendido entre del 2 de abril de 2013, fecha en que se publicó la Ley de Amparo vigente al 12 de junio de 2019, fueron 876,247 las personas a las que se presentó ante el Instituto Nacional de Migración para enfrentar un procedimiento administrativo para definir la legalidad de su estancia en el país, mismas que fueron alojadas en las Estaciones Migratorias del país a cargo del Instituto Nacional de Migración.¹

Es decir, se advirtió que año con año, son miles de personas las que sufren detenciones por motivos migratorios e indefectiblemente eso lleva a cuestionarse sobre lo democrático de ese fenómeno.

La problemática que despertó el interés del autor es el hecho que cada vez que un extranjero es detenido y retenido (alojado, en términos de la legislación en materia migratoria) en una estación migratoria para enfrentar un procedimiento administrativo relativo a la regularidad de su estancia en el territorio nacional, incluyendo el procedimiento de deportación, sufre la lesiva experiencia de permanecer detenido materialmente en dichas estaciones durante todo el tiempo que dure su procedimiento administrativo y, en su caso, durante todo el tiempo que

¹ Instituto Nacional de Migración, Atención Solicitud INFOMEX, oficio INM/DGCVM/DEM/0284/2019, 2 de julio de 2019, p.2.

dure el proceso de amparo, mismo que suele durar varios meses, arrojando desgaste físico, emocional y psicológico a los extranjeros alojados.

Los cuestionamientos inmediatos que arroja el fenómeno son ¿qué tan constitucionales son las afectaciones a la libertad personal por motivos migratorios en México, entiéndanse detenciones y alojamientos?; ¿cuáles detenciones por motivos migratorios tienen una justificación constitucional?; ¿qué herramientas o recursos asisten a los extranjeros para defenderse de una detención arbitraria por motivos migratorio?; ¿cómo incidió la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 al derecho de libertad personal? y ¿qué tópicos pueden mejorarse para proteger de mejor manera la libertad personal de los extranjeros con una condición migratoria irregular?

El primer bastión para mirar como garante de los derechos de los extranjeros que se ubican en la situación descrita, es el proceso de amparo que, en la tradición jurídica mexicana se le ha considerado como defensa por excelencia, frente a actos de autoridad arbitrarios.

Sin embargo, de la información pública obtenida se advierte que, del 2 de abril de 2013 al 12 de junio de 2019, únicamente se promovieron 4,558 demandas de amparo indirecto contra detenciones, presentaciones y alojamientos en estaciones migratorias²; es decir, menos del seis por ciento de las personas que fueron detenidas.

Luego entonces, se advirtió un cuestionamiento más profundo: ¿qué tan efectivo es el amparo para defender a los extranjeros que ven afectada su libertad por motivos migratorios?, no sólo para anular una detención arbitraria, de ser el caso, sino para evitar que los efectos de esa detención o alojamiento se extiendan en el tiempo, a través de su suspensión.

El cuestionamiento nació en virtud de que el artículo 160 de la Ley de Amparo, establece que en caso de que se promueva una demanda de amparo en contra de un acto de autoridad que implique deportación, el efecto de la suspensión será el

² Ibidem.

de evitar la ejecución de ese acto y en relación a la libertad personal del quejoso, será para efecto que este último quede en el lugar donde se encuentre disposición del órgano jurisdiccional de amparo; es decir, que permanezca alojado en la estación migratoria durante la secuela procesal del amparo; entonces, ¿esa suspensión realmente protege a un extranjero quejoso?

Es preciso señalar que el tema de la investigación que se plantea, es actual y podría considerarse novedoso, dado que el problema sustancial que se plantea sigue siendo al día de hoy, motivo de incertidumbre e interrogantes para los Tribunales Federales de justicia constitucional y en consecuencia, sigue provocando resoluciones jurisdiccionales que no son uniformes en los términos y condiciones en que se concede la suspensión para la petición de amparo en contra de actos de autoridad consistente en afectaciones a la libertad personal por motivos migratorios; en consecuencia, es evidente que tampoco existe actualmente un criterio jurisprudencial de observancia obligatoria que determine cómo debe concederse la medida cautelar en amparo para potencializar el derecho a un recurso efectivo y asimismo, el de libertad personal que asiste a los quejosos extranjeros que enfrentan un procedimiento administrativo para calificar la legalidad de su estancia en el territorio nacional.

En virtud de lo anterior, la hipótesis de la investigación fue la siguiente: en virtud de la reforma constitucional de fecha 10 de junio de 2011, las detenciones y alojamientos por motivos migratorios son incompatibles con el actual parámetro constitucional del derecho de libertad personal y el proceso de amparo no es un recurso judicial efectivo para proteger los derechos de los extranjeros afectados por esas conductas estatales, lo que obliga al Estado Mexicano a realizar adecuación de su actividad judicial y legislación interna para concordar con el bloque de constitucionalidad.

La solución de la hipótesis planteada se encontró a través del análisis dogmático de las normas jurídicas que regulan el fenómeno; del análisis de la información obtenida a través de la investigación bibliográfica, hemerográfica y de medios

digitales y del análisis de datos estadísticos y de precedentes judiciales aplicables al caso concreto.

Asimismo, por razón de orden, se dividió la investigación en cuatro capítulos que, de forma correlacionada, estructuran el avance de la investigación de la manera que a continuación se describe.

El primer capítulo, denominado “Bloque de constitucionalidad en México”, contiene un estudio general sobre el contenido de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 que brindará nociones claras a lector sobre el actual bloque de constitucionalidad del ordenamiento jurídico en México tras la reforma al artículo 1º constitucional, que elevó a rango constitucional los derechos humanos contenidos en normas de tratados internacionales y que abrió la puerta al control difuso de constitucionalidad, incorporando dos herramientas hermenéuticas obligatorias para los operadores jurídicos: el principio pro persona y el principio de interpretación conforme.

El segundo capítulo, denominado “La tensión entre el derecho fundamental a la libertad personal y las detenciones por motivos migratorios, en México” y que contiene, primero, un estudio conceptual e incluso histórico del derecho fundamental a la libertad personal; posteriormente, contiene un estudio dogmático del derecho de libertad personal en las fuentes del bloque de constitucionalidad, incluyendo las aportaciones de la sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus casos contenciosos y opiniones consultivas; sin embargo, la parte más importante de este capítulo es, en nuestra opinión, el *test de proporcionalidad* o de compatibilidad que el autor realizó a las detenciones y alojamientos por motivos migratorios respecto al derecho de libertad personal, empleando los criterios construidos por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, el capítulo tercero se denomina “El derecho fundamental a un recurso judicial efectivo en el ordenamiento jurídico mexicano vigente” y contiene el estudio de un derecho de reciente incorporación al catálogo de derechos fundamentales en México: el derecho a un recurso judicial efectivo; las aportaciones fundamentales

de ese capítulo a la investigación son tres: el primero es comprender al derecho a un recurso judicial efectivo como un derecho autónomo pero intrínsecamente relacionado con el derecho a un debido proceso; el segundo, saber qué exigencias impone ese nuevo derecho a los efectividades que deben rendir los recursos ordinarios y el propio proceso de amparo y el tercero, advertir el derecho de *habeas corpus* como una condicionante de validez de toda detención, en cualquier materia, inclusive las que tengan motivos migratorios.

El cuarto capítulo, se denomina “Inconstitucionalidad por omisión legislativa y ausencia de un recurso judicial efectivo en materia de afectaciones a la libertad personal por motivos migratorios” y se erige como cierre de la investigación pues es antesala para las reflexiones finales; se compone de tres ideas fundamentales: la primera consiste en revelar la existencia de una omisión legislativa inconstitucional por la falta de desarrollo normativo del control judicial de las detenciones por motivos migratorios; la segunda consiste en examinar la existencia de un recurso judicial efectivo en contra de la eventual omisión legislativa; la tercera consiste en realizar un análisis del proceso de amparo, pero no desde una óptica tradicional, sino a través de un *test* de concordancia con el derecho a un recurso efectivo, analizando la efectividad del amparo frente a las omisiones legislativas y frente a las afectaciones a la libertad por motivos migratorio; la cuarta consiste en analizar el papel que los jueces de amparo deberán asumir para potencializar la eficacia del amparo frente a los casos ya mencionados; y finalmente, la quinta, consiste en analizar las obligaciones del poder legislativo frente al fenómeno para mejorar el escenario que sufren actualmente los extranjeros detenidos o alojados por motivos migratorios.

Por último, se exponen las conclusiones del autor en relación con la investigación respecto a la comprobación de la hipótesis; los elementos no considerados al principio de la investigación, pero advertidos en su desarrollo y también, un pronunciamiento sobre las propuestas de mejora regulatoria en la materia de estudio.

Esperamos que esta investigación y nuestras propuestas hagan eco en voces más experimentadas y hagan nido en la mente de intelectuales y expertos en la materia de protección de derechos fundamentales que aporten en la construcción de un mejor escenario jurídico para los extranjeros en México, sobre todo para aquellos que se encuentran en situaciones de franca vulnerabilidad por razones culturales, lingüísticas, raciales, económicas, de género, de edad, etcétera.

Luigi Ferrajoli afirmó en su obra “Derechos y Garantías” que, en las sociedades democráticas actuales, el concepto de ciudadanía es el último factor de discriminación legitimada y un residuo premoderno de desigualdad personal; en su consideración, esa circunstancia contrasta con la proclamada universalidad e igualdad de derecho; la aspiración debe ser desvincular la efectividad de los derechos fundamentales del concepto de ciudadanía.³ Hacia allá debemos caminar.

³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Andrés Ibáñez, Perfecto y Greppi, Andrea (trad.) Editorial Trota, 1999, 4ta edición, p. 117.

Capítulo I.- Bloque de constitucionalidad en México.

1.1 Nociones generales sobre el contenido de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

Previo a la exposición relativa, es necesario señalar que en el presente capítulo no se pretende realizar una explicación pormenorizada de las modificaciones, alcances y efectos que la reforma constitucional en materia de derechos fundamentales del pasado 10 de junio de 2011 trajo consigo, pues el interés primordial de exponer tan importante avance en materia constitucional en el presente trabajo, aunque sea de forma muy básica, es brindar al lector nociones generales sobre los efectos de dicha reforma constitucional al nuevo paradigma constitucional en México¹, con la intención de robustecer y clarificar el objetivo principal de este trabajo que, en principio, consiste en comprobar lo siguiente:

- la incompatibilidad del alojamiento en estaciones migratorias de extranjeros, con el nuevo bloque de constitucionalidad;
- la inexistencia de un recurso efectivo en contra de las detenciones hechas a extranjeros por autoridades migratorias que representa una especial vulnerabilidad del derecho a la libertad personal de los extranjeros en territorio mexicano, más aún en los casos de en qué un extranjero pueda ser deportado y,
- la falta de efectividad del amparo contra actos que impliquen deportación y alojamiento en una estación migratoria, pues el artículo 160 de la Ley de Amparo prevé una deficiente suspensión, aparentemente.

¹ Con la expresión: "*nuevo paradigma constitucional mexicano*", se pretende referir a la ampliación del catálogo de derechos fundamentales en México que la reforma del artículo 1º constitucional del 10 de junio de 2011 trajo consigo, misma que será explicada de manera pormenorizada, en este capítulo.

Es decir, es válido preguntarnos si el resultado del estudio de la normativa aplicable arroja un resultado positivo respecto de la eficacia que el proceso de amparo debe brindar a los gobernados, a fin de resguardar el derecho fundamental a un recurso efectivo que, a partir de la reforma constitucional de mérito, engrosó el catálogo de derechos fundamentales que compone el bloque de constitucionalidad mexicano.

Se afirma que es posible cuestionar la eficacia del amparo frente a las detenciones por motivos migratorios y los alojamientos en estaciones migratorias, pues de primera mano y sin prejuzgar al respecto, parecería que la suspensión prevista para esos casos, es deficiente pues el efecto es únicamente que el extranjero permanezca en la estación migratoria, pero a disposición del Juez Federal de amparo, lo que evidente implica que el extranjero quejoso seguirá afectado en su libertad personal durante el tiempo que dure todo el proceso de amparo, incluso en los casos en los que la detención haya sido ilegal.

Por tal razón, resulta de vital importancia, en primer término, conocer cómo está integrado el bloque de constitucionalidad mexicano, que funge como matriz y fuente de los derechos fundamentales de nuestro sistema jurídico; derechos que, posteriormente, servirán como parámetro de validez y vigencia de las conductas estatales.

Ahora bien, resulta conocido que el pasado 10 de junio de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el *“Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”*², mediante el cual se reformaron varios artículos de la Carta Magna, suceso que representó un importante progreso en la protección de los derechos fundamentales en México que, entre otras cosas, implicó el cambio de la denominación del Capítulo Primero del Título Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para dejar de

² Presidencia de la República, *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 10 de junio de 2011, en https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=5194486&fecha=10/06/2011&cod_diario=237901.

denominarse “*De las Garantías Individuales*” y convertirse en “*De los Derechos Humanos y sus Garantías*”; asimismo, se modificaron varios artículos de la Constitución, tal como el primero y quinto párrafo del artículo 1º y se le adicionaron dos nuevos párrafos; el segundo párrafo del artículo 3º; el primer párrafo y un nuevo segundo párrafo al artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer, segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 29; el primer párrafo y un nuevo segundo párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafo del apartado B del artículo 102, así como la adición de los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero a ese artículo; y, finalmente, el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105.

A criterio de los expertos en materia constitucional, dicha reforma responde a una actualización del contenido del texto constitucional decimonónico a las actuales exigencias reales del país, a la nueva doctrina constitucional internacional, generada en las últimas décadas y una armonización del sistema jurídico interno con los compromisos internacionales que el Estado Mexicano ha adoptado a través de la celebración de múltiples tratados internacionales que contienen normas que, a su vez, contemplan derechos fundamentales.³

Tal como se indicó, el objetivo principal del autor no es hacer un estudio que agote, artículo por artículo, los efectos de la reforma constitucional referida, sino centrarse, sobre todo, en los efectos y peculiaridades de la reforma al artículo 1º, pues los cambios acontecidos sobre ese dispositivo nos resultan de suma relevancia en el presente trabajo; sin embargo, a efecto de partir las premisas dogmáticas, nos adherimos al estudio realizado por el jurista Jorge Ulises Carmona Tinoco, quién agrupó de forma brillante y exhaustiva, los cambios a la

³ En el caso mexicano, a diferencia de otros países de la OEA, la ampliación de los derechos fundamentales se inició en el derecho internacional a través de los tratados firmados por México y no por *mejoras* en la constitución, como sería lo ideal para evitar antinomias del marco constitucional con las normas de tratados internacionales; en ese mismo sentido, es preciso señalar que nuestro texto supremo se vio rezagado en modificaciones proteccionistas a los derechos fundamentales hasta la publicación de la reforma de 10 de junio de 2011. Al respecto: Cfr. Gómez-Robledo V., Juan Manuel. “La implementación del Derecho internacional de Derechos Humanos en el Derecho Interno: Una tarea pendiente” en García Ramírez, Sergio y otra, *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 127 a 150.

constitución en dos rubros, *cambios sustantivos y cambios operativos*, al respecto el jurista nos indica:

a) Los *cambios sustantivos*⁴ a la constitución, son los que derivan de la armonización constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos y los mismos, se traducen en los siguientes tópicos:

- La modificación de la denominación misma del capítulo que agrupa los derechos básicos; (es decir, el Capítulo Primero del Título Primero);
- El otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, (artículo 1° constitucional),
- La ampliación de la hipótesis de no discriminación, (artículo 1° constitucional),
- La educación en materia de derechos humanos, (artículo 3° constitucional),
- El derecho de asilo y de refugio (artículo 11 de la constitución),
- El respeto a los derechos humanos en el sistema penitenciario, (artículo 18),

⁴ Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises. "La Reforma y las Normas de Derechos Humanos previstas en los Tratados Internacionales" en Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 39.

- Los derechos humanos como principio de la política exterior mexicana, (artículos 15 y 89 constitucionales).

b) Por otro lado, el jurista nos indica que los cambios operativos⁵ a la constitución, constituyen “posibilidades procesales” de hacer valer los derechos ante los operadores jurídicos, por lo que otorgan “herramientas” para tal efecto, entre las que se encuentran:

- La inclusión de la cláusula de interpretación conforme como criterio hermenéutico obligatorio, (artículo 1º constitucional),
- La inclusión del principio *pro personae*, también como criterio hermenéutico obligatorio, (artículo 1º constitucional),
- Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos fundamentales; las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones de derechos fundamentales, (artículo 1º constitucional),
- La prohibición de celebrar tratados internacionales que menoscaben los derechos fundamentales, tanto los previstos en la Constitución como en otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado Mexicano, (artículo 15 y 89 constitucionales),
- La regulación de los límites, casos y condiciones para la suspensión y restricción provisional del ejercicio de algunos derechos fundamentales ratificados, (artículo 29 constitucional),

⁵ Ibídem

- El requisito de previa audiencia para la expulsión de los extranjeros, (artículo 33 constitucional),
- La exigencia de que las autoridades fundamenten y motiven, la eventual negativa de aceptar o cumplir las recomendaciones que emitan las Comisiones de Derechos Humanos, (artículo 102 constitucional),
- La ampliación de las Comisiones de Derechos Humanos, para conocer incluso de asuntos en materia laboral, (artículo 102 constitucional),
- El trasladado de la facultad investigadora a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, asignada originalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (artículo 102 constitucional),
- La ampliación de los supuestos de legitimación y procedencia de las acciones de inconstitucionalidad, (artículo 105 constitucional).

Tal como puede advertirse de lo hasta ahora expuesto, la reforma constitucional trajo consigo una evolución sustancial en la protección a los derechos fundamentales en México, puesto que incorporó a los derechos contenidos en normas de derecho internacional, como derechos del mismo nivel jerárquico que los contenidos en nuestra constitución; por tanto, el catálogo de derechos fundamentales se vio ampliado en virtud de la reforma, asimismo, se crearon nuevos sistemas de defensa y protección a los derechos fundamentales y se reforzó los que ya existían; en consecuencia, es posible afirmar que el resultado tangible de la reforma constitucional fue brindar al Estado Mexicano un *marco*

constitucional muy mejorado⁶, que incidió directamente en el resto del sistema jurídico nacional.

1.2 El contenido del artículo 1º constitucional a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

Uno de los más importantes progresos en beneficio de los derechos fundamentales en México, fue la modificación y mejora del contenido del artículo 1º constitucional, cuyo contenido antes del 10 de junio de 2011, era el siguiente:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.⁷

Posterior a la reforma constitucional, se modificaron el primero y quinto párrafo del artículo 1º y se le adicionaron dos nuevos párrafos, para quedar con el siguiente texto:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no

⁶ Cfr. Carbonell Sánchez, Miguel, *El ABC de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad*, México, ed. Porrúa, 2014, pp. 130 y 131.

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, México, ed. ISEF, 2010, p. 1.

podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.⁸

La reforma al artículo 1º constitucional, implicó, entre otros avances, la creación de un nuevo *bloque constitucional*, a través de la modificación al párrafo primero de ese artículo, mediante el cual se reconoce que los derechos fundamentales en México, no sólo son aquellos que están contenidos en la constitución, sino también aquellos que están contenidos en los tratados internacionales de lo que México sea parte; también, la integración de herramientas hermenéuticas preferentes y obligatorias para todas las autoridades que desempeñen actividades (formal o materialmente) jurisdiccionales, es decir, la integración del principio *pro persona* y la cláusula de interpretación conforme.

En el mismo sentido, se constituyó la obligación de todas las autoridades mexicanas de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales de conformidad con los principios de universalidad, inalienabilidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, es decir, la integración del control de constitucionalidad y convencionalidad difuso, entendido este como la obligación de toda autoridad mexicana de velar por el cumplimiento del bloque de constitucionalidad; también tuvo como efecto la creación de la

⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, México, ed. ISEF, 2018, p. 1.

obligación del Estado Mexicano para reparar las violaciones de derechos fundamentales y la ampliación del espectro de protección del principio de no discriminación, a la luz de los principios antes mencionados.

Dichos principios: universalidad, inalienabilidades, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, hoy son máximas rectoras de los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico y han sido definidas de manera muy clara y concreta por Héctor Fix-Zamudio de la siguiente manera:

universalidad, porque pueden predicarse de todas las personas; esto es, su goce general, sin importar origen edad, raza, sexo, color, opinión política o religiosa, de una persona; 2) interdependencia, en cuanto todos los derechos humanos tienen una estrecha relación entre sí, no deben contemplarse de manera aislada y desvinculados de sus relaciones condicionantes; 3) indivisibilidad, en virtud de que no debe existir separación, categorización o jerarquía entre los derechos humanos, cuando un derecho se ejercita o se viola, impacta por lo regular en otros derechos; 4) progresividad, implica que los derechos humanos deben ser vistos como un proceso incesante y gradual en busca de su efectividad y satisfacción, a cargo del Estado queda mejorar las condiciones de ejercicio y exigibilidad de tales derechos, no debe haber retroceso o involución.⁹

En resumen, el principio de universalidad implica que los derechos fundamentales corresponden a todos los sujetos que tienen la calidad de personas en un sistema jurídico, pues son justamente las personas la razón principal del quehacer estatal¹⁰.

Por su parte el principio de inalienabilidad implica que los derechos fundamentales no son renunciables, ni negociables¹¹ y si bien, en algunos casos pueden ser restringidos, nunca pueden ser omitidos o invalidados de forma absoluta, incluso aunque la mayoría se vea beneficiada de la invalidez de un derecho fundamental, pues los derechos fundamentales son *contra mayoritarios*.

⁹ Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, 3ª edición, editorial Porrúa, México 2015, p. 31.

¹⁰ Cfr. Del Rosario Rodríguez, Marcos, "Los principios de Universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, interdependencia, progresividad y *pro persona* en el sistema constitucional mexicano" en Escalante López, Sonia y otros, *Derecho Procesal Convencional y la Inconvencionalidad*, México, ed. Porrúa, 2016, pp. 264 a 266.

¹¹ Ídem, p. 267.

Los principios de indivisibilidad e interdependencia, implica la naturaleza unitaria de la esfera jurídica de las personas como detentadores de un cumulo de derechos que forman una esfera jurídica que los rodea siempre, compuesta por múltiples derechos fundamentales que guardan una estrecha relación entre sí y que hace que ningún derecho valga más que otro *a priori* y que su existencia y efectividad depende entre sí; por tanto, los derechos fundamentales no pueden concebirse como elementos separados, pues la lesión de un derecho, implica un detrimento en la efectividad de los demás derechos fundamentales.¹²

Finalmente, el principio de progresividad implica la noción de constante evolución y expansión de los derechos fundamentales y con ello, la existencia de una obligación de las autoridades estatales de buscar constantemente la optimalización de los derechos¹³, a través de buscar la mayor efectividad del derecho, ya sea a través de resoluciones judiciales novedosas que impliquen una interpretación extensiva de los alcances del derecho o bien, que conlleven una restricción menor del derecho.

El principio de progresividad será un pilar en la construcción de este trabajo, si se parte de la premisa que el catálogo de derechos fundamentales de nuestro bloque de constitucionalidad es un “mínimo indispensable” de las prerrogativas indispensables para proteger a los gobernados y que, por tanto, las autoridades pueden y deben garantizarlos más allá, incluso, que lo que prevé la literalidad del texto de la norma fundamental.

Es decir, dichos principios son guías no sólo operativas sino también interpretativas de los derechos humanos, pues señalan cómo debe el operador jurídico comprender y visualizar a dichos derechos: como prerrogativas otorgadas a todas las personas que están estrechamente relacionadas entre sí, en una relación de igual valor y respecto de lo cuáles siempre debe aspirarse a su evolución y perfeccionamiento, prohibiendo su renuncia, por su condición de inalienabilidad; es decir, dichos axiomas son ejes rectores que han fincado en

¹² Ídem, pp. 268 y 269.

¹³ Ídem, p. 270 a 272.

nuestro sistema jurídico estándares obligatorios para el Estado Mexicano para asegurar la efectividad de los derechos humanos¹⁴.

1.2.1 El actual bloque de constitucionalidad del ordenamiento jurídico en México.

El bloque constitucional es un concepto que se construyó en el derecho internacional y fue utilizado por primera vez por el Consejo Constitucional Francés en 1996 para referirse a un conjunto de normas y principios superiores con lo que las disposiciones se someten al control de constitucionalidad; específicamente ese concepto se refiere a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional y que pueden estar contenidas en tratados internacionales y que complementan y expanden a la Constitución¹⁵; en otras palabras, el bloque constitucional es el conjunto de normas supremas de un ordenamiento jurídico, que otorga validez y vigencia a las normas de rango inferior a ellas, que pueden o no estar contenidas en el texto de la Constitución¹⁶ e inclusive a los actos u omisiones de autoridades estatales, lo que implica tres premisas fundamentales:

- No existen normas superiores a las que integran el bloque de constitucionalidad,
- Será irregular, toda conducta estatal (actos, normas u omisiones) cuyo contenido o forma sea diverso a lo ordenado por el bloque constitucional y

¹⁴ Ídem, pp. 263 y 264.

¹⁵ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, (coord.) *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, 2014, p. 52.

¹⁶ Ídem, p. 53.

- Las normas que integran el bloque constitucional tienen el mismo grado jerárquico, sin importar la fuente de la que deriven (constitución, normas internacionales, jurisprudencia nacional o internacional, sentencias internacionales, etc.)

En resumen, el concepto de bloque de constitucionalidad hace referencia al conjunto de dispositivos normativos, e incluso, criterios jurisprudenciales que fueron elevados a rango de supremacía y que fungen como criterio de validez de toda conducta estatal del sistema jurídico al que pertenece.

Ahora bien, luego de la reforma al artículo 1º de la Constitución, se constituyó un bloque constitucional compuesto principalmente por los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y en tratados internacionales; es decir, dicho bloque se construyó a través de la cláusula de recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se hizo en el párrafo primero del artículo 1º¹⁷ y que establece de forma explícita la existencia de un bloque normativo supremo, compuesto no sólo por normas de fuente constitucional sino también de naturaleza internacional¹⁸; asimismo, es preciso señalar que los derechos fundamentales que ampliaron el catálogo de derechos fundamentales, no solo tienen su fuente en los tratados internacionales derechos humanos sino que, por la redacción de la reforma, todo derecho fundamental contenido en un tratado internacional, aunque la materia de éste no sea principalmente derechos fundamentales, debe considerarse parte del bloque constitucional en México, pues para que se les considere en la “cúspide” del ordenamiento jurídico mexicano¹⁹, basta que formalmente sean un enunciado normativo que contenga un derecho; por tal razón en, nuestro sistema jurídico se ha incorporado el concepto de bloque constitucional, no sólo con una intención teórica o doctrinaria, sino que implica que, al día de hoy, los derechos fundamentales pueden, o no, tener una fuente

¹⁷ Ídem, pp. 53 a 55.

¹⁸ Cfr. Del Rosario Rodríguez, Marcos, *El parámetro de control de regularidad constitucional en México*, México, ed. Porrúa, 2015, p. 133.

¹⁹ Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La Reforma y las Normas de Derechos Humanos previstas en los Tratados Internacionales”, p. 45

constitucional, pues también pueden derivar de una fuente “internacional” y es justamente por ello que la idea del “bloque” se torna necesaria, pues refiere directamente la unidad y la imposibilidad de escindir el conjunto de normas que lo compone.²⁰

Es decir, tras la reforma constitucional referida, el bloque de constitucionalidad se abrió a otras fuentes normativas²¹, que aportan nuevos derechos que constituyen el parámetro de validez y vigencia de las conductas estatales; que, a su vez, implican que las autoridades sólo estarán sujetas al principio de estricta legalidad cuando la norma sea compatible con el parámetro de constitucionalidad.²²

En virtud de lo anterior, es necesario poder identificar qué normas forman parte de ese bloque constitucional, siendo, preponderantemente, aquellas que por su construcción, contengan derechos fundamentales; ahora, si bien es cierto que no es posible tener una sola definición teórica de derecho fundamental y asegurar que sea la única; también es cierto que el jurista italiano Luigi Ferrajoli nos ha brindado una de las mejores definiciones de derecho fundamental, a la cual nos adherimos en éste trabajo al ser una definición formal que podría ser aplicada a cualquier sistema jurídico, incluyendo el nuestro, desde luego precisando que el concepto deberá aplicar a todas las personas (físicas o jurídicas) y no sólo a seres humanos:

son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (...)²³

²⁰ Cfr. Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, ed. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2014, p. 51

²¹ Ídem, p.53.

²² Ídem, p. 61

²³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Andrés Ibáñez, Perfecto y Greppi, Andrea (trad.) Editorial Trota, 1999, 4ta edición, p. 37

Luego entonces, es posible señalar que será un derecho fundamental para nuestro sistema jurídico todo derecho subjetivo otorgado universalmente a cualquier persona²⁴, que esté contenido, en principio, en una norma del texto constitucional, en una de un tratado internacional del que el Estado Mexicano sea parte, o bien, en la jurisprudencia de nuestro Poder Judicial Federal o bien, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; situación que regula la habitual inobservancia de los tratados internacionales celebrados por México, antes de la reforma, pues, tal como señala el jurista Víctor M. Martínez Bulle-Goyri:

uno de los puntos que más les importaba resolver con la reforma era el relativo a la problemática relacionada con la vigencia, reconocimiento y jerarquía normativa en nuestro país de los tratados internacionales sobre derechos humanos, dado que si bien es claro que en términos del artículo 133 constitucional, que con su suscripción y posterior aprobación por parte de la Cámara de Senadores se integran el conjunto del orden jurídico nacional, el alcance de éstos y aplicabilidad ha suscitado siempre grandes problemas en cuanto a su jerarquía normativa y los posibles conflictos normativos con disposiciones de derecho interno ²⁵

En consecuencia de lo anterior y específicamente porque así lo establece el contenido actual del artículo 1º constitucional, la Primera Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación ha reconocido, en su tesis de jurisprudencia número 1a./J. 64/2014²⁶, que los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales de lo que el Estado Mexicano es parte, forman parte del catálogo de derechos fundamentales en México y que éstos pueden ser interpretados por la propia Corte o por los Tribunales Colegiados; es decir, podemos concluir que también forman parte del bloque constitucional mexicano, la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiados de Circuito haga de los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales y en el propio texto constitucional.

²⁴ Ello incluye a las personas físicas y jurídicas o morales.

²⁵ Martínez Bullé-Goyri, Víctor M., "Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, número 130, enero-abril 2011, p. 409.

²⁶ Cfr. Tesis 1a./J. 64/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, octubre de 2014, p. 272.

Sin perjuicio que cualquier derecho fundamental contenido en un tratado internacional del que México sea parte, sea parte del bloque constitucional mexicano, de forma protagonista, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos es el tratado internacional de derechos humanos más importante para nuestro sistema jurídico; el también conocido como *Pacto de San José, Costa Rica*, fue firmado por el Estado Mexicano el 18 de diciembre de 1980 y en virtud de él se aceptaron los derechos contenidos en ese tratado, así como la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, para revisar la regularidad de la actividad y derecho interno de los Estados parte con la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en virtud de ello, desde la década de los noventa, México ha sido parte en juicios internacionales, en los que ha sido sentenciado a reparar violaciones a derechos fundamentales; por tanto, a pesar que antes del 10 de junio de 2011 el Estado Mexicano tenía la obligación de cumplir las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que fue condenado, a partir de la reforma constitucional de mérito, es aún más claro la obligación del Estado Mexicano a cumplir las sentencias de la Corte Interamericana en las que fue condenado, tales como *Rosendo Cantú y otra vs. México*²⁷, *Castañeda Gutman vs. México*²⁸, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*²⁹, *Caso Radilla Pacheco vs. México*³⁰ y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*³¹; pero sin perjuicio de ello, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Unión ha establecido en su tesis de jurisprudencia número P./J. 21/2014³², que la Jurisprudencia creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en los

²⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rosendo Cantú vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2010.

²⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 6 de agosto de 2008.

²⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 16 de noviembre de 2009.

³⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 23 de noviembre de 2009.

³¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 26 de noviembre de 2010.

³² Cfr. Tesis P./J. 21/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, abril de 2014, p. 204.

casos en los que México no sea parte) será vinculante para los Jueces Mexicanos, siempre que su contenido sea más favorable a la persona, cuando la relación jurídica se suscite entre autoridad y gobernado; por tanto, el Juzgador debería someterse al siguiente procedimiento de aplicación: a) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; b) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y c) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.

En virtud de lo anterior, nos atrevemos a concluir que actualmente el bloque constitucional mexicano está integrado por:

- los derechos fundamentales contenidos en la Constitución,
- los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales de los que México sea parte,
- la interpretación que de esos derechos haga la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su jurisprudencia,
- las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que sea parte el Estado Mexicano y
- la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que no sea parte el Estado Mexicano, pero cuyo contenido sea más favorable para las personas que un criterio jurisdiccional interno o norma interna, cuando la relación jurídica se suscita entre autoridad y gobernado.

En virtud de lo anterior, podemos advertir que la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales de acuerdo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, inalienabilidad y progresividad, contenida en el artículo 1º constitucional, se refiere a todos los derechos contenidos en el bloque de constitucionalidad, de tal manera que las autoridades estatales tendrán la obligación de buscar la máxima eficacia y la mínima limitación y restricción de los derechos.

En ese sentido, cabe hacer un especial reparo en preguntarnos si, por lo que toca a nuestra investigación, el derecho a un recurso judicial efectivo para proteger el derecho de libertad personal de los extranjeros alojados en una estación migratoria está siendo garantizado de la mejor manera posible por el Estado Mexicano.

1.2.2 El principio pro persona.

El principio pro persona tiene como antecedente inmediato el contenido del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d)

excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.³³

El principio *pro persona* es un criterio hermenéutico para la solución de antinomias en un ordenamiento jurídico que consiste en la actividad jurisdiccional de preferencia interpretativa o preferencia normativa, según sea el caso, pues en el supuesto que existan dos interpretaciones posibles de una misma norma, el operador jurídico deberá elegir aquella que más proteja o menos restrinja el derecho fundamental en cuestión, o bien, en el caso que existan dos normas que puedan aplicarse a un mismo caso concreto, deberá aplicarse aquella que más proteja o menos restrinja el derecho fundamental en debate³⁴ o como bien sostiene el jurista mexicano Miguel Carbonell, el efecto del principio *pro persona* es optimizar el derecho fundamental, pues se tiende a ampliar su espectro de protección y disminuir su restricción, al respecto nos señala:

A) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir entre todas las interpretaciones válidas que estén disponibles para resolver un caso concreto, la interpretación que más optimice un derecho fundamental. (...) Se deberá entender que una interpretación “optimiza” más un derecho fundamental cuando amplía el ámbito de los sujetos protegidos por el derecho fundamental o cuando amplía el perímetro material protegido por el derecho (el perímetro material equivale al ámbito de la realidad que el derecho regula).

B) Preferencia de normas, de acuerdo con el cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe en la jerarquía normativa.³⁵

Tras la reforma al artículo 1º constitucional del pasado 10 de junio de 2011, se incluyó en el párrafo primero de ese artículo la obligación que *“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo*

³³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, ed. Porrúa, 2007, p. 681 y 682.

³⁴ Cfr. Carbonell Sánchez, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, Centro de Estudios Carbonell, 2014, pp. 99 a 101.

³⁵ Ídem, p. 100.

*tiempo a las personas la protección más amplia*³⁶; esto es, las autoridades mexicanas, en el ámbito de su competencia, tienen la obligación de aplicar las normas o interpretaciones de la norma de la forma más favorable a las personas; por tanto, en virtud de ello, ese principio hermenéutico se hizo obligatorio; en consecuencia, las autoridades no tienen libertad interpretativa, pues no serán libres de elegir la interpretación o norma que más les parezca, sino que tienen la obligación de optar necesaria y obligatoriamente por la norma o interpretación que más proteja el derecho fundamental o menos lo restrinja.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha consagrado al principio pro persona como un criterio hermenéutico para solucionar las antinomias interpretativas o normativas, como un criterio hermenéutico de selección, tal como se advierte de la jurisprudencia número 1a./J. 107/2012³⁷ y de cuyo texto se advierte la fijación de un criterio: en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción.

De lo anterior, podemos advertir que la incorporación del principio pro persona, rompió el paradigma del criterio hermenéutico de jerarquía, temporalidad, material o diversos, pues ha sido consagrado como un criterio hermenéutico de aplicación obligatoria y preferente (a otro método de solución de antinomias) para todas las autoridades mexicanas.

1.2.3 Control difuso de regularidad

El control de regularidad de las conductas estatales ha sido materia de estudio desde hace muchas décadas, a efecto de asegurar que las normas, actos u

³⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, México, op. cit., nota 8, p. 1.

³⁷ Cfr. Tesis 1a./J. 107/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, tomo II, octubre de 2012, p. 799.

omisiones de las autoridades sean compatibles con lo dispuesto por las normas supremas de los ordenamientos jurídicos, principalmente con las Constituciones; es decir, una conducta estatal podrá ser irregular si su procedimiento de creación o su contenido contravienen lo dispuesto por la norma suprema del sistema jurídico del que se trate; dicho control tiene como objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales y en una verificación de regularidad, una conducta estatal que contravenga lo dispuesto por la norma suprema, podrá ser anulable y excluirse del sistema jurídico o bien declarar que es *per se* nula y que nunca perteneció al sistema jurídico³⁸ o bien, según la nueva doctrina procesal constitucional, una norma irregular, podrá ser forzada, mediante técnicas hermenéuticas a ser regular o bien, en caso de absoluta incompatibilidad, puede “inaplicarse” a un caso concreto y subsistir en el ordenamiento jurídico, válida y vigente.

Por mucho tiempo en México, el control de regularidad se limitó a un control constitucional concentrado: la verificación de regularidad que la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiados de Circuito realizaban respecto de las normas y los Jueces de Distrito, junto con ellos por lo que respecta a actos u omisiones de autoridades, pues solo ellos podían declarar la inconstitucionalidad de un acto u omisión de autoridad y solo la Suprema Corte podía hacer una declaratoria de inconstitucionalidad respecto de una norma pero con la reforma al artículo 1º constitucional y el dictado de diversas sentencias por parte de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos; se integró a las garantías de defensa de derechos fundamentales, un control de convencionalidad difuso y un control de constitucionalidad difuso, también, como consecuencia directa del deber del Estado Mexicano de cumplir los tratados internacionales que ha firmado; pues, con la firma de un tratado internacional, el Estado firmante tiene la obligación de armonizar su ordenamiento interno, es decir incorporar

³⁸ Cfr. KELSEN, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, Tamayo y Salmorán, Rolando (trad.), México, Centro de Estudios Carbonell, 2017, pp. 10 a 23.

normas a su derecho interno, derogar las incompatibles y asegurarse del cumplimiento cabal del compromiso internacional.³⁹

El jurista Eduardo Ferrer Mac-Gregor nos indica que el control de convencionalidad constituye un nuevo paradigma que deben ejercer todos los jueces mexicanos y consiste en el examen de compatibilidad que debe realizarse entre las conductas estatales nacionales y los tratados internacionales (en sentido amplio) y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)⁴⁰. El efecto principal del control de convencionalidad no es la invalidación de normas o la inaplicación de éstas, sino la *armonización* normativa con la posibilidad que se efectúe una interpretación *convencional* de la norma nacional, a efecto de favorecer la coherencia normativa de todo el ordenamiento jurídico mexicano.⁴¹

Es decir, de primera mano, toda autoridad en México que tenga facultades jurisdiccionales (formales o materiales) está obligada a realizar un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, para buscar la coherencia normativa, por tanto, en teoría, un juez de justicia ordinaria podría declarar la irregularidad de una norma u acto estatal por sus propias atribuciones y en consecuencia, declarar la expulsión del sistema a ese acto o norma.

Pero la asimilación del control difuso de regularidad normativa no ha recibido una postura unánime por parte del Poder Judicial Federal, a pesar que en virtud del contenido del tercer párrafo del artículo 1º constitucional: *todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad* y por tanto, toda autoridad (con facultades jurisdiccionales) podría hacer pronunciamiento de irregularidad de un acto o norma con la constitución federal o con los tratados

³⁹ Cfr. CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *El ABC de los Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, op. cit., nota 6, pp. 174 y 175.

⁴⁰ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, número 130, enero-abril 2011, p. 340.

⁴¹ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos. Una guía conceptual*, pp. 65 y 66.

internacionales y que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reconoció en la jurisprudencia número 1a./J. 18/2012⁴², señaló que sólo los Jueces Constitucionales (el Poder Judicial Federal) podía hacer declaraciones de inconstitucionalidad de normas y los Jueces Ordinarios, podrían hacer como máximo inaplicar las normas irregulares.

A pesar del gran progreso en materia de derechos fundamentales, el Poder Judicial Federal emitió criterios jurisprudenciales que limitaron la plenitud de los efectos de la reforma al artículo 1º constitucional; específicamente, la jurisprudencia número 5o. J/8, en la que se consideró que el control de constitucionalidad es subsidiario y complementario de la constitución, pues se afirmó que puede practicarse cuando se considere que un derecho fundamental no está lo suficientemente bien regulado en el texto constitucional; circunstancia que deformó el contenido real del artículo 1º.

Sin embargo, en mayo de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó un criterio jurisprudencial por reiteración, con el número 1a./J. 38/2015⁴³, en el que enmendó el criterio anterior y señaló que el control de convencionalidad no tiene un carácter complementario o subsidiario y que debe realizarse por los jueces mexicanos aunque un derecho fundamental esté contenido en la constitución, para lo cual, en caso de sospecha de irregularidad deberán emplear las reglas contenidas en el expediente “*Varios 910/2012*”⁴⁴.

Es decir, las autoridades estatales que se encuentren frente a una norma general que se sospeche irregular, antes de declarar la exclusión de esa norma del sistema jurídico mexicano, deberá echar mano del principio pro persona y la cláusula de interpretación conforme, para buscar “salvar” la norma, forzando su regularidad.

⁴² Cfr. Tesis 1a./J. 18/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, diciembre de 2012, p. 420.

⁴³ Cfr. Tesis 1a./J. 38/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, mayo de 2015, p.186.

⁴⁴Expediente Varios 912/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo I, octubre de 2011, en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=23183&Clase=DetalleTesisEjecutorias>

Por tal razón, más adelante estudiaremos si el alojamiento de un extranjero en una estación migratoria constituye una limitación justificada, proporcional y constitucionalmente regular, del derecho de libertad personal y a su vez, si la actual suspensión “deficiente” prevista por el artículo 160 de la Ley de Amparo, constituye una forma correcta de proveer a los alojados en estaciones migratorias de un derecho judicial efectivo. Es decir, analizaremos si dichas circunstancias son coherentes con el bloque de constitucionalidad en México.

1.2.4 Interpretación conforme.

La interpretación conforme es un criterio hermenéutico, que engloba de primera mano, el principio de jerarquía de normas y de armonización del sistema jurídico, pues es la solución de antinomias o lagunas con la *integración* del derecho internacional al derecho interno y es resultado de una verificación de regularidad (constitucional o convencional); existe cuando un juez puede aplicar dos normas o interpretaciones a un mismo caso concreto y opta por aquella que le permite actuar de conformidad con un mandato constitucional u opta por aquella que si es regular y descalifica la que no lo es⁴⁵; el resultado de ese examen de compatibilidad puede ser la invalidez (para actos u omisiones), la inaplicación o expulsión de la norma del sistema jurídico.⁴⁶

En otras palabras, la interpretación conforme es un criterio hermenéutico que implica la armonización de normas pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico en busca de un dispositivo o criterio que proyecte, amplíe o potencialice de mejor forma el derecho humano en cuestión; en el caso concreto, es la armonización de las normas “domesticas” de México con los estándares y parámetros constitucionales y convencionales. Es una herramienta hermenéutica

⁴⁵ Cfr. Carbonell Sánchez, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, ed. Porrúa, 2009, p. 57

⁴⁶ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos. Una guía conceptual*, pp. 65 a 67.

que, junto con el *principio* pro persona es necesaria para asegurar una protección eficaz de los derechos humanos.⁴⁷

En el expediente 912/2010 referido, que hacía referencia al cumplimiento de la sentencia del caso *Radilla Pacheco vs México*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reguló los efectos que la interpretación conforme deberá tener en el control difuso de regularidad en México⁴⁸, a continuación, se transcribe la parte sustancial de la resolución y que detalla los niveles de intensidad del control difuso de regularidad:

A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los Jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los Jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los Jueces, al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte. (...)

Tal como se adelantó líneas arriba, la Suprema Corte, estableció una clasificación o un grado de intensidad de los efectos del control de convencionalidad y de la cláusula de interpretación conforme; pues de acuerdo la interpretación conforme en sentido amplio, corresponde a todas las autoridades del país interpretar las normas inferiores acorde al bloque constitucional; en sentido estricto, los jueces a partir de una presunción de constitucionalidad tratan de hacer compatible la norma en cuestión con el bloque constitucional y la inaplicación cuando no es

⁴⁷ Cfr. Del Rosario Rodríguez, Marcos, *El parámetro de control de regularidad constitucional en México*, pp. 102 a 107.

⁴⁸ Ídem, p. 104

posible encontrar una compatibilidad normativa entre la norma irregular y el bloque constitucional.⁴⁹

Es decir, si una norma se advierte irregular por la autoridad, antes de optar de inmediato por su inaplicación, debe echar mano de la argumentación jurídica para forzar la validez de la norma, de tal forma que la cláusula de interpretación conforme obliga al juzgador a construir interpretaciones de una norma para hacer que sea coherente con el bloque de constitucionalidad de tal forma que ello haga armonizar una antinomia, a través del principio pro persona (interpretación conforme en sentido amplio), al elegir la norma más favorable o menos restrictiva; o bien, solucionar antinomias o colmar vacíos normativos a través de la construcción de interpretaciones o realización de interpretaciones extensivas o restrictivas de una norma, a efecto de obtener una norma regular constitucionalmente (interpretación conforme en sentido estricto). Esto es para que, solamente las normas que no puedan ser armonizadas a pesar del ejercicio de interpretación conforme, entonces sean inaplicadas o bien, expulsadas del ordenamiento.

Lo anterior, es perfectamente explicado por el jurista Nestor Pedro Sagües, quien atinadamente, señala que la interpretación conforme en sentido estricto implica primero control de constitucionalidad “constructivo” antes que “destructivo”, pues la interpretación conforme no constituye una justificación para anular normas irregulares, sino sólo aquellas que han fracasado a pesar del control constructivo, pues la intención es buscar una fórmula “compatibilizadora”⁵⁰; pues tal como afirma:

La interpretación conforme exige tareas mucho más complejas. En una primera etapa, seleccionar interpretaciones, lo que obliga a escudriñar en la norma inferior un manojito de interpretaciones posible del precepto en juego. Y no solamente de las interpretaciones ya ensayadas de la regla en cuestión, sino de las sensatamente posibles. Sin con ello se ha encontrado una forma compatibilizadora, ¡eureka! Si no es así, su trabajo recomienza: se

⁴⁹ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos. Una guía conceptual*, p. 65.

⁵⁰ Cfr. Sagües, Néstor Pedro, “Doctrina de la interpretación conforme en el ámbito constitucional y sus proyecciones en el control de convencionalidad” en Escalante López, Sonia y otros, *Derecho Procesal Convencional y la Inconvencionalidad*, México, ed. Porrúa, 2016, pp. 111 a 112.

trata ahora de construir interpretaciones, para lo cual tiene dos instrumentos ya conocidos, como la doctrina de las sentencias “atípicas”, “modulativas”, “manipulativas”, según se le llame; y la teoría de la “interpretación mutativa”, por adición, restricción o mixta (“sustitutiva”)⁵¹

Es decir, la actividad del juzgador deberá ser construir una interpretación de la norma de la cual se cuestiona su regularidad, a través de modular, manipular, adherir o restar a su contenido lo que sea necesario para lograr su permanencia regular en el sistema jurídico.

En ese sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la jurisprudencia número 1a./J. 37/2017, consideró que, de forma coincidente con lo mencionado hasta ahora, el principio general de conservación de las normas del sistema jurídico mexicano, implica que la inaplicación de normas como fruto del control de convencionalidad, únicamente puede darse cuando no sea posible la interpretación conforme y que para evitar la inaplicación de una norma; por tal razón, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en la norma un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; para ese efecto, el intérprete de la norma, deberá buscar la interpretación que colme el vacío o resuelva la aparente contradicción normativa, pues todas las autoridades están obligadas a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales.⁵²

Sin intención de anticiparnos al resultado de la investigación, presumimos que la interpretación conforme en sentido estricto, podría ser una herramienta que ayudara a solucionar la problemática que suscita nuestra investigación, pues creemos que si bien es cierto que aparente en el ordenamiento jurídico mexicano no existe un control de legalidad de detenciones por motivos migratorios y por tanto, no hay un recurso efectivo en contra dichos actos, también es cierto que la suspensión “deficiente” que actualmente prevé el artículo 160 de la Ley de

⁵¹ Ídem, p. 113.

⁵² Cfr. Tesis 1a./J. 37/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro 42, tomo I, mayo de 2017, p. 239.

Amparo no es efectiva para garantizar el derecho a la libertad personal de los extranjeros en situación irregular que son alojadas en una estación migratoria; luego entonces, la interpretación conforme podría forzar la literalidad de la norma para obtener una interpretación que “mejore” el efecto de la suspensión y colme la omisión de los legisladores de instrumentar el control de la legalidad de la detención y de un recurso que combata dicha calificación, para que sea armónica con el derecho de libertad personal de un extranjero alojado y con ello, refuerce la capacidad protectora del amparo, para que, en virtud del principio de interdependencia, se garantice de mejor manera, también, el derecho a un recurso judicial efectivo, de la manera que más adelante propondremos.

Tal como podemos entender hasta ahora, la reforma constitucional al artículo 1º el pasado 10 de junio de 2011, tuvo un impacto sumamente trascendental que creó un círculo virtuoso en la dinámica jurídica mexicana pues, tal como se demostrará posteriormente, el impacto de esa reforma no sólo implicó un rompimiento de paradigmas a nivel constitucional sino que de forma directa insidió al ordenamiento jurídico en su totalidad, incluyendo, según no interesa, en la efectividad que debe aspirar a tener el proceso de amparo, incluyendo el lograr una “suspensión efectiva” que provea a los extranjeros alojados en una estación migratoria del recurso judicial efectivo previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Capítulo II.- La tensión entre el derecho fundamental a la libertad personal y las detenciones por motivos migratorios, en México.

2.1 Derecho fundamental a la libertad personal.

El objetivo del presente capítulo es abordar el estudio de las detenciones a extranjeros por motivos migratorios y el alojamiento en estaciones migratorias que puede ordenar el Instituto Nacional de Migración, con fundamento en el artículo 99 de la Ley de Migración, pero desde el punto de vista de las afectaciones que dichas medidas deparan al derecho de libertad personal de los extranjeros que enfrentan un procedimiento migratorio y, en consecuencia, analizar, si la regulación vigente de las detenciones por motivos migratorios es coherente con el parámetro constitucional mexicano.

Por tal razón, entraremos primero al estudio del marco constitucional vigente que el derecho a libertad personal tiene en ordenamiento jurídico mexicano y luego, del marco normativo que tienen las detenciones y alojamientos en estaciones migratorias, para así conocer la eventual lesividad que dicha medida causa al derecho fundamental de libertad personal.

Partiremos de la premisa que el derecho de libertad personal en sentido amplio está articulado, al menos de tres derechos correlacionados: el derecho de libre tránsito, locomoción o circulación; el derecho de libre elección de residencia y finalmente, el derecho de no ser privado arbitrariamente de la libertad física; por tal razón, será necesario comprender los alcances de cada uno.

A continuación, realizaremos un estudio dogmático del derecho a la libertad personal, primero a nivel teórico y luego, a nivel dogmático para conocer su marco jurídico y emplearlo como estándar de regularidad de las afectaciones a la libertad personal realizadas por el estado, en especial, las afectaciones a la libertad personal por motivos migratorios.

2.1.1 Origen internacional.

La libertad personal es de los bienes más preciados por la condición humana⁵³, al igual que la vida y la integridad física y de eso no cabe duda a nadie; sin embargo, su papel en las sociedades no ha sido el mismo a lo largo del tiempo.

El peso del derecho a la libertad personal, en los Estados democráticos actuales, solo podemos entenderlo si observamos el nacimiento del derecho de toda a persona a tenerla, en las dos revoluciones liberales más importantes en la historia universal.

En primer lugar, el origen del derecho a la libertad personal, en su dimensión de libertad física, encuentra su génesis en la revolución americana que dio fruto a la Declaración de Independencia de 1776⁵⁴, que inició la abolición de la esclavitud y que culminó en la solidificación del derecho de no ser privado de la libertad sin un debido proceso legal previo, contenido en la quinta enmienda a la constitución norteamericana, que fue promulgada en 1791.

La segunda raíz fundamental del derecho a la libertad física es, sin duda, la revolución francesa, que provocó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁵⁵, cuyo artículo 7 estableció la prohibición de arrestos o confinamientos no previstos por la ley.

En virtud de esos dos hechos que marcaron un antes y después en la historia universal es que hoy por hoy, una de las tareas esenciales del constitucionalismo democrático es el reconocimiento y protección de los derechos humanos, entre ellos la libertad personal⁵⁶, a través de la prohibición de privaciones de libertad arbitrarias, el derecho de libre circulación y el derecho de libre elección de residencia.

⁵³ Cfr. Gude Fernández Ana, *El habeas corpus en España, legislación y jurisprudencia*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2008, p. 15.

⁵⁴ *Ibídem*

⁵⁵ *Ibídem*

⁵⁶ *Ibídem*

El espíritu de la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, fue recogido por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en sus artículos 3, 9 y 13 que, en conjunto, establecieron el derecho de libertad personal en sentido amplio, como obligación del Estado de abstenerse de realizar detenciones arbitrarias; el derecho de libre elección de residencia y el derecho de libertad de circulación, tal como se puede advertir de la cita de esos artículos que se hace a continuación:

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.⁵⁷

Artículo 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.⁵⁸

Artículo 13.

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.⁵⁹

También en 1948, pero en Latinoamérica, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, recogió en su artículo VIII el derecho de libre elección de residencia y circulación de las personas⁶⁰; pero, se distinguió de su homóloga Europea, pues en su artículo XXV, no solo recogió el derecho a no ser privado de la libertad de forma arbitraria, sino también agregó el derecho a no ser privado de la libertad por deudas civiles, así como también, consagró el derecho de toda persona que haya sido privada de su libertad a que un juez verifique sin demora

⁵⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, ed. Porrúa, 2007, p. 405.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ídem, p. 406.

⁶⁰ Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, ed. Porrúa, 2007, p. 659.

la legalidad de su detención y a tener un trato digno durante el tiempo que dure la detención, tal como se advierte del artículo, cuyo texto se cita a continuación: *

Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.⁶¹

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, adoptó el contenido de la Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre respecto al derecho de libre elección de residencia y circulación en su artículo 12, indicando que esos derechos solo podrían ser restringidos cuando ello sea necesario para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o bien, los derechos y libertades de terceros.⁶²

Sin embargo, ese Pacto Internacional, distinguió entre el derecho de residencia y tránsito y el derecho a no sufrir privaciones de libertad arbitraria, pues este último derecho lo consagró en su artículo 9, pero incluyó nuevos derechos correlacionados a este, tal como el derecho de ser informado de las razones de la detención en el momento en que se practique; al igual que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, consagró el derecho a que un juez verifique sin demora la legalidad de la detención dentro de un plazo razonable y recurrir, tanto la detención como el fallo de la resolución que considere que la detención fue legal; el derecho a comparecer al proceso en libertad, como excepción a la prisión preventiva cuando existan garantías que aseguren su comparecencia al juicio y el derecho a una reparación por una detención ilegal; tal como se advierte del texto del artículo que a continuación se cita:

⁶¹ Ídem, p. 661.

⁶² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, ed. Porrúa, 2007, p. 417.

Artículo 9

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.
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.⁶³

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, al igual que los tratados latinoamericanos previos, en su artículo 22 recogió el derecho de libre circulación y de libre elección de residencia, con la misma admisión de restricciones: cuando medie la necesidad de proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o bien, los derechos y libertades de terceros, siempre que se realice en la medida que sea indispensable para una sociedad democrática.

Sin embargo, en dicho artículo se incorporaron otros derechos más, tal como el derecho de un extranjero de sólo ser expulsado del territorio de un Estado en el que tenga una legal estancia, siempre y cuando sea en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

Asimismo, se incorporaron los derechos de asilo político y refugio en territorio ajeno a los extranjeros que vean comprometidos sus derechos o libertades en sus países de origen.

⁶³ Ídem, p. 416.

Conviene hacer cita del texto del artículo 12 del artículo de la Convención, misma que se realiza a continuación:

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.⁶⁴

Ahora bien, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoció el derecho a la libertad personal en *stricto sensu*, como prohibición de detenciones arbitrarias, integrando los derechos asociados que fueron reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tal como el derecho a que un juez verifique sin demora la legalidad de la detención dentro de un plazo razonable y recurrir, tanto la detención como el fallo de la resolución que considere que la detención fue legal; sin embargo, también incorporó el derecho de contar con un recurso inmune a restricción o abolición alguna, en contra de

⁶⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, op. cit., nota 64, p.p. 678 y 679.

cualquier acto que amenace privar de la libertad a una persona; tal como se advierte del contenido literal del artículo que ahora se cita:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.⁶⁵

De esa forma es que se articuló en el Derecho Internacional, el derecho a libertad personal, en sus dimensiones correlativas: derecho de no ser privado arbitrariamente de la libertad física, derecho de libre elección de residencia y derecho de libre circulación y que se incorporó a nuestro bloque de constitucionalidad, tras la reforma constitucional al artículo 1º de 10 de junio de 2011.

Sin embargo, las particularidades del derecho de libertad personal reconocidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se incorporaron de forma aislada a nuestro sistema

⁶⁵ Ídem, p.p. 671 y 672.

jurídico de forma aislada, sino en compañía de las garantías que dichos instrumentos prevén, tal como el derecho a un recurso judicial efectivo y el *habeas corpus*, que antes fueron materia de nuestro análisis.

2.1.2 Concepto y dimensiones.

El derecho de libertad personal materia de estudio de este capítulo, como se adelantó, se compone de tres derechos con efectos y dimensiones particulares, pero íntimamente ligados que, para su realización, requieren de la vigencia y efectividad de los demás. Se compone del derecho de libertad física o de no ser privado de ella de forma arbitraria, el derecho de libre elección de residencia y derecho de libertad de circulación.

El derecho de libertad física da la falsa impresión de que sólo puede entenderse a través de un hecho negativo; es decir, es el derecho a no ser privado de la libertad o no ser detenido.⁶⁶

Sin embargo, para obtener una acepción completa de dicho derecho, podemos afirmar que el derecho de libertad física es la posibilidad de toda persona de decidir de manera autónoma su ubicación física y la correlativa obligación del Estado de no intervenir en esa libertad, salvo que exista una causa justificada por la ley y con las formalidades que el ordenamiento jurídico exija para ello.

Por otro lado, el derecho de libre circulación consiste en la posibilidad de una persona de movilizarse o trasladarse en el territorio de un Estado y ello incluye la posibilidad de entrar en el territorio, salir de él, viajar dentro de él, sin más requisitos que los establecidos por el Estado.⁶⁷

⁶⁶ Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, *¿Detención por motivos migratorios? Respuesta desde los derechos humanos para España y México*, Ciudad de México, ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 97.

⁶⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, ed. Porrúa, 41ª edición, 2011, p. 399.

Ahora bien, el derecho de libre elección de residencia consiste en la posibilidad de toda persona de elegir sin coacción, un lugar para establecerse y la posibilidad de mudarse cuando así lo decida⁶⁸.

Por tal razón, de ahora en adelante, emplearemos la definición ofrecida por el jurista Karlos Artemio Castilla, para calificar a la libertad personal que incluirá, únicamente la libertad física y de circulación y que él considera que es la posibilidad de desplazarse y salir en cualquier momento de un lugar determinado en el que se ubica por razones voluntarias o de manera obligada, se conozca o no, la ubicación de ese lugar.⁶⁹

Sin embargo, cabe hacer notorio que las libertades descritas juegan una suerte de interconexión para su vigencia pero no una necesaria convergencia, pues si bien la libertad de circulación supone la libertad física y la libertad de residencia supone las otras dos, eso no implica que la libertad física, suponga la libertad de residencia, pues el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no ha reconocido el derecho de una persona a elegir una lugar de residencia fuera de su país de origen⁷⁰ pues el derecho de libertad de residencia (y por consiguiente el de libertad física y de circulación), tiene una vigencia determinada por el principio de territorialidad y por tanto, para que una persona pueda obtener circulación y residencia en un país diferente al suyo, deberán contar con la aprobación del Estado receptor.

Tal es el caso que los derechos ahora expuestos, nos permiten concretizar que los derechos que nos interesan y cuya afectación estudiaremos al analizar las detenciones migratorias más adelante, son el derecho de libertad física y de circulación, pues son estos derechos los que en todo caso pueden verse afectado con las detenciones y alojamientos practicados por la autoridad migratoria mexicana.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, op. cit., nota 66, p. 100.

⁷⁰ Pérez González, Carmen, *Migraciones Irregulares y derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 47.

Al respecto, consideramos que el derecho de libertad personal es el derecho de toda persona de decidir de manera autónoma, el lugar donde desea ubicarse físicamente y para tal efecto, podrá salir, entrar, circular o viajar en el territorio de un Estado y volver al suyo si es que es extranjero⁷¹; ello, sin ser detenido, arrestado o aprisionado, sin que medie una causa justificada en la ley o la Constitución y durante el tiempo que sea estrictamente necesario.

Cabe aclarar que la naturaleza de este derecho hace imposible que una persona jurídica pueda ser titular del mismo, pues no pueden desplazarse ni tampoco ser detenidas; luego entonces, este derecho está reservado a las personas físicas.⁷²

En los derechos antes descritos, convergen dos elementos principales: la posibilidad de realizar una acción y el deber del Estado de la ausencia de impedimentos para ello; en ello reside el espíritu de la libertad personal, en una relación de amalgama entre la libertad y la ausencia de impedimentos a esta para que pueda dotarse al derecho en cuestión de una real efectividad.⁷³

Luego entonces, la libertad personal es una libertad jurídicamente protegida que se compone de dos elementos indivisibles: el reconocimiento de la libertad como un derecho y una consecuente, obligación del Estado de no estorbar o impedir el disfrute de la libertad.⁷⁴

2.2 El derecho fundamental a la libertad personal en el bloque de constitucionalidad mexicano.

El derecho a la libertad personal, a diferencia del derecho a un recurso judicial efectivo que abordaremos en el siguiente capítulo, no es un derecho “novedoso” a nuestro bloque constitucional que solo existiera en un tratado internacional

⁷¹ Ídem, p. 49

⁷² Cfr. Rebato Peño, María Elena, “El derecho a la libertad personal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Bailón Corres, Moisés Jaime y otro (coords.), *Fundamentos axiológicos de los derechos humanos. Órganos constitucionales y supranacionales*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2016, p. 130.

⁷³ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 210 a 213.

⁷⁴ Ídem, p. 226.

celebrado por México y que, en virtud de la reforma al artículo 1º constitucional del 10 de junio de 2011, se elevara a rango constitucional; sino que es un derecho que existe en nuestro derecho constitucional desde el inicio de la vigencia de nuestra 1917.⁷⁵

Es decir, el derecho de libertad personal vigente es un derecho que se articula de las particularidades que ese derecho tiene en cada fuente normativa que lo compone, esto es:

- la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,
- los tratados internacionales, en los que se establezca el derecho de libertad física o de circulación o bien, alguna garantía de aquel;
- la jurisprudencia del Poder Judicial Federal que ha interpretado el derecho de libertad personal;
- las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que el Estado Mexicano sea parte, o bien,
- las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que prevean una mejor protección al derecho de libertad personal que una norma interna o criterio jurisprudencial interno y,
- también en calidad de principios rectores, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionadas con el derecho de libertad personal.

⁷⁵ Asimismo, es un derecho que existe en nuestro sistema jurídico desde la constitución política de 1857, en sus artículos 11, 16, 17 y 18.

Por tal razón, a continuación, procederemos a hacer estudio de la regulación que cada fuente normativa hace al derecho de libertad personal, a sus garantías y a sus restricciones.

2.2.1 El derecho fundamental a la libertad personal y sus garantías en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la jurisprudencia del Poder Judicial Federal.

El derecho fundamental a la libertad personal materia de nuestro estudio; es decir, el compuesto por el derecho de libertad física y de circulación, se encuentra reconocido en el texto constitucional en diversos artículos de esta; específicamente, se encuentra compuesto de lo establecido por los artículos 11 y 33 constitucionales.

Por tal razón, comenzaremos con el estudio de cada dispositivo en lo individual, para posteriormente, realizar una descripción completa de su panorama y entonces, comprender sus alcances y restricciones permisibles.

a) En primer lugar, el derecho de libertad de circulación y de residencia, se reconoce en el artículo 11 constitucional, como derecho de libre tránsito y residencia, en los términos siguientes:

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

En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.⁷⁶

Como puede advertirse del texto del dispositivo, el artículo 11 constitucional reconoce cuatro libertades correlacionadas: la libertad de entrar a la República, la libertad de salir de ella; así como, la libertad de viajar en el territorio mexicano y la libertad de mudar de residencia.⁷⁷

Todas esas libertades cuentan con una obligación correlativa del Estado Mexicano de no restringir esa libertad, a menos que así lo ordene autoridad judicial en materia de responsabilidad penal o civil; o bien, las restricciones que señalen las autoridades administrativas en materia migratoria.

Asimismo, el artículo 11 constitucional prevé la existencia del derecho de asilo y refugio a extranjeros que vean comprometidos sus derechos y libertades y tengan temor fundado de persecución por su ideología o crímenes políticos.

Sin embargo, es preciso hacer notar que el artículo en cita prevé la existencia de limitaciones al derecho de circulación y libre elección de residencia frente a leyes en materia migratoria y de salubridad.

b) Por su parte, el artículo 33 de la constitución mexicana prevé que todos los extranjeros gozan de los mismos derechos humanos y garantías que los nacionales y que, son susceptibles de expulsión del territorio nacional, por solicitud del Ejecutivo Federal, pero en ese caso, tendrán derecho de audiencia, en términos de lo previsto por una ley que regulara el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo de la detención.

Es decir, la constitución prevé una restricción constitucional al derecho de libertad personal en dos niveles: detención, cuya duración y lugar serán determinados por la ley y expulsión del territorio nacional.

⁷⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, op. cit., nota 8, p. 11.

⁷⁷ Cfr. Carbonell Sánchez, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, p. 492.

Lo anterior es importante, más adelante entraremos al estudio si la detención hecha por la autoridad migratoria, en las estaciones migratorias en los casos de posible deportación o bien, por tener una estancia irregular en el territorio mexicano, es una medida proporcional entre las afectaciones que representa al derecho de libertad personal y el objetivo perseguido con la legislación migratoria.

2.2.2 El derecho fundamental a la libertad personal en los tratados internacionales adoptados por el Estado Mexicano.

Existen múltiples tratados que el Estado Mexicano ha ratificado y que, tras la reforma al artículo 1º constitucional, vinieron a insertarse en el catálogo de derechos fundamentales o bien, reforzaron a los que ya existían con sus particularidades, este último caso es el del derecho de libertad personal que se ve reforzado y potenciado con las aristas y estructuras que dicho derecho guarda en las normas de tratados internacionales.

Quizás convenga usar una analogía para que lo entendamos de la misma manera, el derecho de libertad personal es como una figura formada de piezas del juego *lego* que incrementó su tamaño y se ramificó con ayuda de las piezas del mismo tipo, que se encontraban en los tratados internacionales.

Por ello conviene, encontrar esas nuevas que ahora articulan el derecho de libertad personal y para efecto de no hacer tedioso su estudio, nos concentraremos en las particularidades que cada tratado internacional aporta al núcleo esencial del derecho en cuestión y no así, en lo que es coincidente con nuestra actual regulación constitucional.

a) Comenzaremos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las nuevas piezas que aporta al núcleo esencial al derecho de libertad personal son las siguientes:

- Establece que nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta⁷⁸; es decir, establece una reserva de ley de las restricciones al derecho de libertad personal.
- Establece como límites válidos al derecho de la libre circulación y elección de residencia, la seguridad nacional, el orden público, moral pública, salud pública y los derechos de terceros. (Artículo 12.3)⁷⁹

b) Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aporta los siguientes elementos al núcleo esencial del derecho de libertad personal:

- Establece el derecho de toda persona a no ser sometida a detenciones o encarcelamientos arbitrarios. (Artículo 7.3)⁸⁰
- Establece que los derechos al derecho de libre elección de residencia y libre circulación sólo podrán ser restringidos en “la medida indispensable” para prevenir infracciones penales, proteger la seguridad nacional, la moral pública, la salud pública, el orden público o derechos y libertades de terceros. (Artículo 22.3)⁸¹

c) Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento internacional más importante en materia de protección a la niñez migrante⁸² y que aporta, como nuevo elemento al núcleo esencial del derecho a la libertad

⁷⁸ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, op. cit., nota 62, p. 415.

⁷⁹ Ídem, p. 415.

⁸⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, op. cit., nota 64, p. 672.

⁸¹ Ídem, p. 678.

⁸² Ídem, pp. 21 y 22.

personal el derecho de todo niño a no ser privado de su libertad arbitrariamente, en su artículo 37 b.⁸³

Ahora toca turno a analizar otra fuente de nuevas piezas que articulen el contenido básico del derecho en cuestión: la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

2.2.3 Las aportaciones de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al núcleo esencial del derecho a la libertad personal.

Es preciso señalar que existen tres sentencias en las que el Estado Mexicano es parte y en las que se analizó por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el derecho a la libertad personal: el caso González y otras (“Campo Algodonero”)⁸⁴, el caso Radilla Pacheco⁸⁵ y el caso Cabrera García y Montiel Flores.⁸⁶

Sin embargo, las primeras dos sentencias no abonan elementos nuevos para integrar el derecho de libertad personal, aunque debemos al caso de Caso Radilla Pacheco vs. México, la construcción del control de convencional *ex officio* en el sistema interamericano de derecho humanos y ser el soporte del expediente varios 912/2010 instruido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que reguló los niveles de intensidad del control convencional a través del principio pro persona y la interpretación conforme.⁸⁷

⁸³ Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, 2ª edición, ed. Porrúa, 2007, p. 479.

⁸⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, sentencia excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 16 de noviembre de 2009.

⁸⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, sentencia excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 23 de noviembre de 2009.

⁸⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores y otra Vs. México*, sentencia excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 26 de noviembre de 2010.

⁸⁷ Cfr. Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, op. cit, nota 9, p. 27.

Pero la sentencia de fondo del caso Cabrera García y Montiel Flores es relevante para nuestro estudio, puesto que es la única sentencia en la que siendo parte el Estado Mexicano, es fuente de nuevos elementos para el núcleo esencial del derecho de libertad personal.

a) La sentencia del caso referido deriva de la demanda entablada por los señores Cabrera y Montiel, quienes afirmaron haber recibido tratos crueles, inhumanos y degradantes, mientras se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del Ejército mexicano, por su falta de presentación sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales que controlara la legalidad de la detención y por las irregularidades acaecidas en el proceso penal en su contra⁸⁸; de dicha sentencia, la Corte Interamericana consideró que el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí, una general y otra específica, la general se encuentra en el primer numeral en lo relativo a que toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales y por su parte, la específica que está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente o arbitrariamente, a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del, al control judicial de la privación de la libertad y a impugnar la legalidad de la detención.⁸⁹

Es decir, el derecho a la libertad personal está compuesta por el derecho de libertad en sí mismo y sus garantías, la más importante es el control judicial de la detención como condicionante de su calificación de arbitraria o legal.

b) Ahora bien, ante la falta de sentencias en las que se analice el derecho de libertad personal en las que México sea parte, es que toma especial importancia la jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana Derechos Humanos en los casos contenciosos de otros países, que si bien en principio pueden ser considerados como *soft law*, también es cierto que en virtud de la jurisprudencia P./J. 21/2014 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la

⁸⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 26 de noviembre de 2010, párr. 2.

⁸⁹ Ídem, párr. 79.

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos si resulta más favorable a la persona pues implican una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado.⁹⁰

Ahora bien, a pesar de que en las sentencias de los casos *Tibi vs. Ecuador*⁹¹, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*⁹², caso *Vélez Loor vs. Panamá*⁹³, caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*⁹⁴, en todas se trata el contenido del derecho a la libertad personal, su estudio es preponderante sobre las garantías del derecho o del recurso contra las detenciones y que será materia de estudio de nuestro siguiente capítulo.

Sin embargo, en la sentencia del caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, si es posible advertir nuevos elementos de suma importancia al núcleo del derecho en cuestión.

En el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, la Comisión Internacional señaló que el señor Chaparro Álvarez fue detenido sin que existiera flagrancia u orden de detención previa y que, al momento de su detención, no le informaron de los motivos y razones de esta, ni tampoco de su derecho a solicitar asistencia consular del país de su nacionalidad⁹⁵, en dicha sentencia, la Corte Interamericana consideró que el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé una reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal⁹⁶ y que esa reserva de ley obliga al legislador a respetar el principio de tipicidad, que obliga a los Estados

⁹⁰ Cfr. Tesis P./J. 21/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, abril de 2014, p. 204.

⁹¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 7 de septiembre de 2004.

⁹² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 21 de noviembre de 2007.

⁹³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 23 de noviembre de 2010.

⁹⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de octubre de 2012.

⁹⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 2.

⁹⁶ Ídem, párr. 56.

a establecer, tan concretamente como sea posible y de antemano, las causas y condiciones de la privación de la libertad física.⁹⁷

Asimismo, la CIDH consideró que no es suficiente que la causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación cumplan con los siguientes requisitos para no ser considerada arbitraria:

- que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁸;
- que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido⁹⁹;
- que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa de la libertad entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto¹⁰⁰;
- que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales; es decir, que la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.¹⁰¹

Por otro lado, en la sentencia de fondo del caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, cuya litis se construyó en virtud de lo manifestado por la

⁹⁷ Ídem, párr. 57.

⁹⁸ Ídem, párr. 93.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibidem.

Comisión Americana de Derechos Humanos, relacionada con el uso excesivo de fuerza de militares en contra de un grupo de haitianos, en el cual perdieron la vida siete personas y resultaron heridas varias más, la detención arbitraria de los sobrevivientes y discriminación por motivo de su condiciones de migrantes irregulares¹⁰²; al respecto, la CIDH consideró que cualquier limitación de la libertad física, así sea por un período breve, debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención.¹⁰³

Tal como se señaló en líneas previas, las manifestaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias citadas constituyen criterios vinculantes a las autoridades mexicanas, en términos de la tesis de jurisprudencia número P./J. 21/2014 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁰⁴ y por lo tanto, se incorporan como nuevos elementos que robustecen los alcances y efectos del derecho de libertad personal.

De las sentencias antes referidas, podemos advertir dos piezas indispensables que son un parámetro de validez de cualquier detención en el Estado Mexicano, incluso aquellas con motivos migratorios:

- la reserva de ley,
- la compatibilidad de la restricción y
- la proporcionalidad de la restricción.

¹⁰² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nadegme Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 1.

¹⁰³ Ídem, párr. 126.

¹⁰⁴ Cfr. Tesis P./J. 21/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, tomo I, abril de 2014, p. 204.

2.3 Las afectaciones al derecho de libertad personal por motivos migratorios en México.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que los Estados tienen la facultad de fijar políticas migratorias y en virtud de ello pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana; es decir, las políticas migratorias y los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.¹⁰⁵

Luego entonces, la política migratoria mexicana es un fin legítimo para imponer restricciones al derecho de libertad personal y encuentra su fundamento en el contenido del artículo 11 y 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo 11 constitucional prevé la restricción constitucional del derecho de libre circulación con base en las limitaciones que establezcan las leyes de emigración e inmigración.

Por su parte, el artículo 33 de la constitución mexicana prevé que todos los extranjeros gozan de los mismos derechos humanos y garantías que los nacionales y que, son susceptibles de expulsión del territorio nacional, por solicitud del Ejecutivo Federal, pero en ese caso, tendrán derecho de audiencia, en términos de lo previsto por una ley que regulara el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo de la detención.

Es decir, la constitución prevé una restricción constitucional al derecho de libertad personal en dos niveles: detención, cuya duración y lugar serán determinados por la ley y expulsión del territorio nacional.

¹⁰⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, op. cit., nota 240, párr. 97.

La ley a que hacen referencia ambos artículos es la Ley de Migración, publicada el 25 de mayo de 2011, que regula la actividad administrativa del Estado Mexicano en materia migratoria y faculta al Instituto Nacional de Migración para realizar control de flujo migratorio en el país.

Conforme al artículo 35¹⁰⁶ y 37¹⁰⁷ de la Ley de Migración, el Instituto Nacional de Migración tiene la facultad de vigilar la salida e ingreso de extranjeros al territorio nacional y otorgar permisos de ingreso y permanencia, tras el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley, tal como contar con pasaporte y en su caso, alguno de los tipos visas que prevé el artículo 40 de la ley.¹⁰⁸

Las calidades con que un extranjero puede estar de forma regular en el territorio nacional, en términos del artículo 52 de la Ley de Migración, son las siguientes:

- La calidad de visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas, que faculta al extranjero para transitar o permanecer en territorio nacional por un tiempo ininterrumpido no mayor a ciento ochenta días, contados a partir de la fecha de entrada, sin permiso para realizar actividades remuneradas.¹⁰⁹
- La calidad de visitante con permiso para realizar actividades remuneradas, que faculta al extranjero para ingresar y permanecer en el territorio nacional, por un tiempo ininterrumpido no mayor a ciento ochenta días siempre y cuando cuente con una oferta de empleo o una invitación por parte de alguna autoridad o institución por la cual perciba una remuneración en el país, o bien, venga a desempeñar una actividad remunerada.¹¹⁰
- La calidad de visitante regional que faculta al extranjero nacional o residente de los países vecinos para ingresar a las regiones fronterizas con

¹⁰⁶ Ley de Migración, en *Agenda de los Extranjeros*, México, 27ª edición, ed. ISEF, 2019, p. 11.

¹⁰⁷ Ídem, p. 12.

¹⁰⁸ Ídem, pp. 12 y 13.

¹⁰⁹ Ídem, p. 15.

¹¹⁰ Ibidem.

derecho a entrar y salir de las mismas cuantas veces lo deseen, sin que su permanencia exceda de siete días y sin permiso para recibir remuneración en el país. ¹¹¹

- La calidad de visitante trabajador fronterizo que faculta al extranjero que sea nacional de los países con los cuales los Estados Unidos Mexicanos comparten límites territoriales, para permanecer y trabajar hasta por un año en las entidades federativas que señale la Secretaría de Gobernación.¹¹²
- La calidad de visitante por razones humanitarias que faculta a los extranjeros que se ubiquen en los siguientes supuestos, a permanecer en el territorio nacional tanto tiempo como sea necesario: a) haber sido víctima de un delito en territorio nacional, b) ser un menor no acompañado y c) solicitar asilo político o el reconocimiento de la calidad de refugiado.¹¹³
- La calidad de visitante con fines de adopción, que autoriza al extranjero vinculado con un proceso de adopción en los Estados Unidos Mexicanos, a permanecer en el país hasta en tanto se resuelva de manera total el proceso de adopción.¹¹⁴
- La calidad de residente temporal, que faculta al extranjero para permanecer en el país por un tiempo no mayor a cuatro años, con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país si cuenta con una oferta de empleo y además lo faculta para solicitar la internación de sus familiares, en virtud del principio de preservación de la unidad familiar.¹¹⁵
- La calidad de residente temporal estudiante que faculta al extranjero para permanecer en el territorio nacional por el tiempo que duren los cursos, estudios, proyectos de investigación o formación que acredite que va a

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Ídem, p. 17.

¹¹⁵ Ibidem.

realizar en instituciones educativas pertenecientes al sistema educativo nacional.¹¹⁶

- Y la calidad de residente permanente que faculta al extranjero para permanecer en el territorio nacional de manera indefinida, con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país.¹¹⁷

Por tanto, todo extranjero que no adquiriera alguna de las calidades señaladas, tendrá una estancia irregular en el territorio nacional y por tanto, al ser un extranjero en un país que no es el suyo y no contar con el permiso de la autoridad migratoria: será un extranjero *sine permissum*, en palabras del jurista Karlos Artemio Castilla Juárez¹¹⁸ y entonces, podrá ser sujeto a las sanciones administrativas que ello ocasione, tal como la deportación.¹¹⁹

En ese sentido, la Ley de Migración, en sus artículos 81, 92 y 97, faculta a las autoridades migratorias con las siguientes acciones de control migratorio, para reaccionar frente a la estancia irregular de extranjeros en el territorio nacional:

- Revisión migratoria de la documentación y transportes en sitios de ingreso al territorio (artículo 81)¹²⁰: mediante dicha medida, la autoridad migratoria puede rechazar la entrada de un extranjero a territorio nacional por no cumplir con los requisitos administrativos.
- Verificaciones migratorias (artículo 92)¹²¹: mediante dicha medida, la autoridad migratoria puede realizar visitas de verificación para comprobar la vigencia del permiso de estancia de extranjeros en el territorio nacional, así como la veracidad de la información proporcionada al momento de

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, op. cit., nota 66, p. 34

¹¹⁹ Cfr. Mansilla y Mejía, María Elena, *Derecho Internacional Privado*, México, Iure Editores, 2014, p. 82.

¹²⁰ Cfr. Ley de Migración, en *Agenda de los Extranjeros*, México, op. cit., nota 106, p. 23.

¹²¹ Ídem, p. 24.

realizar los respectivos tramites administrativos de internación o renovación de estancia, y

- Revisiones migratorias (artículo 97)¹²²: mediante dicha medida, la autoridad puede realizar comprobación de la legal estancia de los extranjeros del territorio nacional, en sitios diversos a los destinados al tránsito internacional.

La ley migratoria señala que en caso de que se advierta la estancia irregular de un extranjero en el territorio nacional, deberá aplicarse el artículo 99 de la Ley de Migración y por tanto, procederá la “presentación” del extranjero a la autoridad migratoria, para así hacer alojamiento del extranjero, en las estaciones migratorias del país, hasta en tanto se resuelve su situación jurídica.¹²³

2.3.1 Características y procedencia de la presentación de extranjeros y alojamiento migratorio.

De acuerdo con los estudios realizados por el jurista Karlos Artemio Castilla Juárez, el alojamiento es una medida privativa de la libertad que se ejecuta en las estaciones migratorias del país¹²⁴ a los extranjeros que no acreditan su regular estancia¹²⁵, que se aplica por regla general en el procedimiento administrativo migratorio¹²⁶, con el aparente fin de que el extranjero esté presente durante el procedimiento migratorio.¹²⁷

¹²² Ibidem.

¹²³ Ídem, p. 25.

¹²⁴ Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, op. cit., nota 66, p. 251

¹²⁵ Ídem, p. 255.

¹²⁶ Ídem, p. 254.

¹²⁷ Ídem, p. 254.

De la consulta del artículo de la Ley de Migración, se advierte que el artículo 99 prevé la “presentación de extranjero” como un sinónimo del alojamiento en estaciones migratorias, pues el texto es el siguiente:

Artículo 99. Es de orden público la presentación de los extranjeros en estaciones migratorias o en lugares habilitados para ello, en tanto se determina su situación migratoria en territorio nacional.

La presentación de extranjeros 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.¹²⁸

Sin embargo, coincidimos con el jurista antes mencionado, respecto a que por “presentación” debemos entender la detención que se hace de un extranjero como consecuencia de una revisión o verificación administrativa y por alojamiento, la privación de la libertad¹²⁹, en forma de retención del extranjero en las estaciones migratorias hasta que así lo ordene la autoridad migratoria.

La presentación o detención de extranjeros procede en todos los casos en que se advierta la estancia irregular de un extranjero en el país, como resultado de una verificación o revisión administrativa, según lo dispuesto por lo artículo 95 y 98 de la Ley de Migración.¹³⁰

El alojamiento de extranjeros es parte del procedimiento administrativo migratorio, compuesto por la presentación, alojamiento y deportación del extranjero, de acuerdo con lo previsto por el artículo 68 de la Ley de Migración¹³¹ y procede, por regla general, en los casos que un extranjero incumpla las disposiciones migratorias relativas a su internación y estancia en el territorio nacional, en términos de la fracción XXVIII del artículo 3 de la Ley de Migración¹³², en específico, en los siguientes supuestos¹³³:

¹²⁸ Ley de Migración, en *Agenda de los Extranjeros*, México, op. cit, nota 106, p. 25.

¹²⁹ Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, op. cit., nota 66, p. 251

¹³⁰ Cfr. Ley de Migración, en *Agenda de los Extranjeros*, México, op. cit, nota 106, pp. 24 y 25.

¹³¹ Ídem, p. 21.

¹³² Ídem, p. 4.

- En tanto se resuelve su situación migratoria, con una eventual deportación,
- Para la regularización de su estancia y,
- Para la asistencia para el retorno a su país de origen.

Ahora bien, es preciso hacer hincapié que el alojamiento de los extranjeros es la regla general en la política migratoria mexicana y que, en la Ley de Migración, aparentemente se crearon alternativas a aquel y son las siguientes:

- Solicitud de oficio de salida para regularización de su situación migratoria en términos del artículo 136 de la Ley de Migración¹³⁴, para acreditar su parentesco con un residente mexicano; su condición de vulnerabilidad para enfrentar una deportación o retorno; ser menor de edad sujeto a procedimiento de restitución de menores¹³⁵ o bien, que a pesar de haber expirado la vigencia de su permiso de residencia, presente su solicitud de regularización dentro de los sesenta días posteriores a la expiración de dicha vigencia¹³⁶.
- Entrega del extranjero a la representación diplomática de su país de origen, en custodia, con la obligación del extranjero de permanecer en un domicilio ubicado en la circunscripción territorial en donde se encuentre la estación migratoria, con el objeto de dar debido seguimiento al procedimiento administrativo migratorio. (artículo 101 de la Ley de Migración)¹³⁷

¹³³ Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, op. cit., nota 66, p. 296

¹³⁴ Cfr. Ley de Migración, en *Agenda de los Extranjeros*, México, op. cit, nota 106, p. 33.

¹³⁵ Ídem, p. 32.

¹³⁶ Ídem. p. 33.

¹³⁷ Ídem. p. 25.

- Entrega del extranjero a una persona moral o institución de reconocida solvencia cuyo objeto esté vinculado con la protección a los derechos humanos, con la obligación del extranjero de permanecer en un domicilio ubicado en la circunscripción territorial en donde se encuentre la estación migratoria, con el objeto de dar debido seguimiento al procedimiento administrativo migratorio. (artículo 101 de la Ley de Migración)¹³⁸

Sin embargo, habrá que analizar si dichas medidas alternativas son realmente viables y realistas, máxime que están reservadas a los casos en que un extranjero pueda regular su estancia en el territorio nacional a discreción de la autoridad y por disposición del artículo 43 y 134 de la ley¹³⁹, no proceden en los supuestos que la situación del extranjero podría ocasionar la deportación, que son los siguientes, de conformidad con el contenido del artículo 144 de la Ley de Migración¹⁴⁰:

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.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ídem, pp. 14 y 33.

¹⁴⁰ Ídem, p. 35.

En todos estos casos, el Instituto determinará el periodo 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.

Es decir, excluyendo los motivos penales, será objeto de deportación todo extranjero *sine permissum*, quien, por regla general, será detenido y retenido en una estación migratoria hasta en tanto se resuelva su situación jurídica, sin que exista otra alternativa a dicho alojamiento.

Ahora bien, la duración del alojamiento, en términos de lo previsto por el artículo 111 de la Ley de Migración, por regla general, no puede exceder de quince días hábiles.¹⁴¹

Pero el mismo artículo, prevé la posibilidad de que el plazo se amplíe hasta 60 días hábiles, en los casos que prevé su segundo párrafo, mismo que se transcribe a continuación:

(...)

- 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 (sic)¹⁴²

Sin embargo, el mismo dispositivo omite prever cuál será la temporalidad para el supuesto previsto en la fracción V, que es el caso de que se haya interpuesto un recurso administrativo o judicial en cuestiones inherentes a su situación migratoria en territorio nacional; o bien, se haya interpuesto un proceso de

¹⁴¹ Ídem, p. 27.

¹⁴² Ídem, p. 28.

amparo y exista una prohibición expresa de la autoridad competente para que el extranjero pueda ser retornado o deportado y por tanto, dicha omisión¹⁴³, hace que el alojamiento tenga una temporalidad indefinida en ese caso. Es decir, este supuesto carece de un límite o plazo máximo, lo que aparentemente lo convierte en inconstitucional.¹⁴⁴

En virtud de lo anterior, corresponde realizar un análisis de la compatibilidad de la presentación y su correlativo alojamiento, con el bloque de constitucionalidad mexicano; en específico, con el derecho de libertad personal.

2.4 Parámetros constitucionales para un test de proporcionalidad sobre la restricción al derecho de libertad personal.

Ahora que arribamos a este punto, es evidente que existe una franca tensión entre el derecho de libertad personal y las detenciones por motivos migratorios; por tal razón, habrá que buscar una primera respuesta clave y para tal efecto, es necesario respondernos si ese tipo de detenciones son una restricción válida al derecho de libertad personal.

Como base estadística, habrá que tener en cuenta que desde el 2 de abril de 2013 al 12 de junio de 2019, han sido 876,247 los extranjeros que han sido presentados y alojados en estaciones migratorias en México, de acuerdo a lo que se advierte del oficio INM/DGCVM/DEM/0284/2019 de fecha 2 de julio de 2019 y suscrito por la Directora de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración; documento

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, op. cit., nota 66, p. 50

que fue emitido en virtud de la solicitud de información número 0411100076219 de fecha 11 de junio de 2019.¹⁴⁵

En virtud de lo anterior, es indispensable realizar un análisis de proporcionalidad del alojamiento en estaciones migratorias, tal como es regulado en la legislación migratoria vigente, con el derecho fundamental de libertad personal.

Para tal efecto, es necesario tener en claro el parámetro de proporcionalidad creado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana, cada uno en su propia labor jurisprudencial.

2.4.1 El *test* de proporcionalidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El Pleno de la Suprema de la Corte de Justicia creó el parámetro para realizar un *test* de proporcionalidad de cualquier restricción constitucional a derechos humanos, en sus tesis de jurisprudencia P./J. 130/2007 y 1a./J. 2/2012, de cuyo contenido se advierte que, partiendo de la premisa que ningún derecho es absoluto y que por tanto, todo derecho es susceptible de restricciones; sin embargo, ninguna restricción puede ser arbitraria y cualquiera de ellas, debe cumplir con los siguientes requisitos para su validez¹⁴⁶:

- La restricción debe ser admisible dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de los derechos humanos con objetivos que puedan enmarcarse en las previsiones de la constitución y/o normas internacionales de derechos humanos¹⁴⁷; es

¹⁴⁵ Instituto Nacional de Migración, Atención Solicitud INFOMEX, oficio INM/DGCVM/DEM/0284/2019, 2 de julio de 2019, p.2.

¹⁴⁶ Cfr. Tesis 1a./J. 2/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro V, febrero de 2012, tomo 1, p. 533.

¹⁴⁷ Ibidem.

decir, debe estar justificada en razones constitucionales ¹⁴⁸ o contenidas en tratados internacionales que contengan derechos humanos.

- Ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido.¹⁴⁹
- Ser necesaria para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales,¹⁵⁰ y
- Ser proporcional, esto es, gozar de correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.¹⁵¹

2.4.2 Test de proporcionalidad de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

Sin perjuicio que, para el caso concreto del derecho de libertad personal, encontramos una condicionante de validez expresa y homogénea en todos los tratados internacionales que antes fueron materia de nuestro estudio y que consiste en la reserva de ley de cualquier restricción al derecho de libertad personal; de manera general, el parámetro de proporcionalidad de las restricciones, podemos ubicarlo en la sentencia del caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, en la cual la Corte consideró que no es suficiente que la

¹⁴⁸ Cfr. Tesis P./J. 130/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ Cfr. Tesis 1a./J. 2/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro V, febrero de 2012, tomo 1, p.

¹⁵¹ Ibidem.

causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación cumplan con los siguientes requisitos para no ser considerada arbitraria¹⁵²:

- que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵³;
- que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido¹⁵⁴;
- que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa de la libertad entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto¹⁵⁵ y
- que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales; es decir, que la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.¹⁵⁶

2.4.3 Criterios integrados del test de proporcionalidad.

El jurista Daniel Vazquez, con base en el análisis de ambos parámetros contenidos en la labor jurisprudencial de ambas Cortes, atinadamente los integró

¹⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 93.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ídem*, párr. 93.

en uno sólo, para comprobar la razonabilidad de cualquier medida y para determinar que cualquier restricción que no califique aprobatoriamente todos los criterios de este *test*, debe ser considerada inconstitucional; el *test* unificado es el siguiente:

- Criterio de legalidad¹⁵⁷; es decir, la medida debe estar prevista en una norma con rango de ley.
- Criterio de legitimidad del objetivo de la restricción¹⁵⁸; es decir, que tenga justificación en razones constitucionales y compatible con los tratados internacionales.
- Criterio de necesidad del objetivo para una sociedad democrática.¹⁵⁹
- Criterio de idoneidad de la medida.¹⁶⁰
- Criterio de necesidad e inexistencia de medios alternativos menos lesivos.¹⁶¹
- Criterio de proporcionalidad en sentido estricto.¹⁶²
- Criterio de no vulneración al contenido esencial del derecho.¹⁶³

Sin embargo, en el caso concreto y en respeto al derecho al control judicial de la detención y recurso judicial efectivo, es necesario también verificar un último criterio:

¹⁵⁷ Vázquez, Daniel, *Test de Razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, p. 74.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

- Criterio de no arbitrariedad.

2.5 Resultado del test de proporcionalidad a las detenciones y alojamientos por motivos migratorios.

Ahora, fijado el parámetro a contrastar con el alojamiento en estaciones migratorias en México, analizaremos el nivel de compatibilidad y proporcionalidad de dicha figura con el derecho a la libertad personal.

a) Criterio de legalidad.

Estimamos que este criterio se cumple, pues el alojamiento en estaciones migratorias está contenido en el artículo 100 de la Ley de Migración y, por tanto, la reserva de ley es respetada.

b) Criterio de legitimidad del objetivo de la restricción.

Consideramos que el objetivo perseguido por el alojamiento es válido y está justificado en las razones constitucionales contenidas en el artículo 11 y 33 de la Carta Magna, más aún porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado en su jurisprudencia que el control migratorio es un fin legítimo de una afectación a la libertad personal.¹⁶⁴

c) Criterio de necesidad de la medida para una sociedad democrática.

¹⁶⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 97.

Consideramos que este criterio no se cumple, pues tal como ha sido considerado por el Jurista Karlos Artemio Castilla Juárez, de la lectura de la legislación migratoria, no es posible advertir cuál es el derecho o bien constitucionalmente protegido¹⁶⁵ y en todo caso, la única justificación posible se encuentra en la propia Ley de Migración, en sus artículos 68 y 99 que califican al alojamiento como parte del procedimiento migratorio, para que el extranjero esté presente en lo que se decide su situación jurídica.

Luego entonces, no es posible advertir la utilidad o necesidad imperiosa¹⁶⁶ de dicha medida para una sociedad democrática.

d) Criterio de no idoneidad.

Consideramos que este criterio se cumple, pues la Corte Interamericana ha Considerado que la detención por motivos migratorios puede ser una medida idónea para controlar la migración irregular¹⁶⁷, en el entendido que es una medida adecuada para lograr el objetivo perseguido, que es el de controlar el flujo migratorio irregular.

e) Criterio de necesidad e inexistencia de medios alternativos menos lesivos.

Consideramos que este criterio no se cumple, pues la legislación migratoria no prevé otros mecanismos alternativos viables a la presentación y alojamiento de extranjeros en situación irregular.

¹⁶⁵ Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, op. cit., nota 66, p. 306

¹⁶⁶ Cfr. Vázquez, Daniel, op. cit., nota 157, p. 60.

¹⁶⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 97.

Tal como considera el jurista Karlos Artemio Castilla, *el alojamiento no es una medida cautelar sino una medida que se aplica por regla general como parte del procedimiento administrativo migratorio*.¹⁶⁸

Por tanto, la ausencia de un estudio en cada caso concreto de la aplicación de medios menos lesivos que el alojamiento, resulta ser incompatible con este criterio.

Debemos hacer hincapié que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son arbitrarias las políticas migratorias en las que la detención de los migrantes irregulares es obligatoria, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas a la libertad personal para la consecución de sus fines.¹⁶⁹

Ahora bien, es preciso señalar que la legislación migratoria prevé otros medios aparentemente alternativos, tal como la solicitud de oficio de salida para regularización de su situación migratoria en términos del artículo 136 de la Ley de Migración¹⁷⁰ y la entrega, en custodia, del extranjero a la representación diplomática de su país de origen o bien, a una persona moral o institución de reconocida solvencia cuyo objeto esté vinculado con la protección a los derechos humanos, de conformidad con el artículo 101 de la Ley de Migración.¹⁷¹

Sin embargo, de la información obtenida de la consulta número INM/DGCVM/DEM/0284/2019 de fecha 2 de julio de 2019; se advierte que, en relación con los 876,247 extranjeros que han sido alojados en estaciones migratorias, en el periodo comprendido del 2 de abril de 2013 a 12 de junio de 2019¹⁷², obtenemos las siguientes estadísticas:

¹⁶⁸ Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, op. cit., nota 66, p. 256

¹⁶⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 171.

¹⁷⁰ Cfr. Ley de Migración, en *Agenda de los Extranjeros*, México, op. cit, nota 106, p. 33.

¹⁷¹ Ídem. p. 25.

¹⁷² Instituto Nacional de Migración, Atención Solicitud INFOMEX, oficio INM/DGCVM/DEM/0284/2019, 2 de julio de 2019, p.2.

- Únicamente 54,035 extranjeros han recibido esos oficios de salida¹⁷³; es decir, el 6.16 % de las personas alojadas y,
- Únicamente 11,378 extranjeros han sido entregados en custodia diplomática o humanitaria¹⁷⁴; es decir, solamente el 1.29 % de la totalidad de extranjeros alojados ha gozado de ese medio.

Por tal razón, dichos mecanismos alternativos parecen ser mecanismos ilusorios, pues las excepciones a la regla general del alojamiento parecen ser una opción no viable en la realidad¹⁷⁵ toda vez que quedan a la discreción de la autoridad migratoria su otorgamiento, así como quedan condicionadas a la diligencia de la asistencia consultar o bien, en el peor de los casos, sujetas a la buena voluntad de grupos de asistencia humanitaria.

Además, no debe perderse de vista que esos supuestos medios alternativos “excepcionales” solo aplican a los casos en los que el extranjero pueda regularizar su situación migratoria, a discreción de la autoridad y no es aplicable a los supuestos que justifiquen una deportación, es decir, ser un extranjero *sine permissum* o irregular susceptible de ser expulsado del territorio nacional.

No debe ser ajena esa realidad, pues en términos de la de la información obtenida de la consulta número INM/DGCVM/DEM/0284/2019 de fecha 2 de julio de 2019, del periodo comprendido del 2 de abril de 2013 a 12 de junio de 2019, han sido 19,216 las personas a las que se les ha iniciado un procedimiento administrativo para deportación; es decir, que se les consideró extranjeros con situación irregular y fueron exactamente 19,216, las personas que fueron deportadas¹⁷⁶; sin gozar, de un estudio de la necesidad del alojamiento y de la búsqueda de un medio menos lesivo para la consecución de los fines de la autoridad migratoria.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ Cfr. Castilla Juárez, Karlos Artemio, op. cit., nota 66, p. 256

¹⁷⁶ Instituto Nacional de Migración, Atención Solicitud INFOMEX, oficio INM/DGCVM/DEM/0284/2019, 2 de julio de 2019, p.2.

Por tal razón, ante la falta de previsión de medios alternativos viables, incluso para los casos que justifiquen una eventual deportación, es que consideramos que el criterio en estudio no se cumple.

f) Criterio de proporcionalidad en sentido estricto

Consideramos que este criterio no se verifica, puesto que, al no acreditarse la necesidad imperiosa de esa medida y la inexistencia de un medio menos lesivo, en consecuencia, tampoco puede ser una medida que justifique una relación de correspondencia entre la importancia del fin buscado y los efectos perjudiciales que produce en el derecho de libertad personal.

Además, como se señaló previamente, el alojamiento es una regla general que no repara un análisis individualizado de cada detención, sino que es parte misma del procedimiento administrativo y en ello, se omite realizar una justificación de porqué en ese caso concreto, la importancia del fin perseguido “pesa” más en el caso concreto que el derecho de libertad personal pues, entre más intensa sea la afectación a un derecho fundamental, más pesadas deben ser las razones que debe tener la autoridad para demostrar el beneficio que dicha medida persigue¹⁷⁷ y la justificación de las afectaciones al derecho restringido.

Sin embargo, esa obligación de ponderación y justificación no existe en la legislación migratoria mexicana y, por tanto, no cumple con el criterio en comento.

g) Criterio de no vulneración al contenido esencial del derecho.

¹⁷⁷ Cfr. Vázquez, Daniel, op. cit, nota 157, p. 68.

Consideramos que el criterio correlativo no se cumple, pues las omisiones de verificación de los previos criterios constituye una afectación desmedida y exagerada al derecho en cuestión¹⁷⁸, que implican una afectación al núcleo esencial del derecho a la libertad personal que implica que ninguna persona puede ser privada de ella, de manera arbitraria y la falta de verificación de los criterios previos, constituye a esos alojamientos en medidas arbitrarias que traspasa los contenidos básicos del derecho¹⁷⁹, al hacerlo carecer de sus garantías y la plenitud de sus efectos frente a detenciones arbitrarias.

h) Criterio de arbitrariedad.

Consideramos que, al ser la regla general, el alojamiento de los extranjeros con situación irregular, en la política migratoria mexicana, sin que exista un estudio de proporcionalidad en cada caso concreto; en consecuencia, las detenciones por motivos migratorios son arbitrarias y, por tanto, incompatibles con el parámetro constitucional del derecho a la libertad personal.

Asimismo, el hecho de que, para el supuesto de que se interponga un recurso o amparo en contra de la detención, no exista un plazo máximo previsto en la ley, tal como ha sido considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, torna arbitraria la presentación de extranjeros y alojamiento en estaciones migratorias.

Luego entonces, ahora que arribamos a la conclusión de que las detenciones por motivos migratorios no aprueban satisfactoriamente el *test* de proporcionalidad y de compatibilidad con el parámetro constitucional; debemos saber cómo puede un extranjero defenderse de una medida arbitraria e incompatible con nuestro bloque de constitucionalidad y qué tipo de recurso debe de agotar.

¹⁷⁸ Cfr. Tesis 1a./J. 2/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro V, febrero de 2012, tomo 1, p. 533.

¹⁷⁹ Cfr. Vázquez, Daniel, op. cit, nota 157, p. 71.

Por tal razón, es necesario entrar al estudio de las garantías que resguardan el derecho de libertad personal y los medios de reparación que asisten a un extranjero que recibe una lesión en ese derecho como consecuencia de una detención por motivos migratorios.

Capítulo III.- El derecho fundamental a un recurso judicial efectivo en el ordenamiento jurídico mexicano vigente.

3.1 El derecho fundamental al debido proceso

Los derechos fundamentales obligan a los estados democráticos a establecer consecuencias a las transgresiones de esos derechos y a prever un sistema que establezca cuándo, cómo y quién reparará los derechos vulnerados.

El derecho fundamental a debido proceso responde a la necesidad del Estado de reaccionar a la inobservancia o lesión de otro derecho fundamental y asegurar que existan consecuencias que reparen la transgresión, a través de reglas y principios.

Si bien, el derecho que nos ocupa en este capítulo es de un recurso judicial efectivo, al pertenecer este a un derecho mucho más complejo, como lo es el derecho a un debido proceso, sólo podremos entender correctamente aquel si entendemos primero, la naturaleza y alcance del derecho al debido proceso.

El derecho fundamental a un debido proceso representa un tema de estudio sumamente amplio y que podría ocasionar la creación de tomos enteros para agotarlo, pues es un derecho complejo que contiene a su vez, una gran variedad de derechos que coinciden en su finalidad: garantizar a los gobernados un efectivo acceso material a la justicia a través de reglas y principios, aplicados por el aparato jurisdiccional de un Estado de Democrático de Derecho¹⁸⁰; sin embargo, en el presente trabajo expondremos éste derecho de forma básica, exponiendo las características elementales del derecho fundamental al debido proceso para hilvanar, posteriormente, su naturaleza con la exposición del derecho

¹⁸⁰ Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La articulación de los estándares de fuente interna e internacional del debido proceso” en Pérez Vázquez, Carlos (coord.), *El Derecho Humano al Debido Proceso*. Editorial Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2014, pp. 34 y 35.

fundamental a un recurso efectivo y su materialización en el sistema jurídico mexicano.

3.1.1 Origen internacional.

Los expertos en la materia, afirman que el debido proceso es una figura jurídica que nació en la tradición jurídica inglesa con el concepto: *due process of law*, contenido en el artículo 39 de la Carta Magna Inglesa de 1215¹⁸¹ y que implicaba el derecho de toda persona libre a no ser privada de sus derechos o posesiones sin haber sido juzgada por un Juez conforme a la ley de su tierra; posteriormente, tras la incorporación del derecho al debido proceso a la Constitución de los Estados Unidos de América, a través de la quinta, sexta y séptima enmienda a ésta última, el contenido de éste derecho se amplió de forma benéfica, pues se estableció en el texto constitucional que nadie podía ser condenado o privado de sus derechos sin la verificación previa de un *procedimiento legalmente establecido*, ante un jurado imparcial y previamente existente, en el que el enjuiciado, además, contara con un abogado para su defensa.¹⁸²

El derecho a un debido proceso encontró evolución en el constitucionalismo americano, primero, con la creación, en 1789, de la quinta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América que incorporó el derecho de todo ciudadano de tener un proceso judicial y posteriormente en 1869, con la decimocuarta enmienda, que imponía a las autoridades la restricción de resolver

¹⁸¹ Cfr. Caballero Juárez, José Antonio, *El debido proceso. Una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 8 y 9.

¹⁸² Cfr. Carbonell Sánchez, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, ed. Porrúa, México, 2005. pp. 208 a 211. Es preciso hacer énfasis en que el procedimiento que se exigía para la validez de un acto privativo debía estar establecido en una norma, sin entrar en detalle del rango normativo que esa norma debía tener, pues al parecer se empleaba el concepto “legalmente” casi con el mismo significado que “normativamente”.

el destino de una persona sin un *due process of law*, que, traducido al castellano, significa debido proceso legal.¹⁸³

A pesar que la figura jurídica nació y se desarrolló en el *common law*, el concepto ha sido asimilado por casi todos los países de tradición constitucional democrática, e incluso fue consagrado en instrumentos de derecho internacional, como en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que estableció que toda persona tenía derecho a ser tratada con igualdad ante la ley (artículo 7), a contar con un recurso efectivo para combatir la violación de sus derechos (artículo 8), a no ser privado de su libertad de forma arbitraria (artículo 9), a contar con un derecho de audiencia, defensa y prueba (artículo 10) y que en cualquier proceso penal, se presume su inocencia y a contar con todas las garantías necesarias para su defensa (artículo 11).

Por lo que respecta a Latinoamérica, el derecho a un debido proceso legal se materializó en 1948, en los artículos XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre¹⁸⁴; posteriormente, en 1966 se vio reflejado en los artículos 9, 10 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸⁵; así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos¹⁸⁶.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos son vinculantes a México desde 1981, pero este es último instrumento en el que se plasma de mejor manera el contenido del derecho al debido proceso y que incluye las ideas europeas y norteamericanas de la justicia, en sus artículos 8¹⁸⁷ y 25.¹⁸⁸

¹⁸³ Cfr. Villalba Bernié, Pablo Darío, "Debido proceso y derechos humanos" en Acuña Zepeda, Manuel Salvador y otros (coord.), *Debido proceso*, tomo I, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, p. 346.

¹⁸⁴ Cfr. Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), op. cit., nota 60, pp. 661 a 663.

¹⁸⁵ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), op. cit., nota 62, pp. 416 a 419.

¹⁸⁶ Cfr. Carbonell Sánchez, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, pp. 12 y 13.

¹⁸⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), op. cit., nota 64, 2007, p. 672.

¹⁸⁸ *Ídem*, p. 679.

Como podrá advertirse, el derecho a un debido proceso es fruto del constitucionalismo liberal y es una institución dinámica, opuesta a lo estático y ello representa un importante elemento que ayuda a su evolución¹⁸⁹, pues en su trayectoria de formación ha adquirido y asimilado los nuevos paradigmas que la teoría constitucional ha construido y por tanto, no puede hablarse de un debido proceso *per se*, sin entender antes el contexto en el que se desarrolla.

En el caso mexicano, el derecho a un debido proceso se vio engrosado con la inclusión de los derechos contenidos en los tratados internacionales, tras la reforma de 10 de junio de 2011; en consecuencia, el derecho a un debido proceso hoy se integra de más derechos que aquellos con los que contaba antes de la reforma constitucional al artículo 1º constitucional, referida; entre ellos, el derecho a un recurso judicial efectivo, ahora como un derecho que forma parte del bloque de constitucionalidad.

3.1.2 Concepto

No es tarea sencilla determinar un solo concepto de derecho al debido proceso, pues, como se mencionó, es un derecho que implica necesariamente una multitud de derechos implícitos; por tanto, la posibilidad de conceptualizarlo en una invariable definición se reduce.

En ese mismo sentido, José Antonio Caballero afirma que no es posible construir una definición general e inequívoca del derecho al debido proceso, pues ésta siempre responderá a la cantidad de derechos que implique en un sistema jurídico específico, es decir, solo es posible conceptualizar el derecho con base en el conjunto de derechos que lo integren, en el sistema jurídico determinado; sin embargo, afirma que es posible reducir la idea general del debido proceso en una

¹⁸⁹ Cfr. Salinas Garza, Juan Ángel y otro, "Origen del derecho al debido proceso", en Acuña Zepeda, Manuel Salvador y otros (coord.), *Debido proceso*, tomo II, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, p. 33.

premisa: el derecho al debido proceso es el derecho a tener justicia dentro del procedimiento, esto es, que ambas partes en un juicio hayan tenido trato digno, equitativo y que contaran con las mismas oportunidades para hacer valer su punto de vista respecto a la controversia; es decir, el debido proceso es una condición *cualitativa* del procedimiento en cuanto a sus reglas, su desarrollo y su resultado.¹⁹⁰

Al respecto, Jorge Ulises Carmona Tinoco, señala que el derecho fundamental a un debido proceso es una condición necesaria para el efectivo acceso a la justicia, pues es una garantía de protección a los derechos de los gobernados y que se materializa con el derecho a acceder formalmente a los órganos jurisdiccionales estatales y hacer valer sus derechos conforme a reglas sustantivas y adjetivas que se aplicaran por igual a todos los gobernados en las mismas condiciones.¹⁹¹

Por otro lado, Robert Alexy, nos ofrece un concepto mucho más teórico, al exponer que el derecho fundamental a debido proceso (o derecho a la organización y procedimientos, como lo llama él) es un medio para producir un resultado favorable con los derechos fundamentales y asegurar eficazmente el cumplimiento de éstos, a través de *procedimientos*, que son sistemas de reglas y/o principios; afirma que, si el resultado del procedimiento (el fallo de un proceso, por ejemplo) es logrado respetando esos principios y/o reglas, el resultado será positivo y válido, pero si el resultado del procedimiento se logra sin respetar esos principios y/o reglas, ese resultado será negativo e inválido; es decir, el derecho fundamental al debido proceso para él significa, en una primera dimensión, el respeto a las reglas y/o principios establecidos por el Estado en un procedimiento, con la posibilidad de invalidar todo aquel resultado (fallo) que se haya obtenido sin respetar esas reglas y/o principios, a eso él lo llama el “derecho a los procedimientos”; sin embargo, en una segunda dimensión del derecho, también afirma que el contenido de ese derecho no sólo se surte efectos contra los tribunales de justicia, sino también contra los legisladores, quienes estarán

¹⁹⁰ Cfr. Caballero Juárez, José Antonio, op. cit, nota 181, pp. 4 y 45.

¹⁹¹ Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La articulación de los estándares de fuente interna e internacional del debido proceso”, p. 35.

obligados a emitir normas sustantivas y adjetivas para asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales (*derecho a la organización estatal*).¹⁹²

Luis Gerardo Rodríguez Lozano, ofrece una concepción en virtud de lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus opiniones consultivas y menciona que el derecho a un debido proceso es el conjunto de requisitos que deben observarse para que un gobernado se encuentre en aptitud de defender adecuadamente sus derechos de la actividad del Estado.¹⁹³

Por su parte, Zamir Andrés Fajardo Morales, nos proporciona la definición, a nuestro parecer, más completa sobre el derecho al debido proceso, aplicable al sistema jurídico mexicano, al afirmar que éste es un derecho que le corresponde a todos los gobernados, a partir del cual, la *definición* que hagan las autoridades del Estado respecto de cualquier asunto relacionado con el goce o ejercicio de los derechos de las personas, debe respetar y cumplir todos los límites, requisitos y garantías que se establecen en la Constitución, en los tratados internacionales en materia de derechos humanos y en las leyes correspondientes (sí estas últimas no tienen un vicio de irregularidad, desde luego), favoreciendo en todo momento el máximo goce y ejercicio de tales derechos.¹⁹⁴

Sin embargo, la definición que adoptaremos en el presente trabajo será la proporcionada por el jurista Sergio García Ramírez, quien en su momento, y como Juez, construyó el concepto de éste derecho en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) e incluso su definición encuentra reflejo en los considerandos de múltiples sentencias de la CIDH; para él, el derecho fundamental a un debido proceso es una limitante a la actividad estatal e implica un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efecto de que las personas estén en condiciones de defender

¹⁹² Cfr. Alexy, Robert, op. cit., nota 77, pp. 454 a 459.

¹⁹³ Cfr. Rodríguez Lozano, Luis Gerardo, "Teleología del debido proceso neoconstitucional" en en Acuña Zepeda, Manuel Salvador y otros (coord.), *Debido proceso*, tomo I, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, pp. 43 y 44.

¹⁹⁴ Cfr. Fajardo Morales, Zamir Andrés, "Introducción" en Pérez Vázquez, Carlos (coord.), *El Derecho Humano al Debido Proceso*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, México, 2014, p. 19.

adecuadamente sus derechos ante cualquier acto (omisión o norma) del Estado que pueda afectarlos.¹⁹⁵

Es decir, como correctamente afirma Caballero Juárez, el derecho fundamental a un debido proceso no puede definirse con una conceptualización invariable, sino que responde a aquellos derechos que componen el derecho en un sistema jurídico determinado.¹⁹⁶

Por tal razón, sin perjuicio de las definiciones teóricas descritas y que nos permiten acercarnos al estudio del derecho en cuestión, para finalmente entender el derecho a un recurso judicial efectivo; es necesario, centrarnos en el ordenamiento jurídico mexicano y concentrar nuestra atención a qué es y cómo está integrado el derecho a un debido proceso en nuestro sistema jurídico.

3.2 El derecho fundamental al debido proceso en el bloque de constitucionalidad mexicano.

Para explicar el derecho fundamental al debido proceso en México, podemos remitirnos a las definiciones de Sergio García Ramírez¹⁹⁷ y Zamir Fajardo Morales¹⁹⁸, por estar construidas con base en el caso específico del sistema jurídico mexicano, siendo preciso dar la razón a José Antonio Caballero, al afirmar que la definición correcta del derecho al debido proceso sólo puede construirse atendiendo a los derechos que lo integran en el sistema jurídico específico¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Cfr. García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*, México, ed. Porrúa, 2014, p. 22.

¹⁹⁶ Cfr. Caballero Juárez, José Antonio, op. cit, nota 181, pp. 4 y 45.

¹⁹⁷ Cfr. García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*, p. 22.

¹⁹⁸ Cfr. Fajardo Morales, Zamir Andrés, op. cit, nota 194, p. 19

¹⁹⁹ Cfr. Caballero Juárez, José Antonio, op. cit, nota 181, pp. 4 y 45.

En el caso concreto, el derecho fundamental al debido proceso en México encuentra su núcleo duro²⁰⁰ o núcleo esencial en la redacción del artículo 14 constitucional que establece que *“Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”*²⁰¹.

Al respecto, en 1995, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, detalló, a través de su jurisprudencia número P./J. 47/95, el contenido de “las formalidades esenciales del procedimiento”, para señalar que esas formalidades implicaban garantías de defensa contra los actos del estado y que consisten en el derecho a ser notificado del procedimiento, el derecho de contradicción, el derecho de rendir alegaciones y el derecho a que se dicte una sentencia que resuelva la controversia.²⁰²

En otras palabras, antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 que abrió una brecha hacia la recepción de nuevos derechos que se integraron al derecho a un debido proceso; ese derecho en México se componía de lo dispuesto por los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Mexicana y en todo caso, por la interpretación que de esos artículos hizo el Poder Judicial Federal a través de su actividad jurisprudencial.

Sin embargo, tal como fue expuesto previamente, el bloque constitucional mexicano, después de la reforma al artículo 1º constitucional, no sólo está integrado de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, sino también por los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales de los México sea parte; así como por la interpretación que de esos derechos haga la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiados de Circuito

²⁰⁰ Cfr. Rodríguez Lozano, Luis Gerardo, op. cit., nota 193, p. 44.

²⁰¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, op. cit., nota 8, p. 12.

²⁰² Cfr. Tesis P./J. 47/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo II, diciembre de 1995, p.133.

a través de su jurisprudencia; por la sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenen al Estado Mexicano y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que no sea parte el Estado Mexicano, pero cuyo contenido sea más favorable para las personas que un criterio jurisdiccional interno o norma interna.

Por tanto, el contenido del derecho al debido proceso en México se compone de un el conjunto de derechos fundamentales de diversas fuentes, pues estos están contenidos en:

- la Constitución Política;
- en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano, es parte;
- la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiados de Circuito, al respecto;
- las sentencias relativas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenen al Estado Mexicano y
- la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que no sea parte el Estado Mexicano, pero cuyo contenido (sobre este derecho) sea más favorable para las personas que un criterio jurisdiccional interno o norma interna.

3.2.1 El derecho fundamental en las afectaciones al derecho de libertad personal en México.

Es posible afirmar que este derecho encuentra sus principales componentes en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional y 16 constitucional, que recogen en

las garantías del derecho de libertad personal en su vertiente negativa, es decir, la obligación del Estado de no interferir en la libertad de las personas, salvo causas justificadas: es decir, conforme a la regulación de las afectaciones permisibles y en concordancia con los procedimientos establecidos para ellas.

El segundo párrafo del artículo 14 constitucional, prevé la prohibición de privar a una persona de su libertad sin antes haber contado con un juicio seguido, ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan las formalidades que exige el derecho a un debido proceso legal.²⁰³

Sin embargo, cabe hacer notar que ese artículo se refiere a la privación de la libertad; es decir, el rango más agravado de la afectación a la libertad personal como parte del derecho punitivo del Estado.

Por tanto, es necesario entender a qué se refiere el texto constitucional, con la palabra privación.

Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia número P./J.40/96; interpretó los artículos 14 y 16, para concluir que el texto constitucional, en esos artículos, regula dos niveles diferentes de afectación a la esfera jurídica de los gobernados: los actos privativos y los actos de molestia.²⁰⁴

De acuerdo a lo expuesto por la Suprema Corte, en la jurisprudencia en comento, los actos privativos son aquellos que tienen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado²⁰⁵ y por tanto, para su validez, requieren del requisito establecido en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, es decir, la existencia de un debido proceso legal previo.

Por otro lado, los actos de molestia son aquellos que restringen de forma provisional o preventiva un derecho del gobernado con el objeto de proteger

²⁰³ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, op. cit., nota 7, p. 12.

²⁰⁴ Cfr. Tesis P./J. 40/96, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo IV, Julio de 1996, p. 5.

²⁰⁵ *Ibidem*

determinados bienes jurídicos y que, por su calidad de provisionales, no requieren del cumplimiento del requisito de debido proceso legal a que se refiere el artículo 14 constitucional, sino de los requisitos previstos en el artículo 16 constitucional.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación ha afirmado que, sin importar que el contenido del artículo 14 de la Constitución sea el *núcleo duro* del derecho a un debido proceso; ello solo representa su contenido mínimo, pues el resto de las garantías contenidas en el bloque constitucional son igualmente, y no menos importantes, requisitos de validez de los procedimientos estatales, tal como se advierte detalladamente del criterio jurisprudencial número 1a./J. 11/2014 ²⁰⁶; que señala que, si bien es cierto que las formalidades que debe revestir todo procedimiento, son las detalladas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su tesis de jurisprudencia número P./J. 47/95 y son: la notificación del inicio del procedimiento; la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; la oportunidad de alegar; y una resolución que dirima las cuestiones debatidas²⁰⁷, ello sólo significa que existe otro núcleo del derecho al debido proceso que se compone de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la *potestad* punitiva del Estado.

Igualmente, en labor jurisprudencial, el Poder Judicial Federal ha intentado describir en su jurisprudencia, el contenido del derecho a un debido proceso, pues ha señalado que este derecho se integra por las garantías relativas a las formalidades esenciales del procedimiento²⁰⁸ y además por las siguientes:

- el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de

²⁰⁶ Cfr. Tesis 1a./J. 11/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo I, febrero de 2014, p. 396.

²⁰⁷ Cfr. Tesis P./J. 47/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo II, diciembre de 1995, p.133.

²⁰⁸ Cfr. Tesis VI.1o.A. J/2, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro XI, tomo II, agosto de 2012, p. 1096.

sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter;²⁰⁹

- la existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales;²¹⁰
- el requisito de que sea la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga;²¹¹
- el desarrollo de las posibilidades de recurso judicial;²¹² y
- el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso, tal como se advierte del contenido del siguiente criterio jurisprudencial²¹³:

Por otra parte, el texto del artículo 16 constitucional contiene los supuestos de actos de molestia a la libertad personal, o bien, las restricciones legítimas creadas en la constitución al derecho de libertad personal y que justifican la afectación de los gobernados y los supuestos en que es permisible mediante de aprehensión, detención por la comisión de un delito en flagrancia y por arraigo.

Al respecto, la tesis de jurisprudencia P./J.40/96 establece que para la validez de los actos de molestia es la existencia de un mandamiento escrito por autoridad

²⁰⁹ *Ibidem*

²¹⁰ *Ibidem*

²¹¹ *Ibidem*

²¹² *Ibidem*

²¹³ *Ibidem*

competente, debidamente fundamentado y motivado²¹⁴; es decir, que el acto cuente con respaldo legal y que exista un motivo para dictarlo.²¹⁵

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió en su jurisprudencia número VI.2o. J/43, que la obligación de fundamentación es la obligación de citar el precepto legal aplicable al caso y motivación es la cita de las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento.²¹⁶

Sin embargo, el efecto de su omisión de cumplimiento depende de si ese acto afecta de manera directa a la esfera jurídica del gobernado o bien, si la omisión de cumplimiento es total o tan solo defectuosa; al respecto, el Poder Judicial Federal se ha abocado al estudio de ello, pero lo obviaremos por no ser materia de nuestro estudio.

Ahora, continuando con el estudio del artículo 16 constitucional; es necesario señalar que la detención por aprehensión, entendida esta como “captura”, tiene una connotación necesariamente penal y es la afectación que se hace en la libertad física para asegurar la presencia del imputado de un delito en el proceso penal, dicha afectación tiene un carácter preventivo y con la finalidad de que el proceso se lleve a cabo.²¹⁷

Los requisitos para la afectación de la libertad personal por ese motivo es que se dicte una orden judicial de aprehensión a la que le preceda una denuncia o querrela de un hecho que la ley califique como delito, que existan elementos de que ese hecho se realizó y que existan elementos para creer que la persona a aprehender pudo haber cometido el delito.

La detención por la posible comisión de un delito se puede suscitar en casos de flagrancia y en caso urgentes, de la siguiente manera:

²¹⁴ *Ibidem*

²¹⁵ Cfr. Carbonell Sánchez, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 695.

²¹⁶ Cfr. Tesis VI.2o. J/43, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo III, marzo de 1996, p. 769.

²¹⁷ Cfr. Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, México, ed. Mc Graw Hill, 3ª edición, 2009, p. 276.

- La detención puede suscitarse por flagrancia, es la afectación que se hace en la libertad de una persona en el momento en que se esté cometiendo un delito o durante su persecución material llevada a cabo en el momento inmediatamente posterior a la realización del delito.²¹⁸
- Las detenciones por motivos urgentes implican una orden dictada por el Ministerio Público (análoga a la orden judicial de aprehensión) solo en los casos en que el imputado pueda sustraerse de la acción de justicia y además, el Ministerio Público no pueda acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia; sin embargo, eso no lo exime de fundamentar o motivar su decisión.²¹⁹

El tercer supuesto previsto por el artículo 16 constitucional es el arraigo y esta es una medida también del derecho penal y es el confinamiento de una persona en un lugar, por un plazo no mayor de ochenta días, ordenado por un Juez en casos de delincuencia organizada y cuando exista temor fundado que el imputado de un delito se sustraiga de la acción de la justicia.

Ahora bien, como puede observarse, el artículo 16, además de establecer los requisitos de los actos de molestia, prevé la regulación de las detenciones ante el Ministerio Público, las cuales pueden dar lugar a una retención por parte de la autoridad administrativa que no excederá de las 48 horas y de 96 horas en casos de delincuencia organizada.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que el plazo de las 48 horas de la retención deberá contarse a partir de que la persona es puesta disposición de la autoridad.²²⁰

²¹⁸ Cfr. Carbonell Sánchez, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, pp. 704 y 705

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ Cfr. Tesis 1a./J. 46/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIX, enero de 2004, p. 90.

Asimismo, el décimo cuarto párrafo del artículo en estudio señala que toda detención será materia de control judicial de legalidad de manera inmediata por parte de un Juez de Control.²²¹

Es importante resaltar, aunque dicha obligación constitucional parece ser la consagración del *habeas corpus* que prevé el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que no está destinada exclusivamente a la materia penal; el control judicial de las detenciones sólo se ha visto materializado en materia penal, tal como puede advertirse del artículo 307 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que faculta a los Jueces de Control a realizar un control judicial de las detenciones en materia penal.

Lo anterior, nos adelanta luz sobre uno de los puntos a analizar en este trabajo, sin perjuicio de que será materia de estudio del siguiente capítulo: el control judicial de las detenciones en México, sólo se practica en materia penal.

c) Por su parte, el primer párrafo del artículo 18; los primeros tres párrafos del artículo 19; la fracción II, primer párrafo de la fracción III, VII y IX del apartado B del artículo 20, todos de la Constitución Mexicana, regulan la detención ante autoridad judicial, la prisión preventiva y la duración máxima de cada una; así como la libertad condicionada.

Ahora bien, la detención otorga derechos correlacionados al gobernado, tal como que se le comunique desde el momento de su detención de los motivos de esta y de los derechos que le asisten.

En ese mismo sentido, la detención ante autoridad judicial, es decir, aquella que procede luego de la consignación que hace el Ministerio Público por el ejercicio de la acción penal, sólo podrá durar 72 horas o el doble de ese plazo, si así lo solicita el imputado. Después de ese tiempo, deberá restituirse al gobernado su libertad a menos que la autoridad judicial dicte un auto de vinculación a un proceso penal en su contra.²²²

²²¹ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, op. cit., nota 7, p. 14.

²²² Ídem, p. 16.

Ahora bien, dicho proceso penal podrá sustanciarse con la prisión preventiva del imputado o no.²²³

El proceso se tramitará con declaración de prisión preventiva oficiosa en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.²²⁴

Sin embargo, fuera de los casos descritos en el párrafo anterior, la prisión preventiva será excepcional y para que se ordene, el Ministerio Público deberá solicitarla y acreditar que no existen otras medidas cautelares suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los *testigos* o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso pero, cuando eso no pueda ser acreditado, las personas vinculadas a proceso gozarán de una libertad que podrá ser revocada por el Juez, si dejan de cumplirse las medidas cautelares previstas en la ley para asegurar que el imputado no se sustraiga de la justicia. Eso es la libertad condicionada.

Ahora bien, la prisión preventiva no podrá exceder el plazo de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y de un año si excede esa pena; sin embargo, ese plazo podrá extenderse a solicitud del procesado o su defensa, pero en todo caso, 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.

Por su parte, el Poder Judicial Federal ha sostenido, de conformidad con el texto constitucional que la prisión preventiva tiene un carácter excepcional y que su valoración, al momento de decidir sobre su imposición por parte del Juez, deberá articularse con el derecho de presunción de inocencia y que por tanto, es ilegal su

²²³ *Ibidem.*

²²⁴ *Ibidem.*

imposición si se soporta en el argumento que el imputado se sustraerá de la justicia debido a la posible imposición de la pena máxima de prisión que el tipo penal sanciona.²²⁵

d) Por otro lado, el tercer párrafo del artículo 21 constitucional, prevé la figura del arresto como una sanción por el incumplimiento de normas de derecho administrativo que implica una afectación a la libertad personal, que será excepcional, en el caso que no se cumpla una multa y será conmutable por trabajo a favor de la comunidad pero que, en ningún caso, su duración podrá exceder de 36 horas.²²⁶

Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que el arresto es un acto contra el que procede el amparo indirecto, sin agotar los recursos ordinarios y que inclusive procede contra la amenaza o apercibimiento de su imposición.²²⁷

e) Asimismo, el artículo 33 de la Constitución Federal establece una restricción constitucional al derecho de libertad personal de los extranjeros, quienes podrán ser expulsados del territorio nacional, previa audiencia y de conformidad con el procedimiento que establezca la ley, que regulara el tiempo y lugar que dure la detención.²²⁸

Como puede advertirse, la Constitución Federal, reconoce a los extranjeros los mismos derechos humanos que a los nacionales e inclusive, en los casos de expulsión que prevea la ley, deberá respetárseles el derecho a un debido proceso legal.

Ahora, en cuanto a lo que debemos entender por expulsión, no existe total claridad y la jurisprudencia no se ha dado a la tarea de abonar mucho al respecto.

²²⁵ Cfr. Tesis VI.2o.P. J/2, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 60, noviembre de 2018, tomo III, p. 2077.

²²⁶ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, op. cit., nota 7, p. 19

²²⁷ Tesis P./J. 17/98, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo VII, febrero de 1998, p. 6.

²²⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, op. cit., nota 7, p. 35.

La doctrina es férrea en distinguir expulsión de deportación y aunque, más adelante entraremos a un estudio profundo de la deportación, haremos una breve acotación para señalar las distinciones doctrinarias entre la expulsión y la deportación.

Para el jurista Carlos Arrellano García, deportar es obligar a un extranjero a salir del país cuando no reúna o deja de reunir los requisitos sanitarios o migratorios necesarios para su internación en el territorio nacional²²⁹ y expulsar, es hacer uso del derecho de los Estados para no admitir a alguien en su territorio por razones de seguridad nacional o bienestar público.²³⁰

Por otro lado, para María Elena Mansilla y Mejía, expulsar es el acto soberano de los Estados, mediante el cual envían a los extranjeros a su país por considerarnos peligrosos a la seguridad, soberanía o integridad nacional, así como por su conducta o inmiscuirse en la política interna del Estado.²³¹ Dicho concepto nos parece el más atinado.

Sin embargo, el Poder Judicial Federal, en criterios aislados, ha señalado que la expulsión y la deportación prevista en el artículo 143 de la Ley de Migración, son figuras equivalentes y que, por tanto, ambas encuentran fundamento en el artículo 33 constitucional²³², lo cual no es descabellado y nos sirve de mucho, a fin de reforzar la idea toral de este trabajo.

f) Finalmente, el último párrafo del artículo 119 de la constitución, prevé que las detenciones que por motivos de extradición deberán proceder de una orden judicial previa y que su duración no podrá exceder de 60 días hábiles.

En conclusión, la constitución mexicana reconoce los derechos fundamentales de libre circulación, libre elección de residencia y de libertad física, como impedimento de detenciones arbitrarias; sin embargo, se inclina a la protección de esos derechos en materia penal, pero no hay una regulación constitucional de las

²²⁹ Cfr. Arellano García, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, México, 13ª edición, ed. Porrúa, 1999, pp. 534 y 535.

²³⁰ Ídem, pp. 536 y 537.

²³¹ Cfr. Mansilla y Mejía, María Elena, op. cit., nota 119, p. 100.

²³² Cfr. Tesis XXII.P.A.20 A, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 57, agosto de 2018, Tomo III, p. 2682.

detenciones administrativas que realiza el Instituto Nacional de Migración en materia de control migratorio.

3.3 Debido proceso en las detenciones por motivos migratorios.

Tal como se señaló en líneas previas, el debido proceso un debido proceso no puede definirse con una conceptualización invariable, sino que responde a aquellos derechos que componen el derecho en un sistema jurídico determinado²³³ y ese derecho ha sido estructurado no sólo por los tratados internacionales, sino también por el resto de las fuentes del bloque de constitucionalidad.

Por tal razón, conviene analizar cuáles son el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier detención que pueda afectarlos.²³⁴

3.3.1 Debido proceso en las detenciones por motivos migratorios, conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la jurisprudencia mexicana.

De conformidad con el artículo 11 y 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho de libertad personal puede restringirse conforme a lo que establezca las leyes sobre emigración e inmigración y en caso de una eventual expulsión del territorio nacional, está deberá realizarse de conformidad con lo establecido en la legislación relativa que deberá establecer el procedimiento administrativo para ello y regular el tiempo que deba durar la detención.

²³³ Cfr. Caballero Juárez, José Antonio, op. cit, nota 181, pp. 4 y 45.

²³⁴ Cfr. García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*, p. 22.

Desde luego, dichos dispositivos deberán guardar coherencia con el núcleo esencial del debido proceso en nuestro ordenamiento jurídico; es decir, el procedimiento que pueda tener como resultado un acto privativo, deberá prever las formalidades esenciales del procedimiento a que se refiere la jurisprudencia P./J. 47/95.²³⁵

Asimismo, cuando el acto sea un acto de molestia; por ejemplo, una verificación, revisión o detención, ese acto deberá reunir los requisitos del artículo 16 constitucional, en cuanto a la obligación de debida fundamentación y motivación.

Sin embargo, en el caso particular de la detención por motivos migratorios, no son aplicables las reglas de flagrancia, plazo máximo de duración de la eventual detención o retención en un centro de control migratorio, como si regula las detenciones por motivos penales en sus artículos 16 a 19.

Tampoco la labor jurisprudencial del Poder Judicial Federal ha creado un plazo máximo de la detención o retención que debe sufrir un extranjero en situación migratoria irregular, antes de que se solucione su situación legal.

Por otro lado, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su jurisprudencia 1a./J. 96/2017, ha reconocido el carácter de derecho fundamental de los extranjeros detenidos la notificación, contacto y asistencia consular²³⁶, que implica las siguientes obligaciones al Estado Mexicano:

- informar, de manera inmediata y sin ningún tipo de demora, al extranjero que ha sido detenido, o que se encuentre bajo cualquier tipo de custodia, que tiene derecho a comunicarse con la oficina o representación consular de su país²³⁷,

²³⁵ Cfr. Tesis P./J. 47/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo II, diciembre de 1995, p.133.

²³⁶ Cfr. Tesis 1a./J. 96/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro 48, noviembre de 2017, tomo I, p. 204.

²³⁷ Ibidem.

- informar al extranjero que tiene derecho a escoger si desea o no contactar a su respectivo consulado;
- si el extranjero decidió contactar a la oficina consular de su país, se debe informar inmediatamente de esta situación a la oficina consular correspondiente que se encuentre más cercana al lugar en donde se realizó la detención²³⁸ y,
- se debe garantizar la comunicación, visita y contacto entre el extranjero y la oficina consular de su país, para que ésta le brinde a aquél una asistencia inmediata y efectiva.²³⁹

Sin embargo, esa jurisprudencia no fue precisamente resultado de la labor creativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino consecuencia de los efectos del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que prevé exactamente esos derechos.²⁴⁰

Por tal razón, es de suma importancia los aportes que los tratados internacionales y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, proveen al derecho fundamental de debido proceso.

3.3.2 Debido proceso en las detenciones por motivos migratorios, conforme a los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte.

A continuación, revisaremos cómo se integra los requisitos de debido proceso legal en materia de detenciones por motivos migratorios, de conformidad con las piezas que cada tratado internacional sobre la materia aporta al respecto.

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ Ibidem.

a) Comenzaremos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las nuevas piezas que aporta al derecho de debido proceso legal son las siguientes:

- Establece que la prisión preventiva no será la regla en los procesos penales y que la libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del imputado en el proceso. (Artículo 9.3)²⁴¹
- Establece el derecho de reparación a toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa. (Artículo 9.5)²⁴²
- Establece el derecho de toda persona que sea extranjera en un Estado de no ser expulsada sin que medie una decisión adoptada conforme a la ley y a que se le permita someter su caso a revisión ante autoridad competente, a menos que lo impidan razones imperiosas de seguridad nacional. (Artículo 13)²⁴³

b) Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aporta los siguientes elementos al derecho de debido proceso legal:

- Establece el derecho de toda persona a no ser sometida a detenciones o encarcelamientos arbitrarios. (Artículo 7.3)²⁴⁴

²⁴¹ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), Compendio de Derechos Humanos, op. cit. Nota 62, p. 416.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ Ídem, pp. 417 y 418.

²⁴⁴ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), op. cit., nota 64, p. 672.

- Establece el derecho de todo extranjero a no ser expulsado, salvo por una decisión adoptada conforme a la ley. (Artículo 22.3)²⁴⁵
- Establece el derecho de toda persona a buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos. (Artículo 22.7)²⁴⁶
- Establece el derecho de todo extranjero a no ser devuelto a su país de origen si en ese lugar, corre riesgo su vida o libertad a causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas. (Artículo 22.8)²⁴⁷
- Establece el impedimento a los Estados para hacer expulsiones colectivas de extranjeros. (Artículo 22.9)²⁴⁸

c) Por su parte, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, aporta los siguientes elementos:

- Establece el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares que sufran una detención de ser informados, en un idioma que comprendan, de los motivos de esa detención. (Artículo 16.5)²⁴⁹
- Establece el derecho de todo trabajador migratorio y de sus familiares que sufran un arresto, detención, reclusión o prisión de que se comunique sin

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ Ibidem.

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ Ídem, p. 679.

²⁴⁹ Cfr. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, 2ª edición, ed. Porrúa, 2007, p. 585.

demora esa situación a las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen. (Artículo 16.7 a)²⁵⁰

- Establece el derecho de todo trabajador migratorio y de sus familiares que sufran un arresto, detención, reclusión o prisión de mantener comunicación con las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen. (Artículo 16.7 b)²⁵¹
- Establece el derecho de todo trabajador migratorio y de sus familiares que sufran una detención a ser alojado, en la medida de lo posible, en locales distintos de los destinados a las personas condenadas o a las personas detenidas que esperen ser juzgadas. (Artículo 17.3)²⁵²
- Establece el derecho de todo trabajador migratorio y de sus familiares que sean detenidos con objeto de verificar una infracción de la legislación migratoria de no sufrir los gastos que ocasione ese procedimiento. (Artículo 17.8)²⁵³
- Establece el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares que vayan a ser expulsados del Estado a que se les comunique la decisión en un idioma que entiendan en la que se expliquen las razones de la misma y a exponer las razones para oponerse a la decisión; inclusive para someter su caso a revisión ante autoridad competente, a menos que existan razones imperiosas de seguridad nacional que lo impidan. (Artículo 22.3 y 22.4)²⁵⁴
- Establece el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares de recurrir a la protección y asistencia consular. (Artículo 23)²⁵⁵

²⁵⁰ Ídem, p. 586

²⁵¹ Ídem.

²⁵² Ídem, p. 587.

²⁵³ Ídem.

²⁵⁴ Ídem, pp. 590 y 591.

²⁵⁵ Ídem, pp. 591 y 592.

d) Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, aporta los siguientes elementos al derecho en cuestión:

- Establece el principio de detención o prisión a niños sólo como último recurso y durante el periodo más breve que proceda. (Artículo 37 b)²⁵⁶
- Establece el derecho de todo niño privado de su libertad a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y visitas. (Artículo 37 c)²⁵⁷
- Establece el derecho de todo niño privado de su libertad de recibir asistencia jurídica. (Artículo 37 d)²⁵⁸
- Establece el derecho de todo niño privado de su libertad a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal competente, independiente, imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción. (Artículo 37 d)²⁵⁹

e) Asimismo, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, prevé en su artículo 7 la obligación de todos los Estados de tomar las medidas necesarias para que en el adiestramiento de agentes de policía y funcionarios responsables de la custodia de personas privadas de su libertad se haga especial énfasis en la prohibición del empleo de la tortura.²⁶⁰

²⁵⁶ Ibidem.

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ Cfr. Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, 2ª edición, ed. Porrúa, 2007, p. 721.

f) Finalmente, el último tratado internacional en aportar nuevos elementos al derecho de debido proceso legal, en cuanto a detenciones por motivos migratorios en México es la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que en su artículo XI, señala lo siguiente:

- Establece el derecho de toda persona privada de su libertad de ser mantenida en lugares oficialmente reconocidos.²⁶¹
- Establece la obligación de los Estado de tener un registro detenidos actualizado y público.²⁶²

3.3.3 Debido proceso en las detenciones por motivos migratorios, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

La sentencia de fondo del caso Cabrera García y Montiel Flores es de suma importancia para nuestro estudio, puesto que es la única sentencia en la que siendo parte el Estado Mexicano, es fuente de nuevos elementos para el derecho de libertad personal.

La sentencia del caso referido deriva de la demanda entablada por los señores Cabrera y Montiel, quienes afirmaron haber recibido tratos crueles, inhumanos y degradantes, mientras se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del Ejército mexicano, por su falta de presentación sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales que controlara la legalidad de la detención y por las irregularidades acaecidas en el proceso penal

²⁶¹ Cfr. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, 2ª edición, ed. Porrúa, 2007, p. 732.

²⁶² Ibidem.

en su contra²⁶³; de dicha sentencia, la Corte Interamericana realizó consideraciones importantes sobre el control de legalidad de la detención y además, lo siguiente:

- Que la información de los motivos y razones de la detención debe darse cuando ésta se produce, pues ello constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo.²⁶⁴
- Que el sistema mexicano de detenciones debe adoptar medidas complementarias para fortalecer el funcionamiento y utilidad de dicho sistema, tales como: i) actualización permanente; ii) interconexión de la base de datos de dicho registro con las demás existentes, de manera que se genere una red que permita identificar fácilmente el paradero de las personas detenidas; iii) garantizar que dicho registro respete las exigencias de acceso a la información y privacidad e iv) implementar un mecanismo de control para que las autoridades no incumplan con llevar al día ese registro.²⁶⁵

Tal como puede advertirse, de dicha sentencia podemos extraer un elemento sustancial para el avance de nuestro trabajo: el control judicial de la detención como condicionante de su calificación de arbitraria o legal y ello será materia de estudio en líneas posteriores.

Tal es el caso que, aunque se han dictado múltiples sentencias en materia de detenciones arbitrarias, prisión preventiva y abundante en materia de

²⁶³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 26 de noviembre de 2010, párr. 2.

²⁶⁴ Ídem, párr. 105.

²⁶⁵ Ídem, párr. 143.

desaparición forzada²⁶⁶, son pocas en las que se ha analizado los requisitos que deben respetarse en las detenciones por motivos migratorios.

Pero no realizaremos un estudio pormenorizado de aquellas sentencias, que a pesar de las condenas que han hecho a los Estados por considerar que han transgredido el derecho de libertad personal por transgresión a las reglas de debido proceso, pues consideramos que aunque su aporte ha sido fundamental para la protección del derecho a la libertad personal, en el caso de algunas, se han limitado a buscar la efectividad del derecho de libertad personal en términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sin realizar construcciones argumentativas que nutran de nuevas herramientas al derecho de libertad personal y, en el caso de otras, han servido de antecedentes o génesis de los argumentos que maduraron en la construcción argumentativa de la Corte Interamericana en otras sentencias.

Por tal razón, concentraremos nuestra atención a las cuatro sentencias más relevantes en la materia, en nuestro criterio y que consideramos que son las que más aportan a nuestro estudio en cuestión, dichas sentencias derivan de los siguientes casos: el caso Tibi vs. Ecuador²⁶⁷, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador²⁶⁸, caso Vélez Loor vs. Panamá²⁶⁹, caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana.²⁷⁰

a) Comenzaremos nuestro estudio con las aportaciones de la sentencia de fondo del caso Tibi vs. Ecuador que fue motivada por la demanda de la Comisión Interamericana en la que se alegó que el señor Daniel David Tibi fue detenido de

²⁶⁶ Cfr. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Caso “Instituto Reeducación del Menor” vs. Paraguay, caso de los Hermanos Paquiyaui vs. Perú, caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, caso Bulacio vs. Argentina, Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala, caso Durand y Ugarte vs. Perú, caso Villagrán Morales y otros (Caso “Niños de la Calle” vs. Guatemala, caso Cesti Hurtado vs. Perú, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, caso Gangaram Panday vs. Surinam. Todos consultables en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es.

²⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 7 de septiembre de 2004.

²⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 21 de noviembre de 2007.

²⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 23 de noviembre de 2010.

²⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de octubre de 2012.

manera arbitraria y que no se contaban con los recursos efectivos para combatir la detención, prisión preventiva excesiva y los malos tratos que experimentó²⁷¹, en dicha sentencia, la Corte Interamericana consideró lo siguiente:

- Que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.²⁷²
- Que una persona detenida, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado.²⁷³
- Que una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad. Asimismo, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada tortura psicológica.²⁷⁴
- Que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal.²⁷⁵

²⁷¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi vs. Ecuador*, párr. 2., en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

²⁷² Ídem, párr. 106.

²⁷³ Ídem, párr. 112.

²⁷⁴ Ídem, párr. 147.

²⁷⁵ Ídem, párr. 150.

- Que, conforme al artículo 5 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera²⁷⁶
- Que, para analizar la razonabilidad del plazo en que debe ser procesada una persona, conforme al artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben tomarse en cuenta tres elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales.²⁷⁷
- Que el derecho de un extranjero detenido para solicitar asistencia consular a su país debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.²⁷⁸

b) Asimismo y sin perjuicio de lo que previamente se comentó la sentencia del Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador en el capítulo previo sobre sus aportaciones al núcleo esencial al derecho de libertad personal, la Corte Interamericana consideró lo siguiente:

- Que no es suficiente que la causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación cumplan con los siguientes requisitos para no ser considerada arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean

²⁷⁶ Ídem, párr. 156.

²⁷⁷ Ídem, párr. 175.

²⁷⁸ Ídem, párr. 195.

absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa de la libertad entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales; es decir, que la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.²⁷⁹

- Que jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional.²⁸⁰
- Que el control de la legalidad previsto en el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe realizarse por una autoridad judicial y no una administrativa.²⁸¹

c) Ahora bien, toca turno a tratar las aportaciones de la sentencia de fondo del caso Vélez Loor vs. Panamá que es, sin duda, la resolución que más ha nutrido de más nuevos elementos al derecho de debido proceso legal, respecto a detenciones por motivos migratorios.

La litis del caso en comento se construyó en virtud de la demanda entablada por el señor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, quien se dolió de la detención sufrida en Panamá y su posterior procesamiento por delitos relacionados con su situación migratoria, sin las debidas garantías y sin la posibilidad de ser oído y de ejercer su derecho de defensa; así como las condiciones inhumanas de detención a las cuales fue sometido en diferentes

²⁷⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 93.

²⁸⁰ Ídem, párr. 117.

²⁸¹ Ídem, párr. 128.

centros penitenciarios panameños desde el momento de su privación de libertad el 11 de noviembre de 2002, hasta su deportación a la República del Ecuador el 10 de septiembre de 2003²⁸² y en este caso contencioso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró lo siguiente:

- Que los Estados tienen la facultad de fijar políticas migratorias y en virtud de ello pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana; es decir, las políticas migratorias y los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.²⁸³
- Los extranjeros, son un grupo vulnerable y por tanto, existe la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de ese grupo.²⁸⁴
- Que, aunque las detenciones se efectúen con motivo de seguridad y orden público, ello no exenta al Estado de fundamentar y motivar las razones de la medida para comprobar su necesidad y la compatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁸⁵
- Que, en caso de detención de una persona por su situación migratoria irregular, la ley deberá prever un plazo máximo de retención que en ningún caso podrá ser indefinido ni tener una duración excesiva, pues la ausencia de límites claros a las facultades de actuación de la autoridad

²⁸² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 2.

²⁸³ Ídem, párr. 97.

²⁸⁴ Ídem, párr. 99.

²⁸⁵ Ídem, párr. 116.

administrativa favorece la prolongación indebida de la detención de personas migrantes transformándola en una medida punitiva.²⁸⁶

- Que, en virtud de la vulnerabilidad en que se encuentra un extranjero detenido, es indispensable la asesoría de un profesional del derecho.²⁸⁷
- Que la asistencia legal de los extranjeros debe ser proporcionada por el Estado, con el nombramiento de un defensor profesional del derecho, en caso de que el extranjero no pueda nombrar un defensor por sí mismo.²⁸⁸
- Que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal.²⁸⁹
- Que, 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 a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso.²⁹⁰
- Que la asistencia consular es un medio para remediar la desigualdad real que sufren los extranjeros detenidos que sufren una condición de vulnerabilidad.²⁹¹
- Que toda persona detenida tiene derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena: el derecho de acceso efectivo a la

²⁸⁶ Ídem, párr. 117.

²⁸⁷ Ídem, párr. 132.

²⁸⁸ Ídem, párr. 133.

²⁸⁹ Ídem, párr. 143.

²⁹⁰ Ídem, párr. 146.

²⁹¹ Ídem, párr. 152.

comunicación con el funcionario consular y el derecho a la asistencia consular.²⁹²

- Que cuando la persona detenida sea un extranjero, debe notificársele su derecho a contar con asistencia consular.²⁹³
- Que Estado tiene la obligación de no obstruir la actuación del funcionario consular de brindar servicios legales al detenido.²⁹⁴
- Que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que, aunque se prevean en la ley, puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo.²⁹⁵
- Que el control migratorio es un fin legítimo de una afectación a la libertad personal y por lo tanto, las detenciones por este motivo pueden ser una medida idónea para controlar la migración irregular; sin embargo, ello puede dar lugar a detenciones innecesarias y bajo ninguna circunstancia, las detenciones pueden tener un objetivo punitivo o bien, penal.²⁹⁶
- Que los Estados solo deben privar de la libertad a una persona cuando sea necesaria para satisfacer una necesidad social apremiante y de manera proporcional, pues de lo contrario, podría propiciarse un uso abusivo de esa facultad.²⁹⁷
- Que las detenciones por motivos migratorios nunca pueden ser por motivos punitivos y ser realizadas solo en casos de necesidad y durante el menor tiempo posible.²⁹⁸

²⁹² Ídem, párr. 153.

²⁹³ Ídem, párr. 153.

²⁹⁴ Ídem, párr. 158.

²⁹⁵ Ídem, párr. 165.

²⁹⁶ Ídem, párr. 169.

²⁹⁷ Ídem, párr. 170.

²⁹⁸ Ídem, párr. 171.

- Que el Estado debe contar un catálogo de medidas alternativas a la detención por motivos migratorios, que sean efectivas con el objetivo perseguido.²⁹⁹
- Que son arbitrarias las políticas migratorias en las que la detención de los migrantes irregulares es obligatoria, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas a la libertad personal para la consecución de sus fines.³⁰⁰
- Que el hacinamiento de los lugares de detención provoca la falta de cumplimiento de funciones esenciales de dichos centros de detención, tal como el descanso, la higiene, la alimentación, la seguridad, el régimen de visitas, la educación, el trabajo, la recreación y la visita íntima.³⁰¹
- Que los migrantes deben ser detenidos en lugares específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes.³⁰²
- Que, en la detención de migrantes, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para que no se vean afectados otros derechos, tales como a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes.³⁰³
- Que el Estado tiene la obligación de proveer a los migrantes detenidos, agua suficiente para atender sus necesidades de consumo e higiene.³⁰⁴
- Que el Estado tiene la obligación de suministrar asistencia médica a los detenidos cuando sea necesario y los médicos que brinden esa asistencia

²⁹⁹ Ibidem.

³⁰⁰ Ibidem.

³⁰¹ Ídem, párr. 204.

³⁰² Ídem, párr. 208.

³⁰³ Ídem, párr. 209.

³⁰⁴ Ídem, párr. 215.

deberán ser independientes a la autoridad que ejerza la detención para evitar tratos crueles o de tortura.³⁰⁵

- Que, para que se realice una investigación de tortura, no es necesaria la denuncia, sino que deberá iniciarse cuando exista razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de la jurisdicción del Estado.³⁰⁶
- Que es válido el trato diferenciado hecho por el Estado a migrantes regulares de los irregulares siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos.³⁰⁷

d) Finalmente, en la sentencia de fondo del caso *Nadegme Dorzema y otros vs. República Dominicana*, cuya litis se construyó en virtud de lo manifestado por la Comisión Americana de Derechos Humanos, relacionada con el uso excesivo de fuerza de militares en contra de un grupo de haitianos, en el cual perdieron la vida siete personas y resultaron heridas varias más, la detención arbitraria de los sobrevivientes y discriminación por motivo de su condiciones de migrantes irregulares³⁰⁸; al respecto, la Corte Interamericana, realizó la siguientes consideraciones:

- Que cualquier limitación de la libertad física, así sea por un período breve, debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención.³⁰⁹

³⁰⁵ Ídem, párr. 220.

³⁰⁶ Ídem, párr. 240

³⁰⁷ Ídem, párr. 240

³⁰⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nadegme Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 1.

³⁰⁹ Ídem, párr. 126.

- Que es obligación de la autoridad judicial, garantizar los derechos del detenido; a la luz del principio de presunción de inocencia; así como autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, como una garantía tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones.³¹⁰
- Que, en la expulsión de cualquier extranjero, deberán verificarse los siguientes requisitos: i) sólo podrá expulsarse a un extranjero en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, ii) se debe dar oportunidad al extranjero de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión; así como de iii) someter su caso a revisión ante la autoridad competente y c) hacerse representar ante ellas.³¹¹
- Que, a los extranjeros detenidos, deben respetárseles las siguientes garantías procesales: i) condiciones mínimas de detención durante el procedimiento; ii) presentar razones en contra de una eventual expulsión, iii) asistencia consular, iv) derecho a estar representado ante autoridad competente, v) derecho a contar con asistencia gratuita de un intérprete y vi) derecho a ser notificado de la decisión de su expulsión y recurrirla.³¹²

Tal como se señaló en líneas previas, todas las manifestaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias citadas constituyen criterios vinculantes a las autoridades mexicanas, en términos de la tesis de jurisprudencia número P./J. 21/2014 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³¹³ y, por lo tanto, se incorporan como nuevos elementos que robustecen los alcances y efectos del derecho de libertad personal.

³¹⁰ Ídem, párr. 135.

³¹¹ Ídem, párr. 161.

³¹² Ídem, párr. 163.

³¹³ Cfr. Tesis P./J. 21/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, abril de 2014, p. 204.

3.3.4 Opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En términos de lo establecido por el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados parte de la Organización de Estados Americanos pueden consultar a la Corte Interamericana sobre la interpretación de la referida convención o sobre otros tratados concernientes a la protección de derechos humanos en los Estados Americanos; asimismo, podrá consultarse la opinión de la Corte sobre la compatibilidad entre la legislación interna y los instrumentos internacionales.

Por tal razón, es que consideramos que la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la de interpretación oficial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados de protección a derechos humanos; asimismo, también puede ser una calificación de coherencia entre la legislación interna de un Estado y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En ese mismo sentido han sido las consideraciones hechas por el Poder Judicial Federal, pues ha considerado que si bien es cierto las opiniones consultivas no revisten la misma obligatoriedad que las sentencias dictadas por la Corte Interamericana, también es cierto que dichas opiniones consultivas tienen efectos jurídicos innegables como criterios orientadores para las autoridades nacionales y en caso que un juez decida actuar de manera diferente a lo previsto por ellas, deberá exponer las razones de desapegarse de ellas.³¹⁴

En virtud de lo anterior es que cobran relevancia las opiniones consultivas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el derecho al debido proceso, como garantía del derecho de libertad personal.

³¹⁴ Cfr. Tesis 8º.1 CS, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 41, abril de 2017, tomo II, p.1768.

a) En la opinión consultiva OC-16/99, titulada “el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, de fecha 1 de octubre de 1999, emitida por solicitud de México; la Corte Interamericana consideró que para garantizar el debido proceso de los extranjeros detenidos, deben respetarse los derechos contenidos en el artículo 36 de la Convención de Viena: i) derecho a la información sobre la asistencia consular, ii) derecho a la notificación consular, iii) derecho de asistencia consular y iv) derecho de comunicación consular.³¹⁵

b) Por su parte, en la opinión consultiva OC-18/03, titulada “condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, de fecha 17 de septiembre de 2003, emitida por la solicitud de México; la Corte Interamericana consideró que la situación de vulnerabilidad que experimentan los migrantes³¹⁶, obliga a los Estados a adoptar medidas especiales para la protección de los derechos de ese grupo vulnerable³¹⁷, entre ello, impone la obligación a los Estados de respetar el derecho de debido proceso de las personas sin importar su estatus migratorio³¹⁸ y de no condicionar el respeto de los derechos, entre ellos el de igualdad y no discriminación, a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, incluso las migratorias.³¹⁹

c) Por otro lado, en la opinión consultiva OC-21/14, titulada “derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, de fecha 19 de agosto de 2014, emitida por la solicitud de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; la Corte Interamericana consideró que los Estados no pueden recurrir a la privación de la libertad de niños como medida cautelar predeterminada para garantizar la eficacia de los procesos migratorios, ni tampoco fundamentar dicha medida en el incumplimiento de requisitos para el

³¹⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva 16/99, 1 de octubre de 1999, párr. 5.

³¹⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva 18/03, 1 de octubre de 1999, párr. 112.

³¹⁷ Ídem, párr. 117

³¹⁸ Ídem, párr. 121

³¹⁹ Ídem, opinión 11, p. 134.

ingreso o permanencia en su territorio³²⁰, sino que el Estado debe contar con un conjunto de medidas alternativas a la privación de la libertad menos lesivas³²¹ y que, en caso que la afectación a la libertad de los niños migrantes sea necesaria, esta deberá realizarse en centros de alojamiento donde se separen a los niños de los adultos.³²²

d) Finalmente, en la opinión consultiva OC-25/18, titulada “la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de protección” de fecha 30 de mayo de 2018, emitida por solicitud de la República de Ecuador; la Corte Interamericana consideró que el derecho a buscar y recibir asilo es un derecho humano³²³ y en virtud de él, nace el derecho de todo extranjero que busque protección en otro Estado a gozar del principio de no devolución.³²⁴

Tal como puede advertirse, en los Estados democráticos, incluyendo el Estado Mexicano, el debido proceso abandonó la esfera de lo procesal y se desplegó como un pilar fundamental para la protección de los derechos fundamentales; en el caso concreto, es una garantía del derecho de libertad personal frente a detenciones por motivos migratorios que no cumplan con los requisitos creado por el parámetro constitucional.

Luego entonces, ese parámetro constitucional incide sobre la validez o invalidez de una detención pero es importante poner en el foco de nuestra atención que, para asegurar la eficacia del derecho a libertad personal frente a detenciones arbitrarias; los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como el 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prevén dos figuras esenciales: el control de la legalidad de la detención y el derecho a un recurso; es por ello que, a continuación entraremos a su estudio.

³²⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva 21/14, 19 de agosto de 2014, opinión 6, p. 108.

³²¹ Ídem, opinión 7, p. 108.

³²² Ídem, opinión 8, p. 108.

³²³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de protección*, Opinión Consultiva 25/18, 30 de mayo de 2018, opinión 2, p. 64.

³²⁴ Ídem, opinión 4, p. 64.

3.4 El derecho fundamental a un recurso judicial efectivo.

Tal como se ha explicado, el derecho al debido proceso es un derecho que se integra de una multitud de derechos; entre ellos, el derecho a un recurso efectivo, que constituye una garantía para asegurar y hacer efectiva la regularidad de las conductas estatales (acciones, omisiones o normas) con los parámetros correspondientes (leyes, constituciones, etc.) y que, a su vez, tiene una subespecie, en el derecho a *habeas corpus*.

Por tal razón, analizaremos dichas figuras, partiendo de lo general a lo específico y comenzaremos por el derecho a un recurso judicial efectivo.

3.4.1 Origen internacional.

El derecho fundamental a un recurso judicial efectivo tuvo su génesis en la Declaración Universal de Derechos Humanos 1948, en el artículo 8 que estableció:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.³²⁵

En ese mismo año, pero en Latinoamérica, el derecho a un recurso judicial se vio materializado en el artículo XVIII de Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre de 1948³²⁶, con el siguiente texto:

³²⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), op. cit., nota 57, p. 405.

³²⁶ Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), op. cit., nota 60, p. 661.

Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Posteriormente, en 1966, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos adoptó la evolución del derecho referido, en el numeral 3 de su artículo 2, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 2.- (...)

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.³²⁷

Sin embargo, la cúspide del desarrollo de este derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos aconteció en 1969, pues en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se recogió la intención plasmada en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la evolución que ese derecho logró en la teoría de los derechos fundamentales, pues en el artículo 25 de instrumento, se consagró de la siguiente manera:

Artículo 25.- Protección judicial

1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente

³²⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), op. cit., nota 62, pp. 412 a 413.

Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales;

2.- Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.³²⁸

Tal es el caso que, después de más de seis décadas desde su nacimiento, el derecho a un recurso judicial efectivo se constituye hoy en día como pilar y garantía de la democracia y sus derechos.

Lo anterior incluye a nuestro sistema jurídico pues, a pesar de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos fueron suscritos por el Estado Mexicano desde 1981; no fue sino hasta la reforma constitucional del artículo 1º constitucional, que el derecho recurso judicial efectivo formó parte de nuestro bloque de constitucionalidad y se constituyó en la garantía principal de la defensa a la constitución.

3.4.2 Concepto.

A diferencia del concepto del derecho fundamental al debido proceso, este derecho tiene una conceptualización más sencilla debido a su naturaleza.

De acuerdo a la jurista Martha Elba Dávila Pérez, el derecho a un recurso efectivo constituye el derecho humano para acceder a cualquier mecanismo establecido en ley para la protección de los derechos o libertades que se consideran violentados y constituye como un derecho en sí mismo, en garantía de protección y

³²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), op. cit., nota 64, 2007, p. 679.

cumplimiento de otros Derechos Humanos e implica un deber a cargo del Estado de establecer los medios para hacerlo efectivo.³²⁹ Representa una forma de control constitucional, convencional y de legalidad de la actividad estatal en su conjunto.³³⁰

Para Dalia Berenice Fuentes Pérez, el derecho a un recurso efectivo es una garantía de efectiva protección judicial que forma parte del derecho a una defensa adecuada y se traduce en la posibilidad de todo gobernado, que estime que sus derechos han sido violentados, de solicitar, a través de un recurso, la revisión de un acto por otra autoridad, distinta, superior, independiente e imparcial que pueda, eventualmente, corregir el acto si es contrario a derecho.³³¹

Por otro lado, para Christian Curtis, el derecho a un recurso judicial efectivo es el derecho de toda persona a una garantía judicial específica, destinada a protegerla de manera efectiva frente a la violación de los derechos humanos reconocidos a las personas.³³²

Por su parte, la definición del jurista, Sergio García Ramírez, es que el derecho a un recurso efectivo es la protección del individuo, dentro y fuera del enjuiciamiento e implica la existencia de medios de tutela bajo los conceptos de recursos o impugnaciones, pues el derecho a recurrir del fallo es una garantía primordial que debe respetarse en el marco del debido proceso legal, a fin de que el gobernado tenga la posibilidad de pedir la revisión de una sentencia adversa por un juez o tribunal distinto y superior.³³³

Ahora bien, advertimos que las definiciones existentes son en su mayoría descriptivas o utilitarias, pues explican el cómo es el recurso efectivo o para qué

³²⁹ Cfr. Dávila Pérez, Martha Elba, "El derecho a un recurso efectivo. una aproximación teórico-conceptual", *Revista de Derecho UNED*, número 17, 2015, p. 244.

³³⁰ Ídem, p. 250.

³³¹ Cfr. Fuentes Pérez, Dalia Berenice y otro, "Derecho a la defensa adecuada en el marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos" en Pérez Vázquez, Carlos (coord.), *El Derecho Humano al Debido Proceso*, Ciudad de México, ed. Tirant lo Blanch, 2014, pp. 183

³³² Cfr. Curtis, Christian, "El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, número 5, ed. Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 33.

³³³ Cfr. García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*, nota 68, p. 45 y 46.

sirve, pero no queda del todo claro, qué es el derecho a un recurso judicial efectivo.

Por tal razón, nos aventuramos a construir que una conceptualización formal del derecho a un recurso judicial efectivo: es el derecho público subjetivo, otorgado de forma universal a toda persona para poder someter a revisión de una autoridad con funciones materialmente jurisdiccionales, una conducta estatal (acto, norma u omisión) que se considere lesiva de derechos fundamentales, para que dicha conducta, sea sometida a una comprobación de regularidad con el parámetro constitucional y que en consecuencia, como garantía de eficacia de los derechos referido, pueda reparar la violación, incluso evitarla antes que esta suceda.

3.5 El derecho a un recurso judicial efectivo en el bloque de constitucionalidad mexicano.

Al igual que en el estudio de los derechos anteriores, es necesario conocer cómo se integra el derecho en cuestión a través de la consulta de todas las fuentes que integran el bloque de constitucionalidad.

3.5.1 El derecho a un recurso judicial efectivo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, este derecho encuentra su fundamento en los instrumentos internacionales más importantes que ha suscrito el Estado Mexicano.

Por un lado, el derecho de mérito se encuentra consagrado en el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la siguiente manera:

Artículo 2.- (...)

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.³³⁴

Asimismo, encuentra fundamento en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el siguiente texto:

Artículo 25.- Protección judicial

1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales;

2.- Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.³³⁵

El recurso a que se refiere el derecho consagrado en los artículos citados hace las veces de garantía de todos los derechos humanos contenidos en los instrumentos antes referidos y la Constitución del Estado; sin embargo, conviene hacer un

³³⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), op. cit., nota 62, pp. 412 a 413.

³³⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), op. cit., nota 64, 2007, p. 679.

estudio analítico del derecho, sus elementos y alcances para conocer de qué forma fue adoptado por nuestro sistema jurídico.

En principio, es necesario entender que el derecho contenido en los dispositivos citados implica la obligación del Estado de poner a disposición medios judiciales, rápidos y eficaces para la protección de los derechos contenidos en los tratados internacionales antes citados.³³⁶

En el mismo sentido, es necesario entender que el recurso no puede ser ilusorio; es decir, no basta que los recursos existan formalmente en la Constitución o la ley, sino que los mismos deben dar resultados o reparar a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos.³³⁷

Asimismo, no implica que deba tratarse de un solo medio de protección extraordinario, sino de un conjunto de medios de protección, incluso recursos locales ordinarios, siempre que sean efectivos, rápidos y sencillos³³⁸

Por efectivo, debemos entender la real posibilidad del recurso para ser remedio³³⁹ de la violación a los derechos comprometidos y corregir el daño, en concreto para:

- hacer cesar la violación, si esta continúa³⁴⁰;
- ofrecer una reparación material y moral a la víctima;³⁴¹
- castigar a los responsables, cuando corresponda³⁴²; e
- impedir que la violación se repita.³⁴³

³³⁶ Cfr. Brewer-Carías, Allan R. y otro, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 45.

³³⁷ Cfr. Courtis, Christian, op. cit., nota 332, p. 37.

³³⁸ Cfr. Brewer-Carías, Allan R. y otro, op. cit., nota 336, p. 45.

³³⁹ Cfr. Courtis, Christian, op. cit., nota 332, p. 42.

³⁴⁰ *Ibidem*

³⁴¹ *Ibidem*

³⁴² *Ibidem*

Asimismo, el recurso debe ser sencillo y rápido de tramitar, como ideal de la norma; sin embargo, la propia redacción del texto del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevé la posibilidad que el recurso no sea rápido o sencillo, mientras sea efectivo, pues señala que “(...) *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo (...)*”; es decir, establece la posibilidad que sea otro recurso, mientras sea este sea efectivo.³⁴⁴

En otro sentido, los recursos deben ser otorgados a todas las personas naturales o jurídicas; nacionales o extranjeras³⁴⁵, sin distinción.

Asimismo, dicho recurso, deberá ser idóneo para proteger a las personas en contra de cualquier acto u omisión que viole sus derechos o amenace hacerlo³⁴⁶; es decir, deberá estar en aptitud de evitar la lesión a un derecho fundamental.

De lo anterior, podemos advertir que el derecho fundamental a un recurso judicial efectivo es el derecho de toda persona a contar con una garantía efectiva que la ampare contra la violación de un derecho contenido en la Constitución, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Debemos entender que el recurso correcto que el Estado deberá proveer a los gobernados será todo aquel que sea, sencillo, rápido y que la proteja contra actos que violen o amenacen violar sus derechos fundamentales, mismo que, además, deberá ser resuelto por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial y superior³⁴⁷ al que dictó el acto.

El derecho a un recurso efectivo, implica un derecho en sí mismo y la posibilidad de solicitar la revisión de una resolución, pero también implica una garantía cumplimiento de otros derechos fundamentales, pues impone un deber cualitativo y funcional de los mecanismos de impugnación de derecho interno, pues para

³⁴³ *Ibidem*

³⁴⁴ *Ídem*, p. 36.

³⁴⁵ Cfr. Brewer-Carías, Allan R. y otro, op. cit, nota 336, p. 45.

³⁴⁶ *Ibidem*

³⁴⁷ Cfr. Fuentes Pérez, Dalia Berenice y otro, op. cit., nota 329, p. 183.

que se considere que un recurso de derecho interno es efectivo y cumple con los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente eficaz para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos fundamentales y proveer lo necesario para remediarla.

Es decir, no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos³⁴⁸, por ello es que los recursos de derecho interno deben ser de tramitación sencilla, de respuesta rápida, deben poder anular el acto que se revisa y deben ser resueltos por un órgano jurisdiccional que cumpla con todas las siguientes características: ser independiente, imparcial y competente.

Además, en términos de la segunda parte del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, México está obligado a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El derecho a un recurso efectivo es la manera en la que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pretenden que los Estados adheridos respondan a la violación de un derecho fundamental, pues ello representa el pilar del Estado Democrático.³⁴⁹

³⁴⁸ Cfr. Curtis, Christian, op. cit., nota 332, p. 37.

³⁴⁹ Ibidem.

3.5.2 El derecho a un recurso judicial efectivo en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado Mexicano ha sido parte.

Al respecto, se han dictado múltiples sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre garantías judiciales y sobre el derecho a un recurso efectivo³⁵⁰, mismas que no podrán ser materia del presente estudio en su totalidad, pues escaparía de los objetivos del presente trabajo, pero podremos entrar en mención de la única sentencia de la que el Estado Mexicano ha sido parte, en relación a éste tema, nos referimos al Caso Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos³⁵¹, en el que se debatía sí el juicio de amparo podía considerarse como un recurso efectivo para corregir las violaciones a los derechos políticos de una persona.

El caso contencioso de mérito fue el segundo litigio planteado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que el Estado Mexicano fue parte.

En cuanto al fondo, se trató de la posible violación al derecho de ser votado del Señor Jorge Castañeda Gutman por parte del Estado Mexicano y la violación al derecho a la protección judicial, por la falta de un recurso efectivo para cuestionar la inconstitucionalidad del Código Electoral de Instituciones y Procedimientos Electorales que establecía una reserva de la calidad de candidato presidencial a las personas designadas por los partidos políticos y una exclusión a candidaturas independientes.³⁵²

³⁵⁰ Ver, p.e: *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 158 (sentencia de 2 de julio 2004), *Caso 19 comerciantes vs. Colombia*, párr. 192, (sentencia de 5 de julio de 2004) *Caso Barreto Leiva vs Venezuela*, párr. 42 (sentencia de 17 de noviembre de 2009), entre otras; especificando que se señalan éstas por ser las importantes y las que tratan el tema de forma más amplia; pero para consultar la totalidad de sentencias que la CIDH ha dictado sobre el tema ver en García Ramírez, Sergio. *El debido proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*. Editorial Porrúa. México, 2014, p. 47, pie de página número 209.

³⁵¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 6 de agosto de 2008, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf

³⁵² Cfr. García Ramírez, Sergio y otro, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, ed. Porrúa, p. 88.

Al respecto, la CIDH consideró que no existía un medio judicial para combatir la inconstitucionalidad de leyes electorales en el ordenamiento jurídico mexicano³⁵³ y que en consecuencia, el juicio de amparo no podía considerarse idóneo porque no era procedente en materia electoral y por tanto, no era efectivo y por ello, se actualizaba una violación al derecho a protección judicial por la ausencia de un recurso efectivo³⁵⁴, pues a posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo³⁵⁵; asimismo, la Corte consideró que la inexistencia de un recurso efectivo en la materia implica un incumplimiento del deber del Estado Mexicano de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos establecidos en la Convención.³⁵⁶

En el caso concreto, la CIDH, consideró que no sólo el juicio de amparo, sino todos los medios de impugnación del derecho interno mexicano, (incluyendo los relativos a la materia electoral) deben estar acorde con los estándares, las características y requisitos del derecho al recurso efectivo, caso contrario, no solo se violentaría el derecho a un recurso efectivo sino también el Estado estaría incumpliendo con las obligaciones que prevé el numeral 2 del artículo 25 de la Convención y por ello, el gobernado podría estar legitimado para no agotar el medio de impugnación del derecho interno, por su falta de efectividad³⁵⁷, circunstancia sumamente relevante para el presente estudio, pues los resolutivos y considerandos de esta sentencia, son derecho positivo para el Estado Mexicano.

A diferencia del derecho al debido proceso, el derecho a un recurso efectivo no está expresamente establecido en la Constitución Política; sin embargo, ello no es obstáculo para que éste exista y forme parte del conjunto de derechos

³⁵³ Ibidem.

³⁵⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos*, párr. 131

³⁵⁵ Ídem, párr. 100.

³⁵⁶ Ídem, párr. 133.

³⁵⁷ Ídem, párr. 134.

fundamentales que integran el bloque constitucional mexicano, pues tal como se indicó en líneas previas, la reforma del artículo 1º constitucional del 10 de junio de 2011, trajo consigo la ampliación del catálogo de derechos fundamentales en México, pues todos aquellos derechos contenidos en tratados internacionales de los que México formen parte, constituyen derechos de rango constitucional, de observancia obligatoria para las autoridades; en el caso concreto, el derecho al recurso efectivo forma parte del bloque constitucional mexicano, al estar contenido en el artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al ser éste, un instrumento internacional aceptado por el Estado Mexicano como derecho positivo y vigente.

3.5.3 El derecho a un recurso judicial efectivo en la jurisprudencia mexicana, a partir del 10 de junio de 2011.

El derecho a un recurso efectivo, se incorporó como derecho fundamental (parte del bloque constitucional mexicano) a partir de la reforma al artículo 1º constitucional de 10 de junio de 2011 y a partir de entonces, la labor jurisprudencial del Poder Judicial Federal, se ha encargado de delimitar y describir su contenido; de primera mano, el derecho fundamental ha sido recibido por la jurisprudencia en los mismos términos que está establecido en el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y como ha sido detallado en los fallos de la CIDH, pues se ha afirmado que el derecho fundamental a un recurso sencillo, rápido y efectivo, implica que los mecanismos o medios procesales destinados a garantizar los derechos humanos sean efectivos y que no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea admisible formalmente, sino que se requiere que sea realmente idóneo para determinar si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

Sin embargo, como se adelantó, la jurisprudencia también puede ser una fuente del parámetro de constitucionalidad y por ello, es relevante conocer lo que los órganos encargados de crear jurisprudencia en México, han dicho acerca del derecho a un recurso efectivo.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue la primera en dictar una jurisprudencia al respecto, la tesis 1a./J. 10/2014, mediante la cual aseveró que si bien era cierto que en virtud de la reforma constitucional al artículo 1º constitucional, el principio pro persona obliga a las autoridades a proveer la protección más amplia al gobernado; en tratándose del derecho a un recurso efectivo, la protección más amplia no significa que en cualquier caso el órgano jurisdiccional deba resolver el fondo del asunto, sin que importe la verificación de los requisitos de procedencia previstos en las leyes nacionales para la interposición de cualquier medio de defensa, pues las formalidades procesales son la vía que hace posible arribar a una adecuada resolución y por tanto, son insoslayables.³⁵⁸

Posteriormente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la tesis de jurisprudencia número 1a./J. 22/2014, ahondó en el estudio de los requisitos de procedibilidad de la legislación mexicana frente al derecho a un recurso efectivo y concluyó que no resulta violatorio a éste derecho, el establecimiento de requisitos o presupuestos previstos en el ordenamiento interno para que el recurso sea procedente, pues esos requisitos responden a la intención de contar con una correcta administración de justicia, pues el ejercicio de éstos no podría quedar al libre arbitrio de los gobernados y la existencia de dichos requisitos es una garantía de acceso a la justicia, pues es una expresión de la seguridad jurídica que el Estado debe proveer, para la correcta y funcional administración de justicia y para la efectiva protección de los derechos de las personas.³⁵⁹

³⁵⁸ Cfr. Tesis 1a./J. 10/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, febrero de 2014, p. 487.

³⁵⁹ Cfr. Tesis 1a./J. 22/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, marzo de 2014, p. 325.

Asimismo, en esa tesis la Primera de la Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mencionó por primera vez un hecho que es sumamente relevante para nuestro trabajo: que el juicio de amparo es una materialización del derecho humano a un recurso judicial efectivo, reconocido en nuestra constitución política.³⁶⁰

Esa idea hizo nido en la opinión de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues mediante su tesis de jurisprudencia número 2a./J. 12/2016, calificó al proceso de amparo como un medio de impugnación extraordinario que representada la materialización del derecho fundamental a un recurso efectivo en México, tal como se advierte de la tesis jurisprudencial, criterio que representa la cúspide de los efectos jurídicos de la incorporación del derecho a un recurso efectivo al bloque constitucional, pues la Segunda Sala consideró que el proceso de amparo permite al órgano jurisdiccional de amparo emprender un análisis para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos de los solicitantes, analizar el fondo efectivamente planteado y, en su caso, proporcionar una reparación, sin que, para dotarle dicha calidad, obste el hecho que el ordenamiento jurídico mexicano prevea requisitos de procedibilidad, pues estos son compatibles con el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁶¹

3.6 Habeas Corpus.

El *habeas corpus* es una institución creada en la cultura jurídica inglesa en el siglo XIII, que posteriormente encontró cabida en el derecho de los Estados Unidos, cuya finalidad es la revisión judicial de una afectación a la libertad

³⁶⁰ Ibidem.

³⁶¹ Cfr. Tesis 2a./J. 12/2016, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, febrero de 2016, p. 763.

personal, como fruto de una detención o arresto, para determinar la legalidad de una detención.³⁶²

Esa figura posteriormente fue adoptada por el derecho español en su constitución de 1978 y ese es el origen más próximo de la tutela a la libertad personal en materia penal en nuestro ordenamiento jurídico.³⁶³

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptó dicha institución y consagró la existencia de un recurso para tutelar el derecho de libertad personal contra detenciones arbitrarias y ello es sumamente relevante a nuestro tema de análisis.

El artículo 7.6 de dicha Convención, consagra el derecho a *habeas corpus* o amparo de libertad como una especie del género de recurso efectivo contenido en el artículo 25.1, como el medio para controvertir afectaciones a la libertad personal y lo hace de la siguiente manera:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

(...)

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.³⁶⁴

Al respecto la CIDH, mediante su opinión consultiva OC-8/87, el 30 de enero de 1987, consideró que el derecho de *habeas corpus*, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato

³⁶² Cfr. García Belaunde, Domingo, "Habeas corpus latinoamericano", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, nueva serie año XXXIV, número 104, mayo-agosto, 2002, pp. 383 y 384.

³⁶³ Ibidem.

³⁶⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), op. cit., nota 64, 2007, p. 672.

judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad.³⁶⁵

Asimismo, la CIDH ha considerado que puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos³⁶⁶ y ambas son garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 de la Convención³⁶⁷; es decir, incluso en casos de emergencia, dicho derecho no puede verse suspendido.³⁶⁸

La relevancia de este derecho que nos atañe para este estudio requiere atender al análisis de la particularidad contenida en el artículo 7.6 y específicamente es la prohibición de demora en el estudio de la legalidad de la detención o arresto; es decir, la valoración de legalidad de una detención no se limita a la materia penal sino incluye detenciones en materia administrativa, tal como el arresto administrativo.

Lo señalado en párrafos previos, inserta un nuevo elemento a considerar para entender la construcción del derecho a un recurso efectivo que se incorporó a nuestro bloque de constitucionalidad: en materia de detenciones, incluso administrativas, el Estado tiene la obligación de garantizar la existencia de un recurso judicial efectivo que tutelé las afectaciones a la libertad personal y que analicé judicialmente, sin demora, la legalidad de la detención.

Sin embargo, habrá que concebir al derecho a un recurso efectivo que ahora forma parte de nuestro sistema jurídico, no sólo en términos de lo redactado por el artículo 7.6 y 25 de la Convención, sino también por lo previsto por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia y lo establecido por la constitución mexicana.

³⁶⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, Opinión Consultiva 8-87, 30 de enero de 1987, párr. 33.

³⁶⁶ Ídem, párr. 34.

³⁶⁷ Ídem, párr. 42.

³⁶⁸ Ídem, párr. 43.

3.6.1 Habeas Corpus en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como hemos tratado en líneas previas, las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que sea parte el Estado Mexicano forman parte del bloque de constitucionalidad y son parámetro para la validez de las conductas estatales.

Por tal razón, las siguientes consideraciones, hechas por la CIDH en la sentencia de fondo del caso *Cabrera García y Montiel Flores*, son parámetro de validez de las detenciones por motivos migratorios en México:

- Que la remisión “sin demora” ante el juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales sobre control de la detención, es una garantía que minimiza cualquier tipo de riesgo de violación a los derechos de la persona.³⁶⁹
- Que las irregularidades en control judicial de la detención transforman a esta en arbitraria, sin importar la causa que la originó.³⁷⁰

Asimismo, el resto de las sentencias que antes hemos citado, también han colaborado a definir las aristas del presente derecho y en virtud de la jurisprudencia P./J. 21/2014 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos es vinculante para los jueces mexicanos si resulta más favorable a la persona pues implican una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

³⁶⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 26 de noviembre de 2010, párr. 102.

³⁷⁰ *Ibidem*.

toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado.³⁷¹

a) En la sentencia de fondo del caso *Tibi vs. Ecuador*, la Corte Interamericana consideró que el control judicial de la revisión de la legalidad de la detención es un medio para evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones.³⁷²

b) Asimismo en la sentencia del Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, la Corte Interamericana consideró que control de la legalidad previsto en el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe realizarse por una autoridad judicial y no una administrativa.³⁷³

c) Por otro lado, en la sentencia de fondo del caso *Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró lo siguiente

- Que la realización del control judicial de la detención sin demora no está condicionado a condiciones o circunstancias fácticas particulares, sino que es una garantía que siempre debe ser satisfecha en casos de retención o detención por causa de la situación migratoria de una persona.³⁷⁴
- Que, para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, el control judicial de la detención debe ser una revisión judicial que debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél³⁷⁵
- Que, incluso en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones

³⁷¹ Cfr. Tesis P./J. 21/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, tomo I, abril de 2014, p. 204.

³⁷² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi vs. Ecuador*, párr. 114.

³⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 128.

³⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 107.

³⁷⁵ *Ibidem*.

jurisdiccionales del control de la legalidad de la detención cumpla con las características de imparcialidad e independencia y que cuente con facultades para poner en libertad a la persona si su detención fue ilegal o arbitraria.³⁷⁶

- Que el control judicial de la detención debe permitir que el detenido pueda comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad.³⁷⁷
- Que en términos del artículo 7.6 de la Convención, la autoridad que debe resolver sobre la legalidad de la detención o arresto debe ser un juez o un tribunal.³⁷⁸
- Que, aunque se dote en la ley a las autoridades migratorias para realizar el control de la detención, al ser autoridades administrativas, ello no cumple con el requisito contenido en el artículo 7.6 de la Convención.³⁷⁹
- Que, en cada caso concreto, debe analizarse la legalidad de la detención, en el entendido que la detención prevista en la ley debe respetar los requisitos de compatibilidad del fin perseguido con la detención con la Convención; así como, necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida.³⁸⁰
- Que los Estados solo deben privar de la libertad a una persona cuando sea necesaria para satisfacer una necesidad social apremiante y de manera

³⁷⁶ Ídem, párr. 108.

³⁷⁷ Ídem, párr. 109.

³⁷⁸ Ídem, párr. 126.

³⁷⁹ Ídem, párr. 127.

³⁸⁰ Ídem, párr. 166.

proporcional, pues de lo contrario, podría propiciarse un uso abusivo de esa facultad.³⁸¹

- Que son arbitrarias las políticas migratorias en las que la detención de los migrantes irregulares es obligatoria, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas a la libertad personal para la consecución de sus fines.³⁸²

d) Finalmente, en la sentencia de fondo del caso *Nadegme Dorzema y otros vs. República Dominicana*, la Corte Interamericana, realizó las siguientes consideraciones:

- Que el control judicial de la legalidad debe realizarse sin demora, para que sea una garantía efectiva contra las detenciones arbitrarias.³⁸³
- Que la autoridad que realice el control de legalidad deberá tener facultades jurisdiccionales y deberá gozar de independencia e imparcialidad.³⁸⁴

3.6.2 Habeas corpus en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La opinión consultiva OC-8/87, titulada “el habeas corpus bajo suspensión de garantías” de fecha 30 de enero de 1987, emitida por solicitud de la Comisión Americana de Derechos Humanos, nos aporta un elemento fundamental sobre el derecho a un recurso efectivo: los derechos contenidos en el artículo 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no son susceptibles de

³⁸¹ Ídem, párr. 170.

³⁸² Ibidem.

³⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nadegme Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 136.

³⁸⁴ Ídem, párr. 136.

suspensión pues son garantías indispensables para proteger otros derechos y libertades.³⁸⁵

Por tanto, si bien es cierto que el *habeas corpus* encuentra su fundamento, en primer término, en el artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el artículo 16.7.8 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y en el artículo 37 d) de la Convención de los Derechos del Niño.

Es decir, todos esos dispositivos prevén el derecho de toda persona, sin importar su edad o situación jurídica migratoria, que haya sido privada de su libertad, a que una autoridad judicial califique, sin demora, la legalidad del arresto o detención y ordene su libertad si aquellos fueran ilegales y a recurrir dicha calificación.

Sin embargo, también es cierto que existen otras condicionantes de efectividad de dicho derecho tal como que el control de la legalidad deberá realizarse por una autoridad judicial, quien deberá revisar³⁸⁶ la legalidad de la detención sin demora.

En otras palabras, no basta que la autoridad judicial responda al recurso que la ley provea a los gobernados en contra de las detenciones, sino impedir que se ejecuten detenciones arbitrarias por medio de una revisión obligatoria e inexcusable de la legalidad de la privación de la libertad de manera inmediata a que esta se ejecute.

Es decir, el *habeas corpus* no sólo es el derecho a recurrir e impugnar la legalidad de la detención por parte de quien la sufre, que daría lugar a un ejercicio potestativo de la calificación de la legalidad, pues en ese supuesto habría detenciones que sí sean revisadas en cuanto a su legalidad y otras no; sino que por el contrario, el *habeas corpus* de la obligación inexcusable de revisar y

³⁸⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, Opinión Consultiva 8/87, 30 de enero de 1987, párr. 44.

³⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 107.

controlar judicialmente, en todos los casos y sin importar las situaciones fácticas³⁸⁷, todas las privaciones de la libertad y también es, el derecho a recurrir esa calificación de legalidad.

Luego entonces, una vez definido el parámetro constitucional; será materia de nuestro estudio saber el derecho a un debido proceso es respetado por el Estado Mexicano en tratándose de detenciones por motivos migratorios; es decir, si los detenidos migrantes cuentan con un *habeas corpus* o amparo de libertad que revise sin demora la legalidad de la detención; es decir, si existe un control judicial en todas las detenciones migratorias en México, tal como señalan los instrumentos internacionales que prevén dicho derecho.

Asimismo, comprobaremos si existe, en el ordenamiento jurídico mexicano un recurso judicial efectivo que resguarde el derecho de libertad personal de los extranjeros que sufran una detención por motivos migratorios.

³⁸⁷ Ibidem.

Capítulo IV.- Inconstitucionalidad por omisión legislativa y ausencia de un recurso judicial efectivo en materia de afectaciones a la libertad personal por motivos migratorios.

En este capítulo final, realizaremos un análisis del sistema de control de constitucionalidad mexicano, desde una perspectiva *sui generis* pues no pretendemos profundizar en cómo funciona, quién resuelve o la propia teleología de las herramientas de control constitucional.

En específico, nuestra intención es demostrar que en México existe una omisión legislativa inconstitucional que afecta de forma gravosa el derecho de libertad personal y averiguar cuál es la efectividad de las herramientas jurídicas con las que cuenta un extranjero que ve afectada su libertad en una detención o alojamiento por motivos migratorios.

4.1 Omisión legislativa.

A estas alturas, sabemos que las detenciones por motivos migratorios no son compatibles con el parámetro constitucional porque no tienen un plazo máximo de duración en uno de sus supuestos, porque el alojamiento es la regla general y no existe un análisis individualizado de la procedencia de una medida menos lesiva para lograr los fines del Estado con el control migratorio.

Sin embargo, aún puede existir al menos una razón más para afirmar que las detenciones por motivos migratorios en México son arbitrarias e incapaces de aprobar el *test* de proporcionalidad como restricciones al derecho de libertad personal: la aparente ausencia de un control de la legalidad de la detención.

Por tanto, será materia de este capítulo final analizar si existe un incumplimiento del Estado Mexicano, al derecho de libertad personal contenido en los tratados

internacionales celebrados por la omisión de regular en el ordenamiento interno, el control de la detención por motivos migratorios y si en caso, de que exista una omisión legislativa lesiva al derecho de libertad personal, asiste a los extranjeros detenidos un recurso judicial efectivo que repare la lesión y restituya su derecho.

Para tal efecto, debemos analizar primero en qué supuestos es posible afirmar que existe una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

4.1.1 Concepto.

Para el jurista Carlos Baez Silva, la inconstitucionalidad por omisión legislativa es la falta, ausencia o abstención de creación normativa a pesar del mandato específico del constituyente para desarrollar una norma constitucional de eficacia limitada que precisa la intervención del legislador para alcanzar su eficacia plena.³⁸⁸

La jurista Laura Rangel señala que la inconstitucionalidad por omisión legislativa es una violación a la constitución por parte del Poder Legislativo, por la falta de desarrollo constitucional, por un tiempo excesivamente largo, respecto de normas constitucionales de obligatorio y completo desarrollo de tal forma que se impida la eficacia plena del mandado constitucional.³⁸⁹

Por su parte, para el jurista Gonzalo Armienta, la inconstitucionalidad por omisión legislativa es la falta de desarrollo, por parte del Poder Legislativo, por un periodo excesivo, de una norma de obligatorio desarrollo y realización que, con ella, se incumple con el desarrollo de determinadas cláusulas constitucionales.³⁹⁰

³⁸⁸ Cfr. Baez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, ed. Porrúa, 2009, p. 33.

³⁸⁹ Cfr. Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, México, ed. Porrúa, 2009, p. 37

³⁹⁰ Cfr. Armienta Hernández, Gonzalo y Mariscal Ureta, Karla Elizabeth, "El control constitucional, los paradigmas constitucionales y la omisión legislativa en las entidades federativas" en Escalante López, Sonia y otros, *Derecho Procesal Convencional y la Inconvencionalidad*, México, ed. Porrúa, 2016, pp. 182 y 183.

Los conceptos de los tres juristas son atinados; sin embargo, consideramos que, de analizarse de forma conjunta, podrían aportarnos mucha mayor claridad para comprender el concepto.

Por tal razón, nos aventuramos a construir el siguiente concepto; la inconstitucionalidad por omisión legislativa es la irregularidad que existe, por un tiempo excesivo, entre una norma contenida en el bloque de constitucionalidad que precisa la intervención del legislador para alcanzar su eficacia plena y la abstención o insuficiencia de creación normativa por parte de una autoridad estatal que, en virtud de dicha norma constitucional, se encuentra obligado a desarrollar la norma constitucional para alcanzar su eficacia plena.

Consideramos que lo trasciende del concepto que construimos es que la inconstitucionalidad por omisión legislativa es una irregularidad que es susceptible de ser reparada, como cualquier conducta estatal, mediante los medios de control constitucional y que no solamente el Poder Legislativo puede incumplir un mandado constitucional de creación normativa, sino también el Poder Ejecutivo, en virtud de su facultad reglamentaria y el Poder Judicial, en virtud de su omisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo.

4.1.2 Elementos constitutivos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Ahora bien, es necesario recordar que nuestra primera intención en este capítulo es realizar un *test* de inconstitucionalidad por omisión de desarrollo del control de la legalidad de las detenciones por motivos migratorios.

En consecuencia, es necesario conocer cómo se constituye una omisión legislativa inconstitucional.

El jurista Carlos Báez considera que los elementos definatorios para señalar que existe una omisión legislativa inconstitucional, son los siguientes:

- Inactividad voluntaria del legislador,³⁹¹
- Un mandato específico de legislar y,³⁹²
- La ineficacia de la norma constitucional³⁹³

Por su parte, la jurista Laura Rangel considera como elementos constitutivos de la omisión legislativa inconstitucional los siguientes:

- La falta de desarrollo constitucional imputable al legislador³⁹⁴,
- La existencia un plazo de inactividad excesivo³⁹⁵, y
- Ineficaz aplicación de una norma constitucional³⁹⁶

A continuación, estudiaremos a profundidad los elementos dados, para conocer si en el caso concreto nos encontramos frente a una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

³⁹¹ Cfr. Báez Silva, Carlos, op. cit., nota 388, p. 33.

³⁹² Ibidem.

³⁹³ Ibidem.

³⁹⁴ Cfr. Rangel Hernández, Laura, op. cit, nota 389, p. 37

³⁹⁵ Ídem, p. 38.

³⁹⁶ Ibidem.

a) Mandato de legislar.

La doctrina es coincidente en el sentido de afirmar que para que exista una omisión legislativa inconstitucional, deberá existir una obligación de desarrollo de una norma constitucional para alcanzar su plena eficacia.

Es decir, se considera que es constitutivo de una omisión legislativa inconstitucional la falta de emisión de disposiciones jurídicas de rango secundario relativas a normas de obligatorio y concreto desarrollo.³⁹⁷

Para tal efecto, es necesario precisar que podemos distinguir dos tipos de normas constitucionales, en cuanto a cómo alcanzan su plena eficacia: el primer tipo de ellas es de eficacia plena, puesto que no necesitan un desarrollo normativo posterior, sino que son eficaces desde el momento en que existen³⁹⁸ y el segundo tipo, son aquella que tienen una eficacia limitada y requieren de la creación de normas jurídicas secundarias para alcanzar la plenitud de sus efectos jurídicos.³⁹⁹ En relación a esto, Carlos Báez opina que las normas con estructura de principios tienen una eficacia plena, mientras las normas de naturaleza programática gozan de una eficacia limitada.⁴⁰⁰

Al respecto, recordemos que, según la teoría del derecho de Robert Alexy, los ordenamientos jurídicos están compuestos de principios y reglas. Y mientras las reglas son mandatos definitivos que siempre se cumplen o se incumplen⁴⁰¹; por su parte, los principios son mandatos de optimización que pueden cumplirse en diferentes grados, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.⁴⁰²

Luego entonces, podemos afirmar que para que el desacato a un mandato legislativo se considere inconstitucional, dicho mandato debe estar contenido en

³⁹⁷ Ídem, p. 40.

³⁹⁸ Cfr. Báez Silva, Carlos, op. cit., nota 388, p. 37.

³⁹⁹ Ibidem.

⁴⁰⁰ Ídem, p. 38.

⁴⁰¹ Cfr. Alexy, Robert, "La fórmula del peso" en Carbonell, Miguel (coord.) *Argumentación Jurídica, el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, ed. Porrúa, 4ª edición, p. 2.

⁴⁰² Ibidem.

una norma jurídica constitucional. En este sentido, la doctrina constitucional ha considerado que el mandato puede ser asumir tres formas básicas:

- **Expreso:** cuando la norma constitucional o los artículos transitorios de esta, impongan una obligación expresa al legislador para emitir una norma secundaria⁴⁰³. Por ejemplo, el quinto párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala que el Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas y que, en ellas, se determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño.

Otro ejemplo, es el contenido del artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias en el derecho interno para hacer efectivos los derechos contenidos en la Convención.⁴⁰⁴

- **Tácito:** cuando la norma constitucional no señale de forma expresa la obligación de expedir una norma secundaria, pero el dispositivo constitucional señala que se determinará o definirá cierta parte de la norma constitucional en una norma de rango secundario⁴⁰⁵. Por ejemplo, el artículo 33 constitucional, al señalar que en la ley se determinará el procedimiento de expulsión y duración de la detención de un extranjero.
- **Implícito,** cuando dicho mandato debe inferirse de la norma constitucional, a través de una interpretación sistemática por no estar explícitamente señalado⁴⁰⁶. Este tipo de mandatos es más frecuente en normas que contienen derechos fundamentales, pues el mandato de legislar se

⁴⁰³ Cfr. Rangel Hernández, Laura, op. cit, nota 389, p. 42.

⁴⁰⁴ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), op. cit., nota 64, p. 681 y 682.

⁴⁰⁵ Cfr. Rangel Hernández, Laura, op. cit, nota 389, p. 43.

⁴⁰⁶ Ídem, p. 51.

encuentra implícito en ellos por ser, en su mayoría, normas con estructura de mandatos de optimización que se ven beneficiados del principio de progresividad⁴⁰⁷.

Ahora podemos entender que no todas las omisiones legislativas son inconstitucionales, sino solo aquellas que desacatan un mandato constitucional.

Pero, existen caso en los que la norma constitucional otorga cierta discrecionalidad al legislador para legislar o no, en ciertas materias o concede reserva de ley a otras, por ejemplo, en materia penal; en dicha materia, el legislador no está obligado a legislar, pero de crear un delito, este deberá contenerse en una norma de rango de ley.

b) Inactividad excesiva o demora no razonable.

Asimismo, existen caso en que la norma constitucional o los transitorios de esta, establecen un plazo definido para que el legislador emita la norma secundaria; en esos casos, el desacato se actualizará cuando transcurra en exceso dicho plazo sin que la norma secundaria haya sido emitida.

Sin embargo, existen muchos otros casos en los que la norma constitucional no señala cuándo debe desarrollarse la norma constitucional y dota de cierta discrecionalidad al legislador para determinar el momento oportuno para emitir las normas secundarias⁴⁰⁸; por ende, es en estos casos cuando se hace difícil determinar cuándo se constituye la inconstitucionalidad por omisión legislativa y porqué se considera a este elemento como la parte débil de esta institución jurídica.⁴⁰⁹

Luego entonces, ante lo ambiguo que puede resultar el señalar como elemento constitutivo la inactividad del legislador por un plazo excesivamente largo,

⁴⁰⁷ Ídem, p. 55.

⁴⁰⁸ Ídem, p. 58.

⁴⁰⁹ Ídem, p. 57.

conviene hacer consenso que la demora del legislador deberá ser no razonable⁴¹⁰; es decir, cuando no existan razones materiales o jurídicas que impidan al legislador cumplir el mandato constitucional.

c) Violación constitucional.

Tal es el caso que cuando concurren los dos elementos antes descritos, se ocasionan tres violaciones constitucionales.

La primero de ellas se ocasiona con la desobediencia al mandato constitucional, pues el desacato implica el desconocimiento de la fuerza normativa del texto constitucional.⁴¹¹

La segunda se actualiza como consecuencia de la ausencia de normas jurídicas que provocan la ineficacia de los efectos de las reglas o principios constitucionales.⁴¹²

Y la tercera se provoca por la lesión que la ausencia de esas normas ocasiona a las personas en sus derechos fundamentales que se verán disminuidos en sus efectos como consecuencia de la omisión legislativa.⁴¹³

Es decir, el elemento constitutivo restante en la teoría del derecho, es la ineficacia de la norma constitucional provocada como resultado del desacato del legislador.

4.1.3 Postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Asimismo, es preciso señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha definido, en su jurisprudencia, una postura clara sobre los elementos constitutivos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa y más bien, se ha

⁴¹⁰ Ídem, p. 59.

⁴¹¹ Ídem, p. 63.

⁴¹² Ídem, p. 64.

⁴¹³ Ibidem.

encargado de distinguir los tipos de omisiones existentes, tal como puede advertirse de la jurisprudencia número P./J. 11/2006:

- Omisiones absolutas que recaen sobre facultades de ejercicio obligatorio, que se actualizan cuando el órgano legislativo tiene la obligación de emitir una ley y no lo ha hecho⁴¹⁴;
- Omisiones relativas sobre facultades de ejercicio obligatorio, que se actualizan cuando se hace uso de la facultad emitiendo una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente⁴¹⁵;
- Omisiones absolutas sobre facultades potestativas, que se actualizan cuando el órgano legislativo decide no emitir una ley y no hay un mandato constitucional que lo obligue⁴¹⁶,
- Omisiones relativas sobre facultades potestativas, en las que el órgano legislativo decide emitir una ley, a pesar no tener un mandato para hacerlo, pero lo hace de manera incompleta o deficiente.⁴¹⁷

Del análisis de la jurisprudencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, advertimos que, en los dos primeros supuestos, nos encontramos frente a una inconstitucionalidad por omisión legislativa; mientras que, en el tercer supuesto, nos encontramos frente a una omisión legítima y, por lo que refiere al último supuesto, nos encontramos con el caso de una laguna normativa.

⁴¹⁴ Cfr. Tesis P./J. 11/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIII, febrero de 2006, p. 1527.

⁴¹⁵ Ídem.

⁴¹⁶ Ibidem.

⁴¹⁷ Ibidem.

Sobre este último punto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el amparo en revisión número 1359/2015, que dio lugar al criterio judicial 1a. XIX/2018, sobre la diferencia entre lagunas normativas y omisiones legislativas inconstitucionales, desde la perspectiva de la labor del juzgador:

- Una laguna normativa se actualiza cuando el legislador no regula un supuesto de hecho específico, de tal forma que un caso concreto comprendido en ese supuesto no puede ser resuelto con la aplicación de una norma y en consecuencia, el Juez debe crear una norma que sea aplicable al o interpretar las normas existentes de tal forma que comprendan el supuesto que se les presenta⁴¹⁸; por otro lado,
- Existe una omisión legislativa inconstitucional cuando el legislador no expide una norma o un conjunto de normas estando obligado a ello por la Constitución y en ese caso, el Juez se encuentra imposibilitado a reparar la omisión, pues no tiene competencia para emitir las leyes ordenadas por la Constitución, por lo que es el órgano legislativo quien debe cumplir con su deber de legislar⁴¹⁹.

Ahora bien, sobre la actividad del Juez para reparar las consecuencias de una omisión legislativa inconstitucional, lo retomaremos en líneas posteriores.

4.1.4 Inconstitucionalidad por omisión legislativa sobre el control judicial de las detenciones por motivos migratorios.

⁴¹⁸ Tesis 1a. XIX/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 52, marzo de 2018, tomo I, p. 1095.

⁴¹⁹

En este apartado analizaremos si el Poder Legislativo Federal ha incurrido en una omisión legislativa inconstitucional del control judicial de detenciones por motivos migratorios, con base en los elementos constitutivos que antes analizamos.

a) Mandato constitucional.

Debemos comenzar por precisar que la fuente de la que puede emanar dicho mandato puede ser tanto de la Constitución Federal como de las normas de tratados internacionales que contengan derechos humanos. En principio, el mandato de desarrollo de legislación secundaria del control judicial de la detención surge en el segundo tipo de normas.

Tal como estudiamos en el capítulo anterior, el mandato constitucional encuentra su fundamento en el artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el artículo 16.7.8 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y en el artículo 37 d) de la Convención de los Derechos del Niño y se encuentra robustecido y explicado a través de las consideraciones de las sentencias de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

Ahora, si bien es cierto que ninguno de esos dispositivos ni las sentencias, consagran un mandato expreso al Poder Legislativo Federal, también es cierto que dicho mandato podría advertirse, en principio, implícito en dichos artículos, en virtud de la naturaleza⁴²⁰ del control judicial de la legalidad de las detenciones migratorias en cuanto es una garantía del derecho de libertad personal, pues al ser una norma programática, tiene una eficacia limitada que evidentemente requiere el desarrollo normativo de una legislación secundaria para alcanzar su plena efectividad.⁴²¹

⁴²⁰ Cfr. Rangel Hernández, Laura, op. cit, nota 389, p. 43.

⁴²¹ Cfr. Báez Silva, Carlos, op. cit., nota 388, p. 38.

Es decir, si bien dichos dispositivos construyen una regla: toda persona, sin importar su edad o situación jurídica migratoria, que haya sido privada de su libertad, tiene derecho a que una autoridad judicial revise, sin demora, la legalidad del arresto o detención y ordene su libertad si aquellos fueran ilegales y a recurrir dicha calificación; por otro lado, esos dispositivos no prevén qué autoridad deberá realizar dicho control, ni dónde, ni en qué tiempo deberá finalizarse; así como tampoco prevén, qué recurso interno procederá contra el resultado del control de legalidad de la detención.

Y si en todo caso, podríamos presumir que en el control judicial de la detención deben verificarse las formalidades esenciales del procedimiento; lo cierto es que el *habeas corpus*, necesita de la emisión de normas adjetivas que expliquen quién, cómo, cuándo y dónde se llevará a cabo el control judicial de la detención y la impugnación de su resultado.

Sin embargo, aunque ya develamos que el mandato de creación normativa es evidente y está implícito en la naturaleza del *habeas corpus*; debemos responder a este apartado señalando que el mandato de legislar puede calificarse como expreso.

Se afirma lo anterior en virtud del contenido de los artículos 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴²² y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴²³, que imponen al Estado Mexicano, la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos contenidos en esos instrumentos; lo que incluye al control judicial de la legalidad de las detenciones, incluso migratorias, en cuanto es una garantía del derecho de libertad personal.

Luego entonces, consideramos que sí existe un mandato expreso de creación y desarrollo normativo que recae en el Poder Legislativo para emitir normas

⁴²² Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, op. cit., nota 62, p. 413.

⁴²³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, op. cit., nota 64, p 669.

secundarias que expliquen, definan y complementen la efectividad del control judicial de las detenciones en México.

No pasa desapercibo para esta investigación, el contenido del décimo cuarto párrafo del artículo 16 de la constitución federal, que señala expresamente lo siguiente:

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Sin embargo, consideramos que, aunque dicho artículo hace referencia a control judicial, este se refiere a medidas cautelares, providencias precautorias y otras técnicas de investigación en materia penal y, por tanto, no podemos considerarlo como un mandato expreso del control de la legalidad de las detenciones por motivos migratorios.

b) Inactividad legislativa por un plazo no razonable.

Ahora corresponde realizar un análisis de cumplimiento del mandato constitucional hecho al legislador federal por el bloque de constitucionalidad que lo obligó expresamente a legislar sobre el control judicial de las detenciones sin importar la materia.

Como se comentó en el capítulo previo, no nos referimos al control judicial a que se refiere décimo cuarto párrafo del artículo 16 de la constitución federal, pues este implica sólo una parte del *habeas corpus* del sistema interamericano de derechos humanos; sino que nos referimos al cumplimiento al mandato de creación normativa para asegurar la efectividad del control judicial de todas las detenciones en México, incluso en las que tengan motivos diferentes a los de la materia penal: migratoria en nuestro caso.

Al respecto, consideramos que, si bien es cierto que como consecuencia de la reforma constitucional en materia penal de 18 de junio de 2008, se incorporó el control judicial de las medidas cautelares en materia penal por Jueces de Control en el décimo cuarto párrafo del artículo 16 constitucional y ello trajo consigo que el 5 de marzo de 2014 se publicará el Código Nacional de Procedimientos Penales, consideramos que ello tan sólo implica una omisión relativa de una facultad obligatoria; es decir, una omisión parcial.

Lo anterior se afirma, puesto que de la consulta del artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales, advertimos lo siguiente:

- El control de la legalidad de la detención lo realiza un Juez de Control en la audiencia inicial del procedimiento penal, antes de que proceda la formulación de la imputación de un delito por parte del Ministerio Público.⁴²⁴
- El Ministerio Público debe alegar las razones para justificar la detención y el Juez de Control deberá calificar su legalidad, examinando el cumplimiento al plazo constitucional de retención y el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad.⁴²⁵
- En el control de la legalidad de la detención, el detenido podrá ofrecer pruebas y ser asistido por un abogado.⁴²⁶
- El resultado del control podrá ser la ratificación de la detención o bien, ordenar la libertad en caso de que la aquella no esté justificada o bien, no cumpla con los requisitos legales.⁴²⁷
- Sin embargo, aunque el resultado de la calificación sea ratificar la detención, ello no implica necesariamente imponer una prisión preventiva,

⁴²⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales, visible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_250618.pdf

⁴²⁵ Ibidem.

⁴²⁶ Ibidem.

⁴²⁷ Ibidem.

sino que el Juez de Control deberá calificar la necesidad de imponer alguna medida cautelar.⁴²⁸

Es decir, el control judicial de las detenciones por motivos penal guarda coherencia y regularidad con el parámetro constitucional y por tanto, consideramos que en esa materia, se ha desarrollado de forma correcta el mandato constitucional.

Pero no es el mismo escenario para las detenciones por motivos migratorios, pues para ese tipo de detenciones no es aplicable el control judicial antes descrito ni existe algún otro tipo de control de la legalidad de esas medidas, en la legislación mexicana.

Es decir, ninguna detención por motivos migratorios en México es materia de revisión judicial para calificar su legalidad, pues no ha sido desarrollado en la legislación mexicana un control judicial de esas detenciones en cuanto a quién debe hacerlo y cómo debe hacerlo.

En virtud de lo anterior, consideramos que la omisión al mandato constitucional es parcial, pero aun así sí existe una omisión imputable a nuestro Poder Legislativo.

Ahora, para entender si ha existido una inactividad legislativa por un plazo no razonable, debemos emplear un parámetro objetivo y podemos encontrarlo en el artículo segundo transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 18 de junio de 2008 que otorgó un plazo de ocho años al legislador para desarrollar la legislación secundaria para complementar la reforma constitucional en materia penal.⁴²⁹

⁴²⁸ Ibidem.

⁴²⁹ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 18 de junio de 2008, en el Diario Oficial de la Federación, visible en https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=213419&pagina=10&seccion=1

Ahora bien, sin perjuicio que el legislador ocupó poco menos de seis años para desarrollar la legislación secundaria en la materia, lo cierto es que no existe una justificación razonable para que no haya sido desarrollado el control judicial de las detenciones por motivos migratorios a pesar que han transcurrido más de ocho años desde la entrada en vigor la reforma constitucional de derechos humanos de 10 de junio de 2011 y por lo tanto, el plazo de la inactividad legislativa ha excedido el plazo de seis años que le tomó al Poder Legislativo implementar el control judicial de las detenciones en materia penal en el Código Nacional de Procedimientos Penales y también ha transcurrido más tiempo que el de ocho años que el legislador tenía como plazo límite para desarrollar en la legislación secundaria, la reforma constitucional en materia penal.

Por tales razones, consideramos que en relación al control judicial de la detención ha existido un desarrollo de normas secundarias insuficiente, pues este únicamente contempla las detenciones por motivos penales y no incluye una revisión judicial de las detenciones por motivos migratorios y además, consideramos que esa ausencia normativa incurre en una demora no razonable por las razones antes descritas.

c) Violación constitucional.

En virtud de lo anterior, corresponde ahora conocer los efectos jurídicos de la omisión legislativa antes precisada, para conocer si constituye una violación al bloque de constitucionalidad.

Consideramos que, en principio, la omisión legislativa constituye una violación a la constitución por el desacato mismo de creación normativa; es decir, constituye un desconocimiento de la fuerza normativa del párrafo tercero del artículo 1º constitucional que establece la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los

principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad⁴³⁰ y lo establecido en los artículos 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴³¹ y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴³², que imponen al Estado Mexicano, la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos contenidos en esos instrumentos.

Asimismo, la omisión legislativa ocasiona una transgresión al derecho de la libertad personal puesto que anula la garantía creada en los instrumentos internacionales contra detenciones arbitrarias en el supuesto de que dicha detención se realice por motivos migratorios.

Luego entonces, la omisión materia de nuestra atención sí implica una violación constitucional y, por tanto, podemos realizar nuestra conclusión.

La falta de creación de normas secundarias para definir quién, cuándo y cómo debe realizarse el control judicial de las detenciones por motivos migratorios ocasiona una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

4.2 Examen de existencia de un recurso judicial efectivo en contra de la omisión legislativa.

En este apartado analizaremos cómo puede ser solucionada la inconstitucionalidad ocasionada por la omisión legislativa materia de nuestro estudio.

Entonces, se hace indispensable conocer el sistema de control constitucional mexicano y más en específico, los medios de control constitucional del sistema jurídico mexicano que pueden constituirse como recurso judicial efectivo en beneficio de los extranjeros detenidos arbitrariamente.

⁴³⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, México, ed. ISEF, 2018, p. 1.

⁴³¹ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, p. 413.

⁴³² Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, p 669.

En ese orden de ideas, por medios de control de constitucionalidad debemos entender las instituciones y formas de controlar la conducta de los sujetos de derecho para asegurar que se adecuen a los límites constitucionales a través del examen de control constitucional.⁴³³

El control a que nos referimos es al control constitucional que Hans Kelsen concibió como la examinación de la regularidad de los actos estatales por parte de autoridades con forma de Tribunales, para efecto de declararlo irregular y tratarlo como inválido en caso de que sea incompatible.⁴³⁴

Es decir, los medios de control constitucional son las instituciones jurídicas y normas sustantivas y procesales, mediante las cuales un órgano designado realiza el examen de regularidad de conductas estatales, para determinar su compatibilidad con la constitución.

Sin embargo, dentro de las variantes y formas posibles en qué puede materializarse un medio de control, los que deberán ocupar nuestra atención son los medios de control constitucional jurisdiccionales, que otorgan la facultad a un órgano jurisdiccional para determinar si un acto concreto es constitucional o no.⁴³⁵

Para tal efecto, es indispensable la lectura del artículo 105 y 107 de nuestra constitución que prevé tres medios de control constitucional para materias no electorales, que son:

- Acción de Inconstitucionalidad
- Controversia Constitucional y

⁴³³ Cfr. Baltazar Robles, Germán Eduardo, *Controversia Constitucional y Acción de Inconstitucionalidad*, México, Ángel Editor, p. 36.

⁴³⁴ Cfr. KELSEN, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, Tamayo y Salmorán, Rolando (trad.), México, Centro de Estudios Carbonell, 2017, pp. 23 a 26.

⁴³⁵ Ídem, p. 38.

- Amparo

Luego entonces, será nuestra tarea conocer cuáles de los medios de control constitucional jurisdiccionales que ofrece el ordenamiento jurídico mexicano puede constituirse como un recurso judicial efectivo para reparar la omisión constitucional materia de nuestro estudio y para las detenciones migratorias arbitrarias.

Para nuestro objetivo, estudiaremos cada medio de control constitucional de acuerdo con los elementos que componen al derecho fundamental de recurso judicial efectivo y en consecuencia, los calificaremos de acuerdo a un *test* compuesto de los siguientes elementos:

- Objeto: que sirvan para ampararse o combatir conductas estatales de lesionen o puedan lesionar derechos fundamentales.
- Efectividad: que tengan una real posibilidad de ser remedio de la violación a los derechos comprometidos y corregir el daño; en concreto para hacer cesar la violación, si esta continúa; ofrecer una reparación material y moral a la víctima; castigar a los responsables, cuando corresponda e impedir que la violación se repita.⁴³⁶
- Titularidad: que sean otorgados a toda persona.

4.2.1 Acción de inconstitucionalidad.

La acción de inconstitucionalidad, en palabras del jurista Joaquín Brage Camazano, es un mecanismo o instrumento procesal-constitucional por medio del

⁴³⁶ Cfr. Courtis, Christian, op. cit., nota 382, p. 42.

cual determinadas personas, órganos o fracciones de órganos, cumpliendo los requisitos procesales legalmente establecidos, pueden plantear, de forma directa y principal, ante el órgano judicial de la constitucionalidad de que se trate, si una determinada norma jurídica es o no conforme con la Constitución, dando lugar normalmente a una sentencia en la que dicho órgano de la constitucionalidad se pronuncia en abstracto y con efectos generales sobre si la norma impugnada es o no compatible con la norma fundamental y, en la hipótesis de que no lo fuere, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicha norma.⁴³⁷

Es decir, es un medio de control constitucional procesal que inicia un proceso jurisdiccional federal que, en términos de la fracción II del artículo 105 constitucional, resuelve los planteamientos de contradicción entre una norma de carácter general y la constitución⁴³⁸, a través de un examen de regularidad.

En virtud de nuestro objetivo, procederemos a realizar un *test* a este medio de control constitucional para saber si puede ser calificado como un medio de control constitucional, a través de los parámetros antes precisados:

a) Objeto del medio de control constitucional.

El objeto de control constitucional en la institución jurídica de referencia son las normas jurídicas generales; por lo tanto, quedarían descartados los actos estatales e incluso, aparentemente, las omisiones (incluyendo las omisiones legislativas) pues, ni la fracción II del artículo 105 constitucional, ni la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo del artículo 105 de la Constitución Política de lo Estados Unidos Mexicanos⁴³⁹; prevén algún supuesto

⁴³⁷ Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 2.

⁴³⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, México, op. cit., nota 8,, p. 79.

⁴³⁹ Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo del artículo 105 de la Constitución Política de lo Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, México, ed. ISEF, 2018, p. 1.

en que la acción de inconstitucionalidad proceda en contra de omisiones legislativas.

Sin embargo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia número P./J. 5/2008, consideró que si bien es cierto que, por regla general, la acción de inconstitucionalidad es improcedente contra la omisión de los Congresos de los Estados de expedir una ley, pues no se cumple el requisito indispensable de procedencia de controvertir una norma general promulgada; señaló que también es cierto que tal criterio no aplica cuando se trate de una omisión parcial resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas.⁴⁴⁰

El criterio antes citado, derivó de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad número 24/2004, planteada por la Legislatura del Congreso del Estado de Campeche, alegando la inconstitucionalidad de los artículos 59, 60, 61 y 62 de la Ley de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Campeche por su incompatibilidad con el artículo 14 constitucional, pues a pesar que dichos artículos de la ley local establecían sanciones, no preveían un procedimiento que cumpliera las formalidades esenciales del procedimiento para contradecir la imposición de las sanciones.⁴⁴¹

En la ejecutoria de dicha acción de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró la invalidez de los artículos de la ley local pues consideró que el Poder Legislativo tenía la inexcusable obligación de consignar en la ley, el procedimiento necesario para que se oyera a los interesados y se les diera la oportunidad de defenderse en aquellos casos en que resultaran afectados.⁴⁴²

En virtud de lo anterior, podemos advertir que, en principio, la omisión de desarrollo normativo sobre el control de las detenciones en materia migratoria no podría ser planteado en esta vía pues no hay una expresa procedencia y desde

⁴⁴⁰ Tesis P./J. 5/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, noviembre de 2009, p. 701.

⁴⁴¹ Sentencia ejecutoria de la acción de inconstitucionalidad 24/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, septiembre de 2007, p. 2034.

⁴⁴² Ibidem.

luego, tampoco las detenciones migratorias podrían ser combatidas por este medio de control constitucional.

Sin embargo, sería posible controvertir la constitucionalidad de los artículos de la Ley de Migración que prevén la presentación y alojamiento de extranjeros en centros de control migratorio por no prever el procedimiento del control judicial de la detención en su contenido y esa sería la única forma de controvertir la omisión legislativa empleando la acción de inconstitucionalidad, pues existe un precedente de procedencia en la acción de inconstitucionalidad número 24/2004.

b) Efectividad.

En términos del artículo 72 de ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo del artículo 105 de la Constitución Política de lo Estados Unidos Mexicanos, la acción de inconstitucionalidad tiene como efecto máximo, declarar la invalidez de las normas impugnadas.⁴⁴³

Es decir, se dictará una sentencia en la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pronunciará en abstracto y con efectos generales sobre si la norma impugnada es o no compatible con la constitución y, en la hipótesis de que no lo fuere, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicha norma.⁴⁴⁴

Por tal razón, podemos afirmar que este medio de control constitucional solo tendría efectividad para remediar la omisión legislativa en cuestión, en el supuesto que se admitiera una acción de inconstitucionalidad contra los artículos de la Ley de Migración que prevén la presentación y alojamiento de extranjeros en centros de control migratorio y se declarara su invalidez por la omisión de prever

⁴⁴³ Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo del artículo 105 de la Constitución Política de lo Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, México, ed. ISEF, 2018, p. 15.

⁴⁴⁴ Brage Camazano, Joaquín, op. cit., nota 437, p. 2.

un procedimiento que regule el control judicial de las detenciones por motivos migratorios.

c) Titularidad.

En cuanto a la titularidad de la acción de este medio de control constitucional, nuestra Carta Magna es muy clara en la segunda fracción del artículo 105, pues se trata de una acción de legitimación restringida⁴⁴⁵, toda vez que solamente los órganos y autoridades precisadas en los incisos de esa fracción podrán interponer este medio de control constitucional.

Por tanto, este medio de control constitucional no es un recurso judicial efectivo en contra de la omisión legislativa en cuestión, toda vez que su acción es de legitimación restringida a entes, órganos y autoridades y no a gobernados.

Lo anterior, se refuerza si consideramos que en términos de la ley de la materia, la interposición de la acción de inconstitucionalidad deberá realizarse dentro de los treinta días siguientes, contados a partir de la fecha en que la norma jurídica general fue publicada en el medio de comunicación oficial⁴⁴⁶ y si consideramos la fecha de promulgación de la Ley de Migración y sus artículos que prevén la presentación y alojamiento de extranjeros, advertiremos que de promoverse este medio de control constitucional, no podría remedir la inconstitucionalidad puesto que sería evidentemente extemporáneo.

4.2.2 Controversia constitucional.

⁴⁴⁵ Cfr. Rangel Hernández, Laura, op. cit, nota 386, p. 260.

⁴⁴⁶ Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo del artículo 105 de la Constitución Política de lo Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, México, ed. ISEF, 2018, p. 12.

En palabras del jurista Germán Baltazar Robles, la controversia constitucional es un proceso federal entre órganos públicos, en virtud del cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación revisa la constitucionalidad de normas generales o actos de autoridad imputables al demandado.

a) Objeto.

El objeto de control de regularidad de este medio de control constitucional son normas generales y actos de autoridades; sin embargo, en la jurisprudencia número P./J. 42/2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que no toda violación constitucional puede ser materia de estudio sino sólo las relacionadas con los principios de división de poderes o con la cláusula federal, delimitando el universo de posibles conflictos a los que versen sobre la invasión, vulneración o simplemente afectación a las esferas competenciales trazadas desde el texto constitucional.⁴⁴⁷

Por tal razón, desde el análisis del objeto, advertimos que este medio de control constitucional no es un recurso judicial efectivo contra la omisión legislativa materia de nuestro interés y mucho menos, para combatir detenciones arbitrarias en materia migratoria. Sin perjuicio de ello, continuemos con el análisis.

b) Efectividad.

Las sentencias dictadas en los procesos de controversia constitucional pueden declarar la invalidez de actos y normas; sin embargo, sólo aquellos relacionado con los principios de división de poderes o con la cláusula federal.⁴⁴⁸

c) Titularidad.

⁴⁴⁷ Cfr. Tesis P./J. 42/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 25, diciembre de 2015, tomo I, p. 33.

⁴⁴⁸ Ibidem.

Al igual que la acción de constitucionalidad, la controversia constitucional tiene una legitimación restringida, pues es un medio de regularidad disponible para los Poderes, órdenes jurídicos y órganos constitucionales autónomos.⁴⁴⁹

Por tales razones, la controversia constitucional no es un recurso judicial efectivo contra la omisión legislativa en cuestión y tampoco contra detenciones arbitrarias.

Luego entonces, de la lectura del artículo 103 constitucional, que prevé la posibilidad de controvertir omisiones, sólo resta estudiar el proceso de amparo para comprobar si es o no, un recurso judicial efectivo en los términos esperados.

4.3 El proceso de amparo y el test de concordancia con el derecho a un recurso efectivo.

Realizado el examen de concordancia de los antes mencionados medios de control constitucional, es el proceso de amparo, aparentemente, el medio de control de constitucionalidad que debe consagrarse como recurso judicial efectivo frente a las dos contingencias que advertirnos; primero, respecto de la omisión legislativa de regulación del control judicial de la legalidad de las detenciones por motivos migratorios y luego, frente dichas detenciones *per se*.

Por tal razón, nos centraremos en tres partes, la primera explicar de forma más amplia que en los medios de control previos, la forma en que el proceso de amparo es para luego, realizar el test de concordancia con el recurso judicial efectivo a que toda persona tiene derecho y, finalmente, en caso de que no se apruebe esa examinación, señalar qué cosas deben mejorarse en la regulación del proceso de amparo para mejorar su eficacia.

⁴⁴⁹ Ibidem.

4.3.1 Concepto de amparo.

Existen muchas definiciones del amparo, formuladas por destacados juristas mexicanos; a continuación, se expondremos las más destacadas.

El destacado jurista mexicano, Ignacio Burgoa Orihuela, expuso que el amparo es un proceso que se inicia por la acción que ejerce un gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales contra todo acto de autoridad que le causa un agravio en su esfera jurídica y que considere contrario a la constitución y que puede invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia por su inconstitucionalidad o ilegalidad.⁴⁵⁰

Por su parte, en una visión más amplia, el jurista Luciano Silva afirma que el amparo es un juicio autónomo: de carácter constitucional cuya finalidad es la solución de las controversias a que alude el artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo objeto es la nulidad del acto reclamado y la reposición del quejoso en el goce del derecho violentado, volviendo las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación causada por la ley o acto de autoridad.⁴⁵¹

Al respecto, el jurista Vicente Fernández Fernández afirma que el amparo es un juicio, que por su naturaleza es un medio de impugnación, que permite a los gobernados impugnar actos de autoridad que violen sus derechos.⁴⁵²

Por su parte Raúl Chávez Castillo, nos ofrece una definición más amplia del proceso de amparo:

juicio constitucional extraordinario, que se inicia por la acción que ejercita cualquier persona en lo individual o colectivamente ante los Tribunales de la Federación en contra de

⁴⁵⁰ Cfr. Burgoa O., Ignacio, *El juicio de Amparo*, México, ed. Porrúa, 41ª Edición, 2005, p. 173.

⁴⁵¹ Cfr. Silva Ramírez, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, México, ed. Porrúa, 2ª Edición, 2010, p. 210.

⁴⁵² Cfr. Fernández Fernández, Vicente, *El juicio de amparo en la jurisprudencia*, México, ed. Porrúa, p. 38.

normas generales, actos de autoridad o de particulares en los casos expresamente señalados en la ley, cuando considere que han violado sus derechos humanos y/o garantías, establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, teniendo por objeto la declaración de inconstitucionalidad de esos actos o normas generales, invalidándose o nulificándose con relación a quien lo promueve, restituyéndolo en el pleno goce de esos derechos y/o garantías, que han sido violadas y en caso que se interponga contra actos de autoridades administrativas podrá beneficiar, incluso a quien no ha promovido amparo, sin perjuicio de la declaración general de inconstitucionalidad en los términos que fije la ley.⁴⁵³

Sin embargo, consideramos necesario construir una definición que nos permita, a partir de ella, explicar este apartado en aras de respondernos si el amparo es o no, un recurso judicial efectivo como el que buscamos.

En nuestra opinión, el amparo es un medio de control de constitucionalidad extraordinario que se inicia por vía de acción de los gobernados para que un Tribunal Federal, a través de la instrucción de un proceso jurisdiccional, realice un control de regularidad de conductas estatales o de particulares en los casos expresamente señalados en la ley, con base en el parámetro de constitucionalidad vigente, pudiendo suspender los efectos del acto o norma controvertida cuando sea necesario y cuya finalidad es que en el supuesto que se advierta una irregularidad de la conducta analizada, se declare la nulidad de la conducta y restituya al gobernado en el goce del derecho fundamental que se estime violentado.

Tal parece que, por la definición, el amparo coincide con la morfología del recurso judicial efectivo, pero antes de dar por zanjado ese punto, conviene realizar un análisis más profundo.

Para efecto de lo anterior, es necesario partir de una premisa indubitable, nuestra constitución prevé la existencia de dos procesos de amparo que bifurcan los efectos y espectro de protección de este medio de control constitucional: el proceso de amparo directo y el proceso de amparo indirecto y será materia de

⁴⁵³ Chávez Castillo, Raúl, *Nuevo Juicio de Amparo*, México, ed. Porrúa, 15ª Edición, 2015, pág.33.

nuestras siguientes líneas, aplicar el *test* ya conocido a esas dos instituciones jurídicas.

4.3.2 Amparo directo.

A continuación, realizaremos la prueba que aplicamos a la acción de constitucionalidad y a la controversia constitucional, para saber si dicho proceso es un recurso judicial efectivo para la omisión legislativa materia de nuestro análisis y para, a la postre, las detenciones migratorias arbitrarias.

a) Objeto.

En términos del inciso a), fracción III del artículo 107 de la Constitución, son materia de este medio de control constitucional las sentencias definitivas, los laudos y las resoluciones que ponen fin a juicio por las violaciones a derechos contenidas en ellas o durante el procedimiento del que emanan; sin embargo, también son objeto de control, las normas generales que sirvieron de fundamento al dictado de la sentencia.⁴⁵⁴

Por tal razón, para efecto de nuestro trabajo, advertimos desde ahora que este medio de control constitucional no es el recurso judicial que pretendemos puesto que su materia de análisis únicamente será:

- las sentencias definitivas; es decir, aquellas que deciden un juicio en lo principal y respecto del cual no procede algún recurso ordinario que pueda modificarlo⁴⁵⁵,

⁴⁵⁴ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op, cit, nota 8, pp. 80 a 85.

⁴⁵⁵ Cfr. Carranco Zuñiga, Joel, *Juicio de amparo, procedencia y sobreseimiento*, México, 4ª edición, ed. Porrúa, 27.

- los laudos; es decir, aquellas resoluciones dictadas Tribunales en materia laboral, en los procesos instruidos en esa materia⁴⁵⁶,
- las resoluciones que ponen fin al juicio⁴⁵⁷

Es decir, el amparo directo que instruyen los Tribunales Colegiales de Circuito y la Suprema Corte de Justicia, funge como un control revisor de las resoluciones definitivas dictadas en procesos jurisdiccionales en materia penal, administrativa, civil, mercantil y agraria, pero no es un medio de control constitucional para las omisiones legislativas derivadas de actos que impliquen una afectación a la libertad, pues esta parte de la bifurcación del amparo no prevé esa posibilidad,

La bifurcación del amparo en dos vías crea una dicotomía y entonces, lo que no es materia del amparo directo, será del amparo indirecto y viceversa.

Por tal razón y recordando en este punto la intención de nuestro trabajo, a efecto de no desviar la atención del lector hacia las atractivas aristas del proceso de amparo directo; no culminaremos el *test* de esta vía del proceso de amparo, pues su efectividad para el combate de resoluciones es indiscutida, pero analizarlo implicaría realizar un estudio complejo de su procedibilidad y efectos, sin que al final nos sea de utilidad debido a su naturaleza.

4.3.3 Amparo indirecto.

Explicado lo anterior, será menester de este apartado aplicar al amparo indirecto el test de concordancia con el derecho a un recurso judicial efectivo; sin embargo, a la par realizaremos un estudio de su procedibilidad, suspensión y efecto de sus sentencias, frente a las omisiones legislativas como la que nos ocupa y frente a las detenciones por motivos migratorios.

En palabras del jurista Luciano Silva, el amparo indirecto es el medio de control constitucional que procede contra normas generales, actos u omisiones

⁴⁵⁶ Ídem, p. 29.

⁴⁵⁷ Ibidem.

administrativas y determinaciones de tribunales judiciales, administrativos, agrarios y del trabajo de imposible reparación.⁴⁵⁸ Es decir, procederá respecto de aquellos actos que no sean sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio.⁴⁵⁹

Siendo específicos, el artículo 107 de la Ley de Amparo, prevé que el objeto de control constitucional del amparo indirecto serán las siguientes conductas estatales:

- Normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación causen perjuicio al quejoso⁴⁶⁰;
- actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo⁴⁶¹;
- actos, omisiones o resoluciones provenientes de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio que sean de imposible reparación⁴⁶²;
- actos, omisiones o resoluciones provenientes de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio⁴⁶³;
- actos en juicio que sean de imposible reparación⁴⁶⁴;
- actos dentro o fuera de juicio que afecten a personas extraña⁴⁶⁵;

⁴⁵⁸ Cfr. Silva Ramírez, Luciano, op. cit. Nota 451, p. 433.

⁴⁵⁹ Ibidem.

⁴⁶⁰ Cfr. Ley de Amparo, en *Agenda de Amparo*, México, ed. ISEF, 2018, pp. 33 y 34.

⁴⁶¹ Ídem.

⁴⁶² Ibidem.

⁴⁶³ Ibidem.

⁴⁶⁴ Ibidem.

⁴⁶⁵ Ibidem.

- omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal, o por suspensión de procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño⁴⁶⁶
- actos de autoridad que determinen inhibir o declinar la competencia o el conocimiento de un asunto⁴⁶⁷ y
- actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales (artículo 15 de la Ley de Amparo) ⁴⁶⁸

Sin embargo, al igual que hicimos en el caso del estudio del amparo directo, a efecto de no desviar nuestra atención a los supuestos que no nos ocupan; centraremos nuestra atención a averiguar si el amparo indirecto puede controlar la regularidad de las omisiones legislativas y, asimismo, saber si ese medio de control constitucional puede verificar la regularidad de las detenciones arbitrarias por motivos migratorios.

4.3.3.1 Efectividad frente a la omisión legislativa.

a) Objeto.

Es preciso señalar que ni la constitución, ni la ley de amparo prevén expresamente la procedencia en contra de las omisiones legislativas y que incluso,

⁴⁶⁶ Ibidem.

⁴⁶⁷ Ibidem.

⁴⁶⁸ Ibidem.

durante la décima época del Poder Judicial de la Federación, la mayoría de las tesis aisladas y jurisprudenciales, apuntaban a que el amparo era improcedente para combatir la falta de desarrollo normativo.

Basta atender las consideraciones de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia del amparo en revisión 588/2012 que dio lugar a la tesis 2a. VIII/2013, en la que se consideró que el amparo es improcedente contras las omisiones legislativas porque la “Fórmula Otero” limitaba los efectos de la sentencia de amparo a incidir sólo en la esfera jurídica del quejoso y está no podría tener efectos generales.⁴⁶⁹

Por tanto, en el caso de los amparos en contra de omisiones legislativas, de concederse el amparo, tendría el efecto de obligar a la autoridad legislativa a reparar la omisión y ello implicaría la creación de una ley que vincularía no sólo al promovente del amparo y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada; luego entonces, esa situación vulneraría el principio de relatividad de las sentencias de amparo pues el efecto del amparo tendría efectos generales.⁴⁷⁰

Sin embargo, la sentencia del amparo en revisión 1359/2015 dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación marcó un antes y un después en la materia, pues otorgó el amparo a la quejosa, Campaña Global por la Libertad de Expresión A 19, A. C. para efecto de que la autoridad emitiera una ley que estaba obligado a emitir pero que fue omiso y para tal efecto ordenó el cumplimiento en un plazo determinado en la propia sentencia.⁴⁷¹

El amparo en cuestión se formuló en contra del Congreso de la Unión, por la omisión de expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución, de conformidad con el decreto por el que se reforman, adicionan y

⁴⁶⁹ Cfr. Tesis 2a. VIII/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XVII, febrero de 2013, tomo 2, p. 1164.

⁴⁷⁰ Ibidem.

⁴⁷¹ Cfr. Amparo en revisión 1359/2015, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 2017, p. 58, visible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-10/AR-1359-2015-171025.pdf

derogan diversas disposiciones de la Constitución en Materia Política-Electoral del 10 de febrero de 2014; dicha legislación regularía los supuestos y sanciones de la propaganda electoral.⁴⁷²

En la sentencia en cuestión, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideró que era necesario reinterpretar el principio de relatividad de las sentencias de amparo pues preservar la interpretación tradicional implicaría que, en muchos casos, se frustrara la finalidad del amparo que es la protección de los derechos fundamentales⁴⁷³, de tal manera que es válido mantener la interpretación del principio de relatividad en el sentido de afirmar que no es válido que un tribunal de amparo ordene expresamente proteger los derechos de personas que no acudieron al amparo; sin embargo, es perfectamente admisible que al proteger a los quejosos, se beneficie a terceros ajenos a la controversia y por tanto, no es improcedente el amparo cuando se señale una omisión legislativa como acto reclamado.⁴⁷⁴

Pero es necesario precisar que no todas las omisiones legislativas pueden ser materia de control constitucional pues para que una falta de desarrollo normativo sea remediable en amparo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia del Nación, consideró que deben converger dos requisitos mínimos: el primero es la existencia de una falta de creación normativa a pesar de que exista una norma constitucional que de manera clara y precisa establezca la obligación de legislar y el segundo, que esa omisión lesione derechos del quejoso.⁴⁷⁵

Por tanto, cuando no exista un mandato de legislar o bien, esa competencia sea potestativa, la eventual omisión legislativa no tendrá relevancia para el amparo.⁴⁷⁶

Luego entonces, el resultado de este criterio es ambivalente pues por un lado, existen precedentes judiciales que soportan la posibilidad de procedencia del amparo en contra de la omisión del Congreso de la Unión de legislar sobre el

⁴⁷² Ídem, p. 2.

⁴⁷³ Ídem, p. 25.

⁴⁷⁴ Ídem, p. 28.

⁴⁷⁵ Ídem, p. 40.

⁴⁷⁶ Cfr. Tesis 1a. XX/2018 (10ª), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 52, marzo de 2018, tomo I, p. 1100.

control judicial de la detención en materia migratoria, pero también es cierto que la procedencia no es expresa, sino que está sujeta a la interpretación del Tribunal Federal que conozca del amparo, toda vez que el marco de procedencia no está delimitado en la ley, sino en criterios aislados del Poder Judicial Federal.

Por tal razón, desde el criterio más conservador, el proceso de amparo no es un recurso judicial efectivo en contra de las omisiones legislativas, al no existir una procedencia específica.

Pero, ante la falta de una opinión uniforme al respecto y la existencia de casos en los que el amparo sí ha sido efectivo, continuaremos con el resto del test.

b) Titularidad.

Debemos recordar que para que el amparo sea concordante con el recurso judicial efectivo, debe ser universal, esto es que cualquier persona tenga acceso a él y en principio, ese requisito se cumple puesto que la fracción I del artículo 107 constitucional señala que el amparo se iniciará a petición de aquel que aduzca ser titular de un derecho o tener un interés jurídico o legítimo que estime se ve afectado con un acto que violente sus derechos de forma directa o bien, por su posición frente al sistema jurídico.⁴⁷⁷

Sin embargo, el ordenamiento jurídico mexicano ha creado diversos requisitos impuestos a los que decidan interponer una demanda de amparo que fungen como condicionantes de admisibilidad y que la doctrina ha adoptado bajo el título de principios rectores del proceso de amparo.

Sin embargo, a efecto de no hacer cansino este trabajo e incurrir en análisis innecesarios, tan sólo estudiaremos tres de esos principios rectores que se constituyen en requisitos de procedibilidad:

⁴⁷⁷ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit., nota 8, pp. 80 a 85.

- Necesaria instancia de parte;
- Existencia de agravio personal y directo;
- Ausencia de recursos ordinarios o previo agotamiento;

El primero de ellos implica que el amparo no es un proceso que se inicie de oficio, sino que su inicio necesita que sea incoado por aquella persona que afirme resentir un agravio en su esfera de derechos.⁴⁷⁸

Asimismo, es necesario que quien inicie el proceso de amparo afirme resentir un daño, perjuicio, agravio o menoscabo real y concreto en la esfera de sus derechos constitucionales como consecuencia del acto, norma u omisión de la autoridad, ya sea por tener un interés jurídico o legítimo⁴⁷⁹; en el caso concreto de las omisiones legislativas, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente 1359/2015, consideró que incluso basta el interés legítimo colectivo para que una persona pueda controvertir una omisión de ese tipo.⁴⁸⁰

Finalmente, es preciso que, para que sea procedente dicho medio de control judicial, no existan recursos ordinarios por agotar o bien, que el gobernado se ubique en uno de los siguientes supuestos de excepción que excusan su previo agotamiento (excepciones al principio de definitividad⁴⁸¹), tal como que el recurso no pueda nulificar, revocar o modificar el acto reclamado o bien, que dicho recurso requiera más requisitos que el acto reclamado para obtener la suspensión del acto reclamado.

De lo narrado hasta ahora, podremos obtener dos conclusiones; la primera es consecuencia directa de nuestro análisis y es que ninguno de los requisitos incide de forma directa a la acción de amparo en contra de omisiones legislativas y, por tanto, no profundizamos innecesariamente en el análisis de los principios rectores

⁴⁷⁸ Cfr. Silva Ramírez Luciano, op. cit, nota 451. p.p. 309 y 310.

⁴⁷⁹ Ídem, p. 311.

⁴⁸⁰ Cfr. Amparo en revisión 1359/2015, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 2017, pp. 33 a 38, visible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-10/AR-1359-2015-171025.pdf

⁴⁸¹ Para ampliar los conocimientos sobre el tema ver Cfr. Silva Ramírez Luciano, op. cit, nota 451, p.p. 317 y 321.

del amparo; luego entonces, podríamos considerar aprobado este criterio del test de concordancia.

Sin embargo, la segunda conclusión, nos permite advertir algo nuevo a nuestro análisis y es que las características de la suspensión de acto reclamado es una condicionante de efectividad de un recurso, para considerar si debe agotarse o no y sobre este rubro volveremos cuando analicemos el amparo indirecto en contra de las detenciones arbitrarias en materia migratoria.

c) Efectividad.

Sobre este punto, la ley de amparo precisa en su artículo 77 fracción II que los efectos que la sentencia que conceda el amparo respecto de actos negativos será el obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir con lo que este le exige.⁴⁸²

Ahora, es preciso traer a colación lo señalado en líneas previas sobre lo que el Poder Judicial Federal consideraba sobre el rol del principio de relatividad de las sentencias de amparo como impedimento de la procedencia del amparo frente a omisiones legislativas.

Sin embargo, en la multicitada sentencia del expediente 1359/2015, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideró que el amparo era la única forma de mantener un estado de regularidad constitucional y, por tanto, ello implica que los tribunales de amparo deben estar en aptitud de determinar si una omisión legislativa se traduce en una violación de derechos fundamentales y de ser ese el caso, evitar o reparar dichas violaciones.⁴⁸³

Tal es el caso que, en esa sentencia, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió el amparo a la quejosa para el efecto que se precisa

⁴⁸² Cfr. Ley de Amparo, op. cit., nota 460, pp. 26 y 27.

⁴⁸³ Cfr. Tesis 1a.XXII/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 52, marzo de 2018, tomo I, p. 1099.

en la fracción II del artículo 77 de la Ley de Amparo y por consecuencia, se concedió para efecto de que el Congreso de la Unión cumpliera su obligación de legislar y emitiera la ley relativa antes de que finalizara el segundo periodo de sesiones contados a partir de la fecha de emisión de la sentencia; es decir, casi seis meses.⁴⁸⁴

En consecuencia, podemos concluir que, aunque no existe una causal de procedencia expresa en la ley, de admitirse, el proceso de amparo sería un recurso judicial efectivo para combatir la omisión legislativa en cuestión, pues el artículo 77 de la Ley de Amparo, señala claramente cómo deben subsanarse la omisión de la autoridad, sin importar de qué tipo de omisión se trate, pues no se distingue y por tanto, la omisión legislativa cabe en ese supuesto.

Como resultado del test para el amparo en cuanto a omisiones legislativas, podemos considerar que, al día de hoy, la titularidad y efectividad de sus sentencias son concordantes con lo que debería ser un recurso judicial efectivo; sin embargo, en cuanto a su objeto, existen opiniones opuestas.

Por una parte, si consideramos que la procedencia no es expresa contra omisiones legislativas, entonces deberíamos considerar que el amparo no es un recurso judicial efectivo puesto que su admisibilidad queda sujeta al criterio del tribunal y aunque exista el precedente judicial de la sentencia del expediente 1359/2015, eso no garantiza que en casos futuros ese criterio subsista pues no es una norma general de observancia obligatoria.

Sin embargo, consideramos que esta disertación puede y debe quedar superada de forma absoluta con la lectura de la fracción II del artículo 107 de la Ley de Amparo que prevé la procedencia del amparo indirecto en contra de omisiones de autoridades diversas a los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, lo que debe dar paso a que las omisiones de las autoridades legislativas pueden ser objeto de control del amparo indirecto, pues a pesar que no se establece

⁴⁸⁴ Cfr. Amparo en revisión 1359/2015, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 2017, p. 58, visible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-10/AR-1359-2015-171025.pdf

expresamente la figura de omisiones legislativas, dicho artículo no distingue entre tipos de omisiones y por ende, en caso de que surja una interpretación que implique que el amparo no procede en contra de dichas omisiones, debe imperar la que más beneficia a los gobernados y que justifica la procedencia de su acción.

Desde este último punto de vista, el amparo indirecto es un recurso judicial efectivo en contra de la omisión legislativa de desarrollar las normas procesales necesarias para lograr la eficacia del control judicial de las detenciones por motivos migratorios.

4.3.3.2 Efectividad frente a las afectaciones a la libertad personal por motivos migratorios.

Ahora debemos analizar si el amparo es un recurso judicial efectivo en contra de detenciones migratorias y en virtud de ello, analizaremos la eficacia del amparo frente a dichos actos.

a) Objeto.

La fracción IV del artículo 107 de la Ley de Amparo prevé la procedencia del amparo en contra de actos provenientes de autoridades diversas a los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que causen agravio no reparable mediante algún medio de defensa legal agotable⁴⁸⁵. Será agotable un recurso cuando pueda combatir la irregularidad del acto y además que pueda suspender los efectos del acto o bien, que el procedimiento de suspensión no sea más agravado que el previsto en la ley de amparo.

⁴⁸⁵ Cfr. Ley de Amparo, op. cit., nota 460, pp. 33 y 34.

Es decir, la suspensión del acto reclamado es una garantía de eficacia del amparo y, por tanto, para que el proceso de amparo pueda considerarse un recurso judicial efectivo, su suspensión también deberá ser efectiva.

Es preciso señalar que la Ley de Amparo es expresa sobre el control de los actos privativos de libertad sin necesidad de agotar recursos ordinarios en los incisos a) y b) de la fracción XVIII del artículo 61 de la Ley de Amparo, pues prevé la procedencia del amparo en contra de actos que impliquen deportación o bien, medidas restrictivas de la libertad personal.⁴⁸⁶

Por tanto, el amparo cumple con el parte del test al prever como objeto de control, las medidas restrictivas de la libertad personal, entre otras las detenciones por motivos migratorios.

b) Titularidad.

En relación con este criterio de efectividad, el amparo indirecto en contra de detenciones migratorias parece acreditarlo sin mayor reparo, puesto que el artículo 15 de la Ley de Amparo prevé que la demanda de amparo en contra de ataques a la libertad personal podrá ser interpuesta por cualquier persona, cuando el afectado se encuentra imposibilitado para acudir a promover por su propia cuenta; sin perjuicio que posteriormente, se requiera su ratificación.⁴⁸⁷

Asimismo, el artículo 17 de la Ley de Amparo prevé que la oportunidad para presentar la demanda de amparo en contra de las afectaciones a la libertad personal podrá ser en cualquier momento⁴⁸⁸ y, por tanto, no existe un requisito de temporalidad para su procedencia.

Finalmente, por lo que refiere al requisito de procedibilidad de agotamiento previo de recursos ordinarios, tal como se adelantó en el inciso anterior, el supuesto de

⁴⁸⁶ Ídem, pp. 20 a 22.

⁴⁸⁷ Ídem, pp. 6 y 7.

⁴⁸⁸ Ídem, p. 7.

ataques a la libertad personal releva al promovente de la necesidad de emplear esos recursos ordinarios por disposición expresa.

c) Efectividad.

Es preciso señalar que aunque el proceso de amparo procede en contra de la eventual calificación de la detención que se haga en el control judicial, a pesar de ello el amparo no sustituye el control judicial de la detención, pues el *habeas corpus* no sólo es el derecho a recurrir e impugnar la legalidad de la detención por parte de quien la sufre, que daría lugar a un ejercicio potestativo de la calificación de la legalidad, pues en ese supuesto habría detenciones que sí sean revisadas en cuanto a su legalidad y otras no; sino que por el contrario, el *habeas corpus* de la obligación inexcusable de revisar y controlar judicialmente, en todos los casos y sin importar las situaciones fácticas, todas las privaciones de la libertad y también es, el derecho a recurrir esa calificación de legalidad que esta última función deberá ser objeto del amparo.

Por tanto, analizaremos la efectividad del proceso de amparo en cuanto figura revisora del control judicial de las detenciones.

El proceso de amparo tiene la capacidad para anular los actos que afecten la libertad personal, en términos del artículo 77 de la Ley de Amparo, cuyo efecto será restituir al quejoso en el goce del goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación.⁴⁸⁹

En virtud de lo anterior y desde un análisis simple, parecería que basta que el proceso de amparo sea capaz de anular una detención o bien, una orden de deportación, para que se le considere como un recurso judicial efectivo, sobre todo si cumple también con el criterio de titularidad universal.

Sin embargo, en esa pronta respuesta se desconoce un elemento fundamental del amparo indirecto que se erige como criterio de eficacia de un recurso judicial

⁴⁸⁹ Cfr. Ley de Amparo, op. cit., nota 460, pp. 26 y 27.

efectivo en nuestro sistema jurídico por estar expresamente contenido en la fracción IV del artículo 107 de nuestra constitución: la suspensión del acto reclamado como garantía frente a actos de autoridad lesivos. En el caso que no ocupa es esencial saber qué pasa con el derecho transgredido mientras se resuelve el proceso de amparo y cómo se evita que se siga lesionando.

Es importante conocer cómo se evita en el proceso de amparo que el derecho que se afirma transgredido se siga violentando, pues no sería posible afirmar que un proceso es un recurso judicial efectivo si sus efectos son ilusorios por restituir a un gobernado en su derecho, mucho tiempo después que su derecho fue transgredido de forma continúa durante la secuela procesal del amparo.

4.3.3.3 Suspensión efectiva.

La suspensión del acto reclamado tiene la naturaleza jurídica de una medida cautelar⁴⁹⁰, pero hasta antes de la reforma constitucional de fecha 6 de junio de 2011⁴⁹¹ que dio lugar a la promulgación a la Ley de Amparo vigente el 2 de abril de 2013⁴⁹²; la suspensión en amparo únicamente tenía efectos paralizantes de los actos positivos de autoridades; es decir, aquellos que implicaban una acción por parte de una autoridad

En virtud de la reforma referida, se incluyó a la ponderación como un elemento indispensable en el otorgamiento de la suspensión de un acto reclamado que reivindicó a la suspensión, los efectos plenos de una medida cautelar, incluso

⁴⁹⁰ Cfr. Evia Loya, Romeo Arturo, *La suspensión del acto reclamado en amparo*, México, ed. Porrúa, 2018, p. 6.

⁴⁹¹ Cfr. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, visible en http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=5193266&fecha=06/06/2011&cod_diario=237741

⁴⁹² Cfr. Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013, visible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5294184&fecha=02/04/2013

para efecto de anticipar algunos efectos de la sentencia definitiva de amparo⁴⁹³, en aras de asegurar que los efectos de la sentencia de amparo no sean ilusorios.⁴⁹⁴

La suspensión ponderativa implica que la medida cautelar podrá tener efectos paralizantes, constitutivos, restitutorios o positivos.

Por tal razón, necesitamos comprobar si la suspensión que existe en nuestro sistema jurídico es, además de ponderativa, efectiva y por ello, emplearemos los elementos del *test* que ya conocemos.

Es decir, no pretendemos realizar un estudio dogmático de la suspensión del amparo, sino desentrañar la eficacia que brinda al amparo.

a) Objeto.

En términos de la lectura del artículo 126 de la Ley de Amparo, la suspensión en amparo sí tiene como objeto de sus efectos como medida cautelar a los actos que afectan la libertad personal fuera de procedimiento y aquellos que impliquen deportación expulsión y destierro.⁴⁹⁵

Por tal razón, este criterio del *test* es aprobado satisfactoriamente, puesto que es procedente contra las detenciones por motivos migratorios.

b) Titularidad.

Asimismo, en términos de ese mismo artículo, la suspensión que se otorga contra los actos que afectan la libertad personal fuera de procedimiento y aquellos que impliquen deportación expulsión y destierro es oficiosa y de plano.⁴⁹⁶

⁴⁹³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El nuevo juicio de amparo, guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, México, ed. Porrúa, 2014, p. 63.

⁴⁹⁴ Ídem.

⁴⁹⁵ Ley de Amparo, op. cit., nota 460, p. 40.

⁴⁹⁶ Ibidem.

Será oficiosa porque se dicta en casos de urgencia como los descritos y porque no precisa si quiera su solicitud ni está condicionada a las circunstancias particulares de cada caso⁴⁹⁷ y será de plano porque no requerirá de ninguna formalidad especial para su otorgamiento.⁴⁹⁸

c) Efectividad.

Ahora bien, corresponde analizar la efectividad de la suspensión del amparo para averiguar cómo evita que el derecho que se afirma lesionado se siga viendo afectado.

Para realizar un estudio apropiado, es menester precisar dos elementos; el primero es el motivo de la detención para conocer si está deriva de motivos penales o no, o bien, si implica deportación, expulsión o destierro o no y el segundo elemento es el efecto que deberá tener la suspensión en cada supuesto; para tal efecto, proponemos la siguiente tabla que sistematiza las hipótesis y efectos previstos por la Ley de Amparo⁴⁹⁹, para facilitar la comprensión:

Fundamento	Origen de la afectación	Efecto de la suspensión
Artículo 160 de la Ley de Amparo.	Orden de deportación, expulsión o extradición.	Que no se ejecute y el quejoso permanezca en el lugar donde se encuentra, pero a disposición del Juez de amparo por lo que refiere a su libertad personal.
Artículo 161 de la Ley de Amparo.	Orden de traslado de un centro penitenciario a	Que no se ejecute.

⁴⁹⁷ Cfr. Evia Loya, Romeo Arturo, op. cit., nota 490, p. 68.

⁴⁹⁸ Ibidem.

⁴⁹⁹ Ley de Amparo, op. cit., nota 460, pp. 47 y 48.

	otro.	
Artículo 162 de la Ley de Amparo.	Orden de privación de la libertad u orden de no abandonar una demarcación geográfica.	Que no se ejecute o cese inmediatamente, pero el Juzgador puede imponer medidas para asegurar que el quejoso no se evada de la acción de la justicia.
Artículo 163 de la Ley de Amparo,	Afectación de libertad personal dentro de un procedimiento penal.	Poner a disposición del Juez de Amparo al quejoso, por lo que refiere a su libertad personal.
Artículo 164 de la Ley de Amparo, primer párrafo.	Detenciones realizadas por autoridades diferentes al Ministerio Público, con relación a la comisión de un delito.	Se ordenará el cese de la detención, restituyendo la libertad o bien, poner a disposición del Ministerio Público.
Artículo 164 de la Ley de Amparo, segundo párrafo.	Detenciones realizadas por autoridades diferentes al Ministerio Público, sin relación a la comisión de un delito	Poner en libertad al quejoso.

Tal como puede advertirse, la Ley de Amparo da un tratamiento diverso a la suspensión, dependiendo al origen de la afectación a la libertad personal y en consecuencia, prevé una regulación especial para los actos impliquen deportación, expulsión o destierro; es decir, afectaciones a la libertad personal por motivos migratorios pues el artículo 160 de la Ley de Amparo establece que el efecto de la suspensión en esos casos será no se ejecute la orden y que el interesado

quede en el lugar donde se encuentre a disposición del órgano jurisdiccional de amparo, sólo en lo que se refiere a su libertad personal.

De la lectura del párrafo anterior se advierte que el marco jurídico de la suspensión para los casos en que la afectación de la libertad personal derive de una detención por motivos migratoria que haya ocasionado una orden de deportación, se encuentra decrementado y en franca desventaja frente a otras afectaciones de libertad personal, pues el efecto de la suspensión en los casos descritos será que el extranjero permanezca en la estación migratoria durante todo el tiempo que dure el proceso de amparo.

Cabe aclarar que es posible interpretar que está debilidad de la suspensión sólo aplique a los casos en los que ya se haya dictado la orden de deportación y no así en los casos en los que solo se reclame la detención migratoria; pero es necesario considerar que toda detención migratoria implica el riesgo de deportación, pues el alojamiento es una fase del procedimiento administrativo migratorio y que en términos de la consulta número INM/DGCVM/DEM/0284/2019 de fecha 2 de julio de 2019, del periodo comprendido del 2 de abril de 2013 a 12 de junio de 2019; han sido 19,216 las personas a las que se les ha iniciado un procedimiento administrativo para deportación; es decir, que se les consideró extranjeros con situación irregular y fueron exactamente 19,216, las personas que fueron deportadas⁵⁰⁰ y sufrieron el alojamiento en estación migratoria todo el proceso, incluso aquellos que decidieron promover demanda de amparo.

Por tal razón, a nuestra consideración, la suspensión del proceso de amparo, no aprueba el test de efectividad pues si bien es cierto que tiene como objeto el alojamiento en estaciones migratorias; también es cierto que no logra disminuir de forma real los efectos lesivos de la medida pues a pesar que suspende en el papel, los efectos de una orden de deportación, expulsión o destierro, no suspende la afectación que el alojamiento en estaciones migratorias depara al derecho de libertad personal de extranjeros pues respecto a ese derecho, su

⁵⁰⁰ Instituto Nacional de Migración, Atención Solicitud INFOMEX, oficio INM/DGCVM/DEM/0284/2019, 2 de julio de 2019, p.2.

eficacia sólo logra poner a disposición del juez de amparo a la persona pero mantenerlo en dicha estación migratoria.

Luego entonces, consideramos que si el amparo no es capaz de remediar de forma concreta la omisión constitucional del desarrollo del control judicial de las detenciones migratorias y tampoco es capaz de evitar que durante su proceso, la libertad personal se continúe viendo lesionada por una medida cautelar que es notoriamente desproporcional; en consecuencia, consideramos que el proceso de amparo no acredita el *test* de concordancia con el recurso judicial efectivo a que se refiere el derecho fundamental homónimo.

4.4 El papel de los jueces de amparo frente al fenómeno de esta investigación.

Ahora bien, el propósito de este trabajo no sólo es ser crítico y verdugo de nuestra realidad, sino ser propositivo en aras de aportar a la construcción de un mejor escenario jurídico, de forma tal que el proceso de amparo se erija como un verdadero recurso judicial efectivo para los extranjeros que ven afectado su derecho de libertad personal con el alojamiento en materia migratoria, que es una medida que no aprobó el *test* de proporcionalidad; que además no está sujeta a un control judicial de detención y, por si fuera poco, no se ve confrontada por un recurso judicial efectivo.

En virtud de lo anterior, los jueces de amparo tendrán una tarea fundamental al encausar las herramientas normativas y hermenéuticas actuales para potencializar la eficacia del amparo.

Este apartado tiene la intención de proponer soluciones frente a este fenómeno sin emplear reformas constitucionales y legales, sino únicamente haciendo el mejor uso las herramientas actuales de las que goza el juicio de amparo.

Sin embargo, para efecto de partir desde el mismo punto intelectual, debemos asumir ahora tres premisas brindadas por el resultado de esta investigación:

- a) Todas las detenciones por motivos migratorios en México son arbitrarias por carecer de un control judicial inmediato.
- b) El alojamiento en estaciones migratorias es una medida cautelar desproporcional y, por tanto, irregular con el bloque constitucional.
- c) Se debe buscar la máxima eficacia del proceso de amparo pues es una obligación del Estado Mexicano.

4.4.1 El amparo frente a la omisión constitucional de desarrollo del control de la legalidad de la detención por motivos migratorios.

Debemos tener presente que hoy, el marco jurídico de las detenciones y alojamientos migratorios adolece de una grave omisión constitucional pues el legislador omitió desarrollar la normatividad necesaria para materializar el control judicial de las detenciones por motivos migratorios.

Asimismo, debemos tener en claro que, desde una perspectiva restrictiva, la procedencia no es expresa contra omisiones legislativas y que, por esa razón, podría ser cuestionable la efectividad del amparo que su admisibilidad queda sujeta al criterio del tribunal y aunque exista el precedente judicial de la sentencia del expediente 1359/2015⁵⁰¹, eso no garantiza que en casos futuros ese criterio subsista pues no es una norma general de observancia obligatoria.

Por tal razón, el papel de los jueces de amparo será fundamental pues a través de sus precedentes judiciales y sobre todo, a través de su jurisprudencia pueden esclarecer que la admisibilidad del amparo en contra de omisiones legislativas

⁵⁰¹ Cfr. Amparo en revisión 1359/2015, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 2017, p. 58, visible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-10/AR-1359-2015-171025.pdf

encuentra fundamento en la fracción II del artículo 107 de la Ley de Amparo que prevé la procedencia del amparo indirecto en contra de omisiones de autoridades diversas a los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, lo que debe dar paso a que las omisiones de las autoridades legislativas pueden ser objeto de control del amparo indirecto, pues a pesar que no se establece expresamente la figura de omisiones legislativas, dicho artículo no distingue entre tipos de omisiones y por ende, en caso de que surja una interpretación que implique que el amparo no procede en contra de dichas omisiones, debe imperar la que más beneficia a los gobernados y que justifica la procedencia de su acción.

Asimismo, respecto del efecto que deberá tener la sentencia que conceda el amparo, proponemos que se replique la argumentación contenida en la sentencia de amparo dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 1359/2015 mediante el cual se concedió el amparo a la quejosa para el efecto que se precisa en la fracción II del artículo 77 de la Ley de Amparo y por consecuencia, se concedió para efecto de que el Congreso de la Unión cumpliera su obligación de legislar y emitiera la ley relativa antes de que finalizara el segundo periodo de sesiones contados a partir de la fecha de emisión de la sentencia; es decir, casi seis meses.⁵⁰²

4.4.2 El amparo frente a la detención y alojamiento por motivos migratorios.

Podemos ahora tener conceso que el proceso de amparo es capaz de anular una detención o alojamiento por motivos migratorios; sin embargo, la razón de su ineficacia deriva de su incapacidad para garantizar que, durante su tramitación se ejecute una lesión al derecho de libertad personal, pues el artículo 160 de la Ley de Amparo prevé una suspensión del alojamiento, con el efecto de mantener al quejoso en el lugar que afirma estar ilegalmente, pero a disposición del juez de amparo.⁵⁰³

⁵⁰² Cfr. Amparo en revisión 1359/2015, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 2017, p. 58, visible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-10/AR-1359-2015-171025.pdf

⁵⁰³ Cfr. Ley de Amparo, op. cit., nota 460, p. 47.

Es por esa razón, justo por esa ineficacia en su suspensión, que el proceso de amparo no se aprecia como un recurso judicial efectivo para las personas, pues basta atender a la estadística para advertir que, del periodo comprendido entre el 2 de abril de 2013 al 12 de junio de 2019, han sido 876,247 los extranjeros que han sido presentados y alojados en estaciones migratorias en México⁵⁰⁴, pero únicamente se promovieron 4,558 demandas de amparo indirecto contra detenciones, presentaciones y alojamientos en estaciones migratorias, tal como se advierte del oficio número CFJ/SECNO/DGEJ/4046/2019 de fecha 6 de junio de 2019, firmado por el Secretario Técnico Jurídico de la Dirección General de Estadística del Consejo de la Judicatura Federal, emitido en respuesta de la solicitud de información número 0320000309319.⁵⁰⁵

Es decir, es evidente que, en el papel, el proceso de amparo es un recurso judicial efectivo, pero en la práctica, los extranjeros no perciben su efectividad, pues a pesar de que decidas interponerlo y la suspensión sea de plano y oficiosa, lo cierto es que no habrá diferencia porque el extranjero permanecerá en el mismo lugar, en la estación migratoria como consecuencia de una detención arbitraria por no haber sido revisada judicialmente y de un alojamiento que, como medida cautelar, es desproporcional.

Sin embargo, consideramos que esta deficiencia deriva de una confusión recurrente en las resoluciones de los jueces mexicanos de amparo que ha lesionado innecesariamente los derechos de los extranjeros alojados en una estación migratoria, pues se ha considerado que todos los amparos que se promuevan con motivo de un alojamiento en estación migratoria tendrán como consecuencia siempre una suspensión de plano y oficiosa para efecto de que el extranjero permanezca en la estación migratoria a disposición del juez de amparo.

Pero esa sólo es una incorrecta interpretación de los artículos 160 y segundo párrafo del artículo 164, ambos de la Ley de Amparo, pues el primero refiere a un

⁵⁰⁴ Instituto Nacional de Migración, Atención Solicitud INFOMEX, oficio INM/DGCVM/DEM/0284/2019, 2 de julio de 2019, p.2.

⁵⁰⁵ Consejo de la Judicatura Federal, Atención Solicitud INFOMEX, oficio CFJ/SECNO/DGEJ/4046/2019, 6 de junio de 2019, p.5.

acto privativo que de ejecutarse ocasionaría un daño irreparable (orden deportación, expulsión y destierro) y el artículo 164, segundo párrafo, hace referencia a un acto de molestia, consistente en una detención por motivos no penales.⁵⁰⁶

Es decir, proponemos que los jueces de amparo, a través de sus resoluciones y en lo ideal, a través de su jurisprudencia, consideren que, cuando el acto reclamado sea una detención (acto de molestia) realizada por una autoridad administrativa (diversa al Ministerio Público) por motivos migratorios (motivos no penales), el efecto debería ser siempre, restituir a la libertad del extranjero quejoso, conforme al segundo párrafo del artículo 164 de la Ley de Amparo.

Incluso, han existido criterios aislados que refuerzan nuestra postura; por ejemplo, la sentencia dictada en el recurso de revisión número 311/2016 por el Vigésimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el que se sentó como precedente que en los casos en que se reclame la prolongación del alojamiento temporal de un migrante en situación irregular en una estación migratoria, se actualiza la hipótesis del artículo 164 de la ley de amparo, ya que las autoridades migratorias, que tienen dentro de sus atribuciones realizar detenciones con motivo de la irregularidad en el ingreso migratorio, son de naturaleza administrativa y distintas al Ministerio Público; además, esas detenciones no derivan de la comisión de un delito. Por tanto, el efecto de la medida cautelar, cuando proceda, debe ser que el extranjero sea puesto en libertad, pues al no derivar la detención de la comisión de un delito.⁵⁰⁷

Ahora bien, cuando el acto reclamado sea una orden de deportación, expulsión o destierro (acto privativo), conforme al artículo 160 de la Ley de Amparo, el efecto deberá ser, en principio que no se ejecute dicha orden y se mantenga al quejoso en el lugar donde se encuentra, pero a disposición del juez de amparo.

Pero es necesario precisar que, incluso en el segundo supuesto, la permanencia del quejoso no debería ser interpretada de forma literal, pues la Ley de Amparo

⁵⁰⁶ Cfr. Ley de Amparo, op. cit., nota 460, pp. 47 y 48.

⁵⁰⁷ Cfr. Tesis I.20o.A.19, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 52, marzo de 2018, tomo IV, p. 3551.

prevé en su artículo 147 que, atendiendo a la naturaleza del acto reclamado; es decir, previo estudio ponderativo, la suspensión será para efecto que las cosas se mantengan en el estado que guarden y, en los casos que sea posible, jurídica y materialmente, el efecto de la suspensión será restablecer provisionalmente al quejoso en el goce del derecho violado mientras se dicta sentencia ejecutoria en el juicio de amparo.⁵⁰⁸

Es decir, en algunos casos, será posible adelantar los efectos que se buscan con la sentencia de amparo y ello deja una enorme responsabilidad a los Tribunales de amparo para decidir en qué casos debe restituirse provisionalmente el derecho en cuestión, con lo que, los quejosos de una orden de deportación, expulsión o destierro podrían verse restituidos provisionalmente de su libertad.

En virtud de los efectos restitutivos de la suspensión a que hace referencia el artículo 147 de la Ley de Amparo, es posible potencializar la eficacia del amparo, en dos supuestos, de menor a mayor rango de eficacia:

a) Solución a través de la interpretación conforme.

Como mencionamos en el capítulo primero, la interpretación conforme es un criterio hermenéutico que implica la armonización de normas pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico en busca de un dispositivo o criterio que proyecte, amplíe o potencialice de mejor forma el derecho humano en cuestión; es decir, si una norma se advierte irregular por la autoridad, antes de optar de inmediato por su inaplicación, debe echar mano de la argumentación jurídica para forzar la validez de la norma, de tal forma que la cláusula de interpretación conforme obliga al juzgador a construir interpretaciones de una norma para hacer que sea coherente con el bloque de constitucionalidad de tal forma que ello haga armonizar una antinomia, a través del principio pro persona (interpretación

⁵⁰⁸ Cfr. Ley de Amparo, op. cit., nota 460, p. 45.

conforme en sentido amplio), al elegir la norma más favorable o menos restrictiva; o bien, solucionar antinomias o colmar vacíos normativos a través de la construcción de interpretaciones o realización de interpretaciones extensivas o restrictivas de una norma, a efecto de obtener una norma regular constitucionalmente (interpretación conforme en sentido estricto).

La interpretación conforme implica control de constitucionalidad “constructivo” antes que “destructivo”, pues la interpretación conforme no constituye una justificación para anular normas irregulares, sino sólo aquellas que han fracasado a pesar del control constructivo, pues la intención es buscar una fórmula “compatibilizadora”.⁵⁰⁹

Por tal razón, consideramos que la actividad de los jueces de amparo, en los casos que se reclamen ordenes de deportación, destierro o expulsión, deberá ser construir una interpretación del artículo 160 de la Ley de Amparo, a través de modular, manipular, adherir o restar a su contenido lo que sea necesario para lograr su permanencia regular en el sistema jurídico.

De tal forma que, consideramos que en un grado muy básico de mejora al actual sistema de suspensión frente a los casos en cuestión, el juez de amparo podría considerar que la suspensión contenida en el artículo 160 de la Ley de Amparo, por sí sola es insuficiente para garantizar que el derecho que se afirma violentado continúe siendo afectado durante la tramitación del proceso y por tal razón, sería necesario construir un complemento a través de la aplicación del primer párrafo del artículo 147 de la Ley de Amparo que señala que el juzgador puede imponer condicionantes a la suspensión; por ejemplo, medidas cautelares.

Un ejemplo de medida cautelar que el juez de amparo podría imponer al otorgamiento de la suspensión de amparo para conceder de forma provisional la libertad del quejoso, podría ser la contenida en el artículo 162 de la Ley de Amparo que señala que el juez podrá imponer la obligación de presentarse ante la

⁵⁰⁹ Cfr. Sagües, Néstor Pedro, “Doctrina de la interpretación conforme en el ámbito constitucional y sus proyecciones en el control de convencionalidad” en Escalante López, Sonia y otros, *Derecho Procesal Convencional y la Inconvencionalidad*, México, ed. Porrúa, 2016, pp. 111 a 112.

autoridad responsable y ante el propio juez de amparo, tantas veces sea necesario.⁵¹⁰

Inclusive, esta idea se ve reforzada con un precedente judicial, pues en la sentencia del recurso de queja número 81/2014, dictada por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, se consideró que, cuando el acto reclamado consiste en la detención de un migrante por orden de la autoridad migratoria, es legal que el juez de distrito conceda la libertad provisional bajo caución.⁵¹¹

b) Solución a través de la ponderación de la apariencia del buen derecho.

Tal como abordamos en paginas previas, la suspensión en el amparo hoy no sólo es una medida cautelar que evite que los actos positivos continúen afectado a un quejoso, sino que inclusive puede anticipar los efectos finales de la sentencia de amparo, para evitar que un derecho se siga viendo afectado.

En virtud de ello, se incorporó al sistema de suspensión de amparo, a la ponderación de la apariencia del buen derecho como un elemento indispensable en el otorgamiento de la suspensión de un acto reclamado que reivindicó a la suspensión, los efectos plenos de una medida cautelar, incluso para efecto de anticipar algunos efectos de la sentencia definitiva de amparo⁵¹², en aras de asegurar que los efectos de la sentencia de amparo no sean ilusorios.⁵¹³

Luego entonces, a pesar de que en los casos de ordenes de deportación, expulsión y destierro, la ley de amparo prevé expresamente una suspensión oficiosa y de

⁵¹⁰ Cfr. Ley de Amparo, op. cit., nota 460, p. 48.

⁵¹¹ Cfr. Tesis I.9o.P.3 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 16, marzo de 2015, tomo III, p. 2431.

⁵¹² Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El nuevo juicio de amparo, guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, México, ed. Porrúa, 2014, p. 63.

⁵¹³ Ídem, p. 64.

plano, consideramos que ello no obsta que, en su otorgamiento, se realice un estudio ponderativo.

Se afirma lo anterior pues si bien es cierto que el otorgamiento de oficioso y de plano implica que su concesión deberá realizarse sin que medie formalidad o estudio previo; a nuestra consideración, un ejercicio ponderativo el que se analice la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora es permisible porque podría mejorar los efectos de la suspensión en aras de potencializar la eficacia del amparo.

La apariencia del buen derecho es un estudio preliminar, sin prejuzgar el fondo del asunto, en el que se analizan las posibilidades del quejoso para obtener una sentencia favorable y dependiendo de que ello arroje un resultado prospero, se conceda al quejoso una medida cautelar en la que se adelanten los efectos de la sentencia de amparo para impedir un daño que aparentemente no tendría porque sufrir.⁵¹⁴

Dicho lo anterior, el análisis de la apariencia del buen derecho en el caso concreto, debería necesariamente arrojar resultados favorables a los quejosos que reclamen una detención o un alojamiento por motivos migratorios, pues en todos los casos, el juez de amparo podría advertir que la legislación mexicana no prevé un procedimiento de control judicial de las detenciones migratorias y que el alojamiento en si mismo, es regla general en la política migratoria, a pesar que el bloque de constitucionalidad prescribe lo contrario.

En virtud de lo anterior, el juez de amparo a través de la ponderación de la apariencia del buen derecho, podría presumir la arbitrariedad de todas las detenciones por motivos migratorios y la incompatibilidad del alojamiento con el derecho a la libertad personal y en consecuencia, considerar que en todos los casos en lo que un extranjero haya sido detenido por motivos migratorios, deberá concederse la suspensión para efecto de que se restituya al quejoso inmediatamente su libertad personal, sin condicionante alguna.

⁵¹⁴ Cfr. Evia Loya, Romeo Arturo, op. cit., nota 490, p. 6.

Desde luego, consideramos que la fórmula más prudente para asegurar el cumplimiento de las normas en materia migratoria y el respeto al derecho a la libertad personal, sería optar por la solución propuesta mediante la interpretación conforme, en la cual sólo se concediera la suspensión para restituir la libertad de manera caucionada; pero decantarse por esa propuesta sería dejar incólume la terrible ausencia de un control judicial de las detenciones migratorias y la incompatibilidad del alojamiento migratorio con el marco constitucional.

Hasta en tanto no exista un control judicial de ese tipo de detenciones y un análisis de proporcionalidad del alojamiento migratorio antes de su imposición, consideramos que todas las afectaciones por libertad personal por motivos migratorios son inconstitucionales y por tanto, el juez de amparo, en el análisis de la apariencia del buen derecho, deberá siempre otorgar la suspensión para el efecto de restituir inmediatamente la libertad a los extranjeros quejosos.

El jurista Gustavo Zagrebelsky afirmó en su obra más aplaudida que el papel del juez en el siglo XXI no es la misma que antes, pues en esta época el juzgador tiene una responsabilidad enorme al erigirse como garante de la constante tensión entre la justicia y la ductilidad del derecho, quien tiene la capacidad de contribuir a la formación del derecho a través de sus sentencias.⁵¹⁵

4.5 Las obligaciones del Poder Legislativo frente al fenómeno de esta investigación.

De conformidad con los artículos 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵¹⁶ y 2º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁵¹⁷, el Estado Mexicano tiene la obligación de adoptar las medidas legislativas necesaria

⁵¹⁵ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 5ª edición, Madrid, ed. Trotta, 2003, p. 153.

⁵¹⁶ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, op. cit., nota 64, p. p. 669.

⁵¹⁷ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, op. cit., nota 62, pp. 412 y 413.

en el derecho interno para hacer efectivos los derechos contenidos en la Convención.

En virtud de lo anterior, consideramos que sería ideal que existieran reformas legales que ajusten el marco jurídico migratorio actual a los estándares exigidos por el bloque de constitucionalidad.

4.5.1 Ley de Migración.

El texto de la Ley de Migración ha sufrido pocos cambios desde su fecha de promulgación el 25 de mayo de 2011 y esos pocos cambios no han mejorado de forma sustancial las practicas arbitrarias de las autoridades migratorias en perjuicio de los extranjeros.

En virtud de lo anterior proponemos reforma a la Ley de Migración, en tres rubros fundamentales:

- Modificación del marco jurídico del alojamiento como medida cautelar predeterminada e insoslayable en los casos de detenciones migratorias, para efecto de que se establezca que es una medida cautelar, entre otras más y que, en caso de que se considere su imposición, deberá mediar un estudio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad por parte de una autoridad judicial.
- La creación de nuevas medidas cautelares que sean realistas y no ilusorias como las que actualmente prevé la legislación migratoria; y
- Creación del procedimiento de control judicial de las detenciones por motivos migratorios y la autoridad competente, inspirándonos en el actual texto del artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales,

relativo al control judicial de las detenciones que realizan los jueces de control en materia penal.⁵¹⁸

De tal forma que proponemos que se reforme la Ley de Migración y la redacción que proponemos es la siguiente:

Texto actual	Texto propuesto
<p>Artículo 99. Es de orden público la presentación de los extranjeros en estaciones migratorias o en lugares habilitados para ello, en tanto se determina su situación migratoria en territorio nacional.</p> <p>La presentación de extranjeros 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.</p>	<p>Artículo 99. Es de orden público la presentación de los extranjeros en estaciones migratorias o en lugares habilitados para ello, en tanto se determina su situación migratoria en territorio nacional.</p> <p>Toda detención por motivos migratorios, deberá ser materia de control judicial para calificar la legalidad de esta.</p> <p>La presentación de extranjeros 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.</p> <p>El alojamiento sólo podrá ser ordenado por autoridad judicial competente, previo el estudio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.</p>

518

<p>No existe.</p>	<p>Artículo 99 bis. Cuando una persona sea detenida por motivos migratorios, sin demora deberá ser puesto a disposición de un Juez de Control, para que en una audiencia se realice el control de la detención.</p> <p>El Juez le preguntará al detenido si cuenta con defensor y en caso negativo, ordenará que se le nombre un defensor público y le hará saber que tiene derecho a ofrecer datos de prueba.</p> <p>La autoridad migratoria deberá justificar las razones de la detención y el Juez de control procederá a calificarla, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a derecho o decretando la libertad en caso de que se advierta una irregularidad, deberá ordenar la libertad inmediata del detenido.</p> <p>Si la detención es ratificada, el Juez de Control deberá resolver sobre la necesidad de una medida cautelar para asegurar que el detenido no evada la acción de la justicia.</p> <p>Serán aplicables las reglas contenidas en la sección I, del capítulo IV del Código Nacional de Procedimientos Penales, de manera supletoria a esta ley, para el estudio</p>
-------------------	---

	<p>de las medidas cautelares que la autoridad migratoria solicite imponer a extranjeros con motivo de su situación migratoria, en todo lo que no sea contrario a la naturaleza de dicha materia.</p>
<p>Artículo 102. El extranjero sometido a un procedimiento administrativo, a fin de lograr su estancia regular en el país, en lo que se dicta resolución definitiva, podrá:</p> <p>a) Otorgar garantía suficiente y a satisfacción de la autoridad;</p> <p>b) Establecer domicilio o lugar en el que permanecerá;</p> <p>c) No ausentarse del mismo sin previa autorización de la autoridad, y</p> <p>d) Presentar una solicitud con responsiva firmada por un ciudadano u organización social mexicana.</p> <p>La garantía podrá constituirse en póliza de fianza, billete de depósito o por cualquier otro medio permitido por la ley</p>	<p>Artículo 102. El extranjero sometido a un procedimiento administrativo y respecto del cual, el Juez Control considere necesario la imposición de una medida cautelar para asegurar su presencia en el procedimiento, tendrá derecho a que, antes de que se decrete el alojamiento en estación migratoria, se ordene una de las siguientes medidas cautelares:</p> <p>a) Otorgar garantía suficiente y a satisfacción de la autoridad;</p> <p>b) Establecer domicilio o lugar en el que permanecerá;</p> <p>c) No ausentarse del mismo sin previa autorización de la autoridad, y</p> <p>d) Presentar una solicitud con responsiva firmada por un ciudadano u organización social mexicana.</p> <p>La garantía podrá constituirse en póliza de fianza, billete de depósito o por cualquier otro medio permitido por la ley</p>

<p>Artículo 111. El Instituto resolverá la situación migratoria de los extranjeros presentados en un plazo no mayor de 15 días hábiles, contados a partir de su presentación.</p> <p>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:</p> <p>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;</p> <p>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;</p> <p>III. Que exista impedimento para su tránsito por terceros países u obstáculo para establecer el itinerario de viaje al destino final;</p> <p>IV. Que exista enfermedad o discapacidad física o mental médicamente acreditada que imposibilite viajar al migrante presentado, y</p>	<p>Artículo 111. El Instituto resolverá la situación migratoria de los extranjeros presentados en un plazo no mayor de setenta y dos horas, contados a partir de su presentación. Si la autoridad migratoria excede ese plazo sin causa justificada, deberá restituir al extranjero en su libertad personal si este estuviese detenido o alojado en una estación migratoria.</p> <p>El alojamiento en las estaciones migratorias únicamente podrá exceder de quince días hábiles anterior cuando un Juez de Control considere que se actualiza cualquiera de los siguientes supuestos:</p> <p>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;</p> <p>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;</p> <p>III. Que exista impedimento para su tránsito por terceros países u obstáculo para establecer el itinerario de viaje al</p>
--	--

<p>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.</p> <p>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.</p> <p>Transcurrido dicho plazo, el Instituto les otorgará la condición de estancia de visitante con permiso para recibir una remuneración en el país, mientras subsista el supuesto por el que se les otorgó dicha condición de estancia. Agotado el mismo, el Instituto deberá determinar la situación migratoria del extranjero.</p>	<p>destino final;</p> <p>IV. Que exista enfermedad o discapacidad física o mental médicamente acreditada que imposibilite viajar al migrante presentado, y</p> <p>V. (derogado)</p> <p>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 treinta días hábiles.</p> <p>En todos los casos, el Juez de Control deberá analizar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad del alojamiento y la posibilidad de imponer una medida cautelar menos lesiva.</p> <p>Transcurrido dicho plazo, el Instituto les otorgará la condición de estancia de visitante con permiso para recibir una remuneración en el país, mientras subsista el supuesto por el que se les otorgó dicha condición de estancia. Agotado el mismo, el Instituto deberá determinar la situación migratoria del extranjero.</p>
---	--

4.5.2 Código Nacional de Procedimientos Penales.

Finalmente, sugerimos reformas Código Nacional de Procedimientos Penales, para dotar de facultades al Juez de Control ahora también en materia migratoria; la redacción propuesta es la siguiente:

Texto actual	Texto propuesto
<p>Artículo 133. Competencia jurisdiccional Para los efectos de este Código, la competencia jurisdiccional comprende a los siguientes órganos:</p> <p>I. Juez de control, con competencia para ejercer las atribuciones que este Código le reconoce desde el inicio de la etapa de investigación hasta el dictado del auto de apertura a juicio;</p> <p>II. Tribunal de enjuiciamiento, que preside la audiencia de juicio y dictará la sentencia, y</p> <p>III. Tribunal de alzada, que conocerá de los medios de impugnación y demás asuntos que prevé este Código.</p>	<p>Artículo 133. Competencia jurisdiccional Para los efectos de este Código, la competencia jurisdiccional comprende a los siguientes órganos:</p> <p>I. Juez de control, con competencia para ejercer las atribuciones que este Código le reconoce desde el inicio de la etapa de investigación hasta el dictado del auto de apertura a juicio;</p> <p>asimismo, tendrá competencia para el control judicial de las detenciones en materia migratoria y la imposición, modificación y cancelación de medidas cautelares en términos de la Ley de Migración;</p> <p>II. Tribunal de enjuiciamiento, que preside la audiencia de juicio y dictará la sentencia, y</p> <p>III. Tribunal de alzada, que conocerá de los medios de impugnación y demás asuntos que prevé este Código.</p>

4.5.3 Ley de Amparo.

En virtud de las deficiencias actuales de la legislación migratoria; consideramos necesario que la ley de amparo tenga una respuesta que sancione la falta de control judicial de las detenciones materia de nuestro estudio y para tal efecto, realizamos la siguiente propuesta de modificación a la legislación actual:

Texto actual	Texto propuesto
Artículo 160. Cuando el acto reclamado sea la orden de deportación, expulsión o extradición, la suspensión tiene por efecto que no se ejecute y el interesado quede en el lugar donde se encuentre a disposición del órgano jurisdiccional de amparo, sólo en lo que se refiere a su libertad personal.	Artículo 160. Cuando el acto reclamado sea la orden de deportación, expulsión o extradición, la suspensión tiene por efecto que no se ejecute y el interesado quede en el lugar donde se encuentre a disposición del órgano jurisdiccional de amparo, sólo en lo que se refiere a su libertad personal. Sin perjuicio de lo anterior, cuando del informe de la autoridad señalada como responsable se advierta que no fue realizado un control judicial de la detención por motivos migratorios, deberá ampliar los efectos de la suspensión para efecto de ordenar que se restituya al quejoso de manera inmediata en su libertad.
No existe correlativo.	Artículo 160 Bis. En todos los casos en que la detención por motivos migratorios del quejoso haya sido judicialmente calificada como legal y haya sido ordenado el alojamiento en estación migratoria por parte de la

	autoridad administrativa, el juez de amparo deberá realizar un análisis para verificar si, en el caso concreto, el alojamiento es una medida necesaria, idónea y proporcional y para el caso en que no cumpla con esos requisitos deberá hacer cesar de inmediato el alojamiento y ordenar una medida cautelar que se proporcional.
--	--

En virtud de lo hasta ahora expuesto es que consideramos evidentes las deficiencias del actual marco jurídico de las detenciones por motivos migratorios en México, lo que hace que todas las afectaciones a la libertad personal por esos motivos sean necesariamente inconstitucionales.

La realidad jurídica a la que se han enfrentado los extranjeros que han sido detenidos desde el 10 de junio de 2011, fecha de la reforma constitucional que incorporó nuevos elementos al derecho de libertad personal en México; resulta ominosa para un Estado Democrático.

El Estado Mexicano ha consentido que, al menos, del periodo comprendido del 2 de abril de 2013 al 12 de junio de 2019 se hayan efectuado 876,247⁵¹⁹, afectaciones inconstitucionales a la libertad de extranjeros que han fueron detenidos de forma arbitraria y alojados en estaciones migratorias, a pesar de la inconstitucionalidad de dicha medida, en la forma que fue legislada.

Esperamos que esta investigación y nuestras propuestas hagan eco en voces más experimentadas y hagan nido en la mente de intelectuales y expertos en la materia de protección de derechos fundamentales que aporten en la construcción de un mejor escenario jurídico para los extranjeros en México, sobre todo para

⁵¹⁹ Instituto Nacional de Migración, Atención Solicitud INFOMEX, oficio INM/DGCVM/DEM/0284/2019, 2 de julio de 2019, p.2.

aquellos que se encuentran en situaciones de franca vulnerabilidad por razones culturales, lingüísticas, raciales, económicas, de género, de edad, etcétera.

Luigi Ferrajoli afirmó en su obra “Derechos y Garantías” que, en las sociedades democráticas actuales, el concepto de ciudadanía es el último factor de discriminación legitimada y un residuo premoderno de desigualdad personal; en su consideración, esa circunstancia contrasta con la proclamada universalidad e igualdad de derecho; la aspiración debe ser desvincular la efectividad de los derechos fundamentales del concepto de ciudadanía.⁵²⁰ Hacia allá debemos caminar.

⁵²⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi, op. cit., nota 23, p. 117.

Conclusiones.

Para finalizar este trabajo, a continuación, se desarrollan las siguientes reflexiones finales, tomando en cuenta los resultados arrojados por cada capítulo de la investigación; en consecuencia, formulamos las siguientes conclusiones:

1.- Que el actual bloque de constitucionalidad mexicano está integrado por los derechos fundamentales contenidos en la Constitución; los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales de los México sea parte; la interpretación que de esos derechos haga la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su jurisprudencia; las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenen al Estado Mexicano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que no sea parte el Estado Mexicano, pero cuyo contenido sea más favorable para las personas que un criterio jurisdiccional interno o norma interna.

2.- Que la incorporación del principio pro persona, rompió el paradigma del criterio hermenéutico de jerarquía, temporalidad, material o diversos, pues ha sido consagrado como un criterio hermenéutico de aplicación obligatoria y preferente (a otro método de solución de antinomias) para todas las autoridades mexicanas.

3.- Que toda autoridad en México que tenga facultades jurisdiccionales (formales o materiales) está obligada a realizar un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, para buscar la coherencia normativa y protección de los derechos fundamentales.

4.- Que la interpretación conforme en sentido amplio obliga a todas las autoridades del país a partir de una presunción de constitucionalidad y a tratar de hacer compatible la norma en cuestión con el bloque constitucional y la

inaplicación cuando no es posible encontrar una compatibilidad normativa entre la norma irregular y el bloque constitucional.

5.- Que, a partir de la reforma constitucional al artículo 1º constitucional referida, la actividad del juzgador que advierta una norma irregular deberá ser construir una interpretación de la norma de la cual se cuestiona su regularidad, a través de modular, manipular, adherir o restar a su contenido lo que sea necesario para lograr su permanencia regular en el sistema jurídico, antes de optar por inaplicarla.

6.- Que el derecho de libertad se compone de tres derechos con efectos y dimensiones particulares, pero interdependientes y cuya efectividad está interrelacionada: el derecho de libertad física o de no ser privado de ella de forma arbitraria, el derecho de libre elección de residencia y el derecho de libertad de circulación.

7.- Que el derecho de libertad personal vigente se articula de las particularidades que ese derecho tiene en cada fuente normativa que compone en bloque de constitucionalidad.

8.- Que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con el bloque constitucional.

9.- Que las medidas que restrinjan la libertad personal deben ser necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa de la libertad entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.

10.- Que las medidas que restrinjan la libertad personal deben resultar estrictamente proporcionales; es decir, que la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

11.- Que las medidas que restrinjan la libertad personal deben estar contenidas en la ley y perseguir un fin legítimo.

12.- Que las medidas que restrinjan la libertad personal deben ser idóneas, aptas y susceptibles de alcanzar el fin perseguido.

13.- Que las medidas que restrinjan la libertad personal deben ser las menos lesivas entre las alternativas posibles.

14.- Que todas las detenciones deben ser materia de un control judicial de su legalidad.

15.- Que las detenciones y alojamientos por motivos migratorios en México no aprueban el *test* de proporcionalidad, por no ser acreditar el criterio de necesidad, ni de proporcionalidad en sentido estricto.

16.- Que las detenciones y alojamientos por motivos migratorios en México vulneran el núcleo esencial del derecho a la libertad personal.

17.- Que, como consecuencia de la reforma constitucional del 10 de junio de 2019, se incorporó al catálogo de derechos fundamentales, el derecho a un recurso judicial efectivo.

18.- Que el derecho a un recurso efectivo constituye una garantía para asegurar y hacer efectiva la regularidad de las conductas estatales (acciones, omisiones o normas) con los parámetros correspondientes (leyes, constituciones, etc.) y que, a su vez, tiene una subespecie, en el derecho a *habeas corpus*.

19.- El derecho a un recurso efectivo, implica un derecho en sí mismo y la posibilidad de solicitar la revisión de una resolución, pues impone un deber cualitativo y funcional de los mecanismos de impugnación de derecho interno, toda que, para que se considere que un recurso de derecho interno es efectivo, no

basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente eficaz para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos fundamentales y proveer lo necesario para remediarla.

20.- El derecho de *habeas corpus*, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad.

21.- Que la remisión “sin demora” ante el juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales sobre control de la detención, es una garantía que minimiza cualquier tipo de riesgo de violación a los derechos de la persona detenida.

22.- Que las irregularidades en control judicial de la detención transforman a esta en arbitraria, sin importar la causa que la originó.

23.- Que la realización del control judicial de la detención sin demora no está condicionado a condiciones o circunstancias fácticas particulares, sino que es una garantía que siempre debe ser satisfecha en casos de retención o detención por causa de la situación migratoria de una persona.

24.- Que, en caso de detención de una persona por su situación migratoria irregular, la ley deberá prever un plazo máximo de retención que en ningún caso podrá ser indefinido ni tener una duración excesiva, pues la ausencia de límites claros a las facultades de actuación de la autoridad administrativa favorece la prolongación indebida de la detención de personas migrantes transformándola en una medida punitiva.

25.- Que el décimo cuarto párrafo del artículo en 16 constitucional señala que toda detención será materia de control judicial de legalidad de manera inmediata por parte de un Juez de Control; sin embargo, únicamente aplica a las detenciones por motivos penales.

26.- Que, incluso en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales del control de la legalidad de la detención cumpla con las características de imparcialidad e independencia y que cuente con facultades para poner en libertad a la persona si su detención fue ilegal o arbitraria.

27.- Que el control judicial de la detención debe permitir que el detenido pueda comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad.

28.- Que en términos del artículo 7.6 de la Convención, la autoridad que debe resolver sobre la legalidad de la detención o arresto debe ser un juez o un tribunal.

29.- Que, en cada caso concreto, debe analizarse la legalidad de la detención, en el entendido que la detención prevista en la ley debe respetar los requisitos de compatibilidad del fin perseguido con la detención con la Convención; así como, necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida

30.- Que, aunque se dote en la ley a las autoridades migratorias para realizar el control de la detención, al ser autoridades administrativas, ello no cumple con el requisito contenido en el artículo 7.6 de la Convención

31.- El *habeas corpus* no sólo es el derecho a recurrir e impugnar la legalidad de la detención por parte de quien la sufre, pues ello daría lugar a un ejercicio

potestativo de la calificación de la legalidad, toda vez que en ese supuesto habría detenciones que sí sean revisadas en cuanto a su legalidad y otras no; por el contrario, el *habeas corpus* es la obligación inexcusable de revisar y controlar judicialmente, en todos los casos y sin importar las situaciones fácticas, todas las privaciones de la libertad y también es, el derecho a recurrir esa calificación de legalidad.

32.- Que existe una omisión legislativa inconstitucional por falta de desarrollo normativo del control judicial de las detenciones por motivos migratorios.

33.- Que la falta de creación de normas secundarias para definir quién, cuándo y cómo debe realizarse el control judicial de las detenciones por motivos migratorios ocasiona una violación al derecho de libertad personal y de un recurso judicial efectivo.

34.- Que el amparo indirecto es el medio de control constitucional que procede en contra de las afectaciones por motivos migratorios y la omisión legislativa antes referida.

35.- Que el amparo indirecto aprueba parcialmente el *test* de concordancia con el derecho recurso judicial efectivo en cuanto a su titularidad y objeto.

36.- Que el amparo indirecto no aprueba el *test* de concordancia con el derecho a un recurso judicial efectivo en cuanto a la efectividad que prevé para las sentencias en contra de omisiones legislativas.

37.- Que el amparo indirecto no aprueba el *test* de concordancia con el derecho a un recurso judicial efectivo, en cuanto a la efectividad de su suspensión respecto a las detenciones por motivos migratorios, sobre todo cuando media un procedimiento de deportación.

38.- Que de la lectura del párrafo anterior se advierte que el marco jurídico de la suspensión para los casos en que la afectación de la libertad personal derive de

una detención por motivos migratoria que haya ocasionado una orden de deportación, se encuentra decrementado y en franca desventaja frente a otras afectaciones de libertad personal, pues el efecto de la suspensión en los casos descritos será que el extranjero permanezca en la estación migratoria durante todo el tiempo que dure el proceso de amparo.

39.- Que los jueces de amparo tendrán una importante función en la solución del fenómeno materia de estudio, pues a través de la interpretación conforme y la ponderación de la apariencia del buen derecho podrán potencializar los efectos del amparo a través de otorgan una suspensión que adelante los efectos del amparo y restituya a los extranjeros quejosos en su libertad.

40.- Que el Poder Legislativo Federal tiene la obligación de enmendar su omisión y legislar sobre el control judicial de la detención, para definir quién, cómo y cuándo se debe realizar dicho control.

41.- Que todas las detenciones y alojamientos por motivos migratorios, efectuados por el Estado Mexicano, dentro de territorio nacional, desde el 10 de junio de 2011 a la fecha de redacción de este trabajo, han sido arbitrarias e inconstitucionales.

Bibliografía y fuentes de consulta.

I.- Fuentes bibliográficas.

- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ACUÑA ZEPEDA, Manuel Salvador; RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo; SALINAS GARZA, Juan Ángel y SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo (coord.), *Debido proceso*, tomo I, Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- _____, *Debido proceso*, tomo II, Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- _____, *Debido proceso*, tomo III, Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- _____, *Debido proceso*, tomo IV, Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- ALMANZA VEGA, Rigoberto Delfino, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y los nuevos paradigmas del juicio de amparo*, México, ed. Porrúa, 2015.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 13^a edición, México, ed. Porrúa, 1999.
- ASTUDILLO, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, Ciudad de México, ed. Tirant lo Blanch, 2014.
- BÁEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, ed. Porrúa, 2009.
- BAILÓN CORRES, Moisés Jaime y DE PAZ GONZÁLEZ, Isaac (coord.), *Fundamentos axiológicos de los derechos humanos. Órganos constitucionales y supranacionales*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2016.

- BALTAZAR ROBLES, Germán Eduardo, *Controversia Constitucional y Acción de Inconstitucionalidad*, México, Ángel Editor, 2002.
- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, México, 3ª edición, ed. Mc Graw Hill, 2009.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BREWER-CARIÁS, Allan R. y otro, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 45.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de Amparo*, 41ª Edición, México, ed. Porrúa, 2005.
- _____, *Las garantías individuales*, México, 41ª edición, México, ed. Porrúa, 2011.
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *El debido proceso. Una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *El ABC de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad*, México, ed. Porrúa, 2014.
- _____, (coord.), *Argumentación Jurídica, el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4ª edición, México, ed. Porrúa.
- _____ y SALAZAR UGARTE, Pedro (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011
- _____, *Los derechos fundamentales en México*, 3ª edición, México, ed. Porrúa, 2009.
- _____, *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, Centro de Estudios Carbonell, 2014.

- _____, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, ed. Porrúa, México, 2005.
- CARRANCO ZUÑIGA, Joel, *Juicio de amparo, procedencia y sobreseimiento*, 4ª edición, México, ed. Porrúa, 2010.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos Artemio, *¿Detención por motivos migratorios? Respuesta desde los derechos humanos para España y México*, Ciudad de México, ed. Tirant lo Blanch, 2018.
- CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, *Nuevo Juicio de Amparo*, 15ª edición, México, ed. Porrúa, 2015.
- DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, *El parámetro de control de regularidad constitucional en México*, México, ed. Porrúa, 2015.
- DOMÍNGUEZ TREJO, Mario Alberto, *El amparo adhesivo mexicano y su concreción como recurso efectivo*, México, ed. Porrúa, 2016.
- ESCALANTE LÓPEZ, Sonia, ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel, LÓPEZ CASTRO, Martín Ariel y MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, (coord.), *Derecho Procesal Convencional y la Inconvencionalidad*, México, ed. Porrúa, 2016.
- EVIA LOYA, Romeo Arturo, *La suspensión del acto reclamado en amparo*, México, ed. Porrúa, 2018.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente, *El juicio de amparo en la décima época*, México, ed. Porrúa, 2018.
- _____, *El juicio de amparo en la jurisprudencia*, México, ed. Porrúa, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Andrés Ibáñez, Perfecto y Greppi, Andrea (trad.), 4ª edición, ed. Trotta, 1999.
- _____, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Andrés Ibáñez, Perfecto y otros (trad.), 5ª edición, Madrid, ed. Trotta, 2002.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El nuevo juicio de amparo, guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, México, ed. Porrúa, 2014.
- _____ y CARBONELL, Miguel (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, ed. Porrúa, 2007.

- FIX ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, 3ª edición, México, editorial Porrúa, 2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª edición, México, ed. Porrúa, 2015.
- _____, *El debido proceso, Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*, México, ed. Porrúa, 2014.
- _____ y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya, *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- GUDE FERNÁNDEZ, Ana, *El habeas corpus en España, legislación y jurisprudencia*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2008.
- KELSEN, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, Tamayo y Salmorán, Rolando (trad.), México, Centro de Estudios Carbonell, 2017.
- MANSILLA Y MEJÍA, María Elena, *Derecho Internacional Privado*, México, Iure Editores, 2014.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, 1995.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen, *Migraciones Irregulares y derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos (coord.), *El Derecho Humano al Debido Proceso*, Ciudad de México, Editorial Tirant lo Blanch, 2014.
- RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, México, ed. Porrúa, 2009.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, (coord.) *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, 2014.

- SILVA CARREÑO, Jorge Armando, *Derecho migratorio mexicano*, México, ed. Porrúa, 2004.
- SILVA RAMÍREZ, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, 2ª Edición, México, ed. Porrúa, 2010.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Manual del Juicio de Amparo*, 2ª edición, México, ed. Themis, 1994.
- VALENZUELA VILLALOBOS, Williams Eduardo, *Derecho al recurso desde el sistema interamericano a la situación de Chile*, México, ed. Porrúa, 2015.
- VÁZQUEZ, Daniel, *Test de Razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 5ª edición, Madrid, ed. Trotta, 2003.

II.- Fuentes hemerográficas.

- COURTIS, Christian, “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, número 5, ed. Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.
- DÁVILA PÉREZ, Martha Elba, “El derecho a un recurso efectivo. una aproximación teórico-conceptual”, en *Revista de Derecho UNED*, número 17, 2015.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, número 130, enero-abril 2011.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Habeas corpus latinoamericano”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, nueva serie año XXXIV, número 104, mayo-agosto, 2002.

- MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M., “Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos” en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, número 130, enero-abril 2011, p. 409.

III.- Fuentes normativas.

a) Constitucionales.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, México, ed. ISEF, 2010, p. 1.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, México, ed. ISEF, 2018, p. 1.

b) Tratados internacionales.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y CARBONELL, Miguel (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, ed. Porrúa, 2007.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, 2ª edición, ed. Porrúa, 2007.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, 2ª edición, ed. Porrúa, 2007.
- Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, 2ª edición, ed. Porrúa, 2007.

- Convención sobre los Derechos del Niño, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y CARBONELL, Miguel (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, ed. Porrúa, 2007.
- Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, ed. Porrúa, 2007.
- Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, ed. Porrúa, 2007.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y CARBONELL, Miguel (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, ed. Porrúa, 2007.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (comp.), *Compendio de Derechos Humanos*, México, ed. Porrúa, 2007.

c) Decretos.

- Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación.
- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 18 de junio de 2008, en el Diario Oficial de la Federación.
- Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011.
- Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos; se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013.

d) Legislación nacional.

- Código nacional de procedimientos penales.
- Ley de amparo, en *Agenda de Amparo*, México, ed. ISEF, 2018.
- Ley de Migración, en *Agenda de los Extranjeros*, México, 27^a edición, ed. ISEF, 2019.
- Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo del artículo 105 de la Constitución Política de lo Estados Unidos Mexicanos, en *Agenda de Amparo*, México, ed. ISEF, 2018.

IV.- Jurisprudencia y precedentes jurisdiccionales.

a) Jurisprudencia internacional.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores y otra Vs. México*, sentencia excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 26 de noviembre de 2010.
- _____, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 6 de agosto de 2008.

- _____, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 21 de noviembre de 2007.
- _____, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, sentencia excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 16 de noviembre de 2009.
- _____, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de octubre de 2012.
- _____, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, sentencia excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 23 de noviembre de 2009.
- _____, *Caso Rosendo Cantú vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2010.
- _____, *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 7 de septiembre de 2004.
- _____, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 23 de noviembre de 2010.

b) Opiniones consultivas internacionales.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva 18/03, 1 de octubre de 1999.
- _____, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva 21/14, 19 de agosto de 2014.

- _____, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva 16/99, 1 de octubre de 1999.
- _____, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, Opinión Consultiva 8-87, 30 de enero de 1987.
- _____, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de protección*, Opinión Consultiva 25/18, 30 de mayo de 2018, opinión 2, p. 64.

c) Jurisprudencia nacional.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 1359/2015, sentencia de 15 de noviembre de 2017.
- _____, expediente varios 912/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo I, octubre de 2011.
- _____, sentencia ejecutoria de la acción de inconstitucionalidad 24/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, septiembre de 2007.
- Tesis 1a./J. 46/2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XIX, enero de 2004.
- Tesis 1a./J. 2/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro V, febrero de 2012, tomo 1.
- Tesis 1a./J. 18/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, diciembre de 2012.
- Tesis 1a./J. 107/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo II, octubre de 2012.
- Tesis 1a./J. 10/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, febrero de 2014.

- Tesis 1a./J. 11/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo I, febrero de 2014.
- Tesis 1a./J. 22/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, marzo de 2014.
- Tesis 1a./J. 64/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, octubre de 2014.
- Tesis 1a./J. 38/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, mayo de 2015, p.186.
- Tesis 1a./J. 37/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro 42, tomo I, mayo de 2017.
- Tesis 1a./J. 96/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro 48, noviembre de 2017, tomo I.
- Tesis 1a. XIX/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 52, marzo de 2018, tomo I.
- Tesis 1a. XX/2018 (10ª), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 52, marzo de 2018, tomo I.
- Tesis 1a.XXII/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 52, marzo de 2018, tomo I
- Tesis 2a. VIII/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XVII, febrero de 2013, tomo 2.
- Tesis 2a./J. 12/2016, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, febrero de 2016.
- Tesis P./J. 47/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo II, diciembre de 1995.
- Tesis P./J. 40/96, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo IV, julio de 1996.
- Tesis P./J. 17/98, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo VII, febrero de 1998.
- Tesis P./J. 11/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIII, febrero de 2006.

- Tesis P./J. 130/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, diciembre de 2007.
- Tesis P./J. 5/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, noviembre de 2009.
- Tesis P./J. 21/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, tomo I, abril de 2014.
- Tesis P./J. 42/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 25, diciembre de 2015, tomo I.
- Tesis I.20o.A.19, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 52, marzo de 2018, tomo IV.
- Tesis I.9o.P.3 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 16, marzo de 2015, tomo III.
- Tesis VI.1o.A. J/2, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro XI, tomo II, agosto de 2012.
- Tesis VI.2o.P. J/2, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 60, noviembre de 2018, tomo III.
- Tesis VI.2o. J/43, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo III, marzo de 1996.
- Tesis XXII.P.A.20 A, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 57, agosto de 2018, Tomo III.
- Tesis 8º.1 CS, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 41, abril de 2017, tomo II.

V.- Información pública consultada.

- Instituto Nacional de Migración, Atención Solicitud INFOMEX, oficio INM/DGCVM/DEM/0284/2019, 2 de julio de 2019.
- Consejo de la Judicatura Federal, Atención Solicitud INFOMEX, oficio CFJ/SECNO/DGEJ/4046/2019, 6 de junio de 2019.

VI.- Consulta de información disponible en internet.

- Sitio virtual del Semanario Judicial de la Federación:
<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/Tesis.aspx>
- Buscador virtual de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>
- Portal de Boletín Anual de Estadística Migratoria de la Secretaría de Gobernación:
http://portales.segob.gob.mx/es/PoliticaMigratoria/Boletines_Estadisticos
- Portal de internet de la Cámara de Diputados:
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
- Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas:
<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>
- Plataforma Nacional de Transparencia:
<https://www.plataformadetransparencia.org.mx/web/guest/inicio>

Apéndice "A"



**SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN
INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN
UNIDAD DE TRANSPARENCIA**

Ciudad de México a 4 de junio de 2019

"2019, Año del Caudillo del Sur, Emiliano Zapata"

Asunto: Folio número 0411100076219

SOLICITANTE:

Me refiero a su petición, recibida en esta Unidad de Transparencia, por la cual presenta solicitud de acceso a la información con el número de folio INFOMEX 041110076219.

En respuesta a su planteamiento, con fundamento en los artículos 6º de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 1, 2, 3, 61, 123, 125, 130, 134 y 135 de la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública* (LFTAIP) y tercero, octavo, décimo noveno y vigésimo de los Lineamientos que establecen los Procedimientos Internos de Atención a Solicitudes de Acceso a la Información Pública, en vía de notificación hago de su conocimiento el oficio **DGCVM/DRM/INFOMEX/1073/2019** proporcionados por la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración.

**ATENTAMENTE
UNIDAD DE TRANSPARENCIA**


RLLG/zrp/vam





SEGOB

I. M

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN
INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL Y
VERIFICACIÓN MIGRATORIA
DIRECCIÓN DE RESOLUCIONES MIGRATORIAS
OFICIO No. INM/DGCV/DRM/INFOMEX/1073/2019
"2019, Año del Caudillo del Sur, Emiliano Zapata"

Asunto: INFOMEX 0411100076219

Ciudad de México a 03 de Julio de 2019

ROSA LILIANA LEÓN GODINEZ.
TITULAR DE LA UNIDAD DE ENLACE Y ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL
P R E S E N T E:

Hago referencia a la solicitud de acceso a la información con número 0411100076219, recibida a través del Sistema de Atención a Solicitudes de Información (SASI), en la que se pide apoyo para brindar respuesta al requerimiento señalado a continuación:

Descripción

Quisiera respuestas en cifras de las siguientes preguntas:

- 1.- ¿Cuántas personas extranjeras han sido ingresadas como presentadas/alojadas/detenidas, a las estaciones migratorias del país desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta consulta?
- 2.- ¿a cuántas personas se les inició un procedimiento de deportación desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta consulta? (No cuántas fueron deportadas, sino cuántos procedimientos por deportación se sustanciaron).
- 3.- De las personas a las que se les alojó en las Estaciones Migratorias del país y los lugares habilitados para ello desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta solicitud, ¿cuántas personas solicitaron oficios de salida para regularizar su situación jurídica en el territorio nacional?
- 4.- De las personas las que se les alojó en las Estaciones Migratorias del país y los lugares habilitados para ello desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta solicitud, ¿a cuántas personas se les concedieron oficios de salida para regularizar su situación jurídica en el territorio nacional?
- 5.- De las personas las que se les alojó en las Estaciones Migratorias del país y los lugares habilitados para ello desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta solicitud, ¿cuántas personas fueron concedidos en custodia a la representación diplomática del país del que sea nacional, o bien a persona física o institución de reconocida solvencia cuyo objeto esté vinculado con la protección a los derechos humanos desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta solicitud?
- 6.- ¿Desde el 2 de abril de 2013 hasta la fecha de respuesta de esta solicitud, cuántos procedimientos administrativos han sido iniciados por el Instituto Nacional de Migración y sus Estaciones Migratorias como resultado de una revisión o verificación migratoria que arroje la irregularidad de la estancia de un extranjero en el territorio mexicano?



7.- ¿Cuántas personas han sido deportadas del territorio nacional desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta solicitud?

8.- ¿Cuál es el tiempo mínimo que una persona que ha sido alojada, permanece en la estación migratoria, antes de ser deportada o puesta en libertad, desde 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta solicitud?

Al respecto, le comento que se solicitó esta información al área correspondiente, siendo esta la Dirección de Estaciones Migratorias, quien emitió respuesta mediante oficio número INM/DGCVM/DEM/0284/2019, recibido en este enlace el día de la fecha, suscrito por el Director del área mencionada del cual se anexa copia simple para los fines legales a que haya lugar.

Sin otro particular, quedo a sus órdenes y le mando un cordial saludo.

ATENTAMENTE



RODRIGO MONDRAGÓN ISLAS.
ENLACE SUPLENTE DE TRANSPARENCIA EN LA
DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL Y VERIFICACIÓN MIGRATORIA.



SEGOB

I. M

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN
INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL
Y VERIFICACIÓN MIGRATORIA
DIRECCIÓN DE ESTACIONES MIGRATORIAS

"2019, AÑO DEL CAUDILLO DEL SUR, EMILIANO ZAPATA"

OFICIO No. INM/DGCVN/DEM/0284/2019.

Ciudad de México a 02 de julio de 2019

Asunto: Atención Solicitud INFOMEX 0411100076219.

RODRIGO MONDRAGÓN ISLAS.
ENLACE SUPLENTE DE TRANSPARENCIA DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL Y
VERIFICACIÓN MIGRATORIA DEL INSTITUTO
NACIONAL DE MIGRACIÓN.
P R E S E N T E

Hago referencia al oficio No. INM/DGCVN/DRM/INFOMEX/887/2019 de fecha 11 de junio de 2019, mediante el cual, requiere apoyo para brindar atención a la solicitud de información No. 0411100076219, recibida a través del Sistema de Atención a Solicitudes de Información (SASI), misma que se describe a continuación:

" Quisiera respuestas en cifras de las siguientes preguntas:

- 1.- ¿Cuántas personas extranjeras han sido ingresadas como presentadas/alojadas/detenidas, a las estaciones migratorias del país desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta consulta?*
- 2.- ¿a cuántas personas se les inició un procedimiento de deportación desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta consulta?(No cuantas fueron deportadas, sino cuántos procedimientos por deportación se sustanciaron).*
- 3.- De las personas a las que se les alojó en las Estaciones Migratorias del país y los lugares habilitados para ello desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta solicitud, ¿cuántas personas solicitaron oficios de salida para regularizar su situación jurídica en territorio nacional?*
- 4.- De las personas las que se les alojó en las Estaciones Migratorias del país y los lugares habilitados para ello desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta solicitud, ¿a cuántas personas se les concedieron oficios de salida para regularizar su situación migratoria?*
- 5.- De las personas las que se les alojó en las Estaciones Migratorias del país y los lugares habilitados para ello desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta solicitud, ¿cuántas personas fueron concedidos en custodia a la 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 humanos desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta solicitud?*
- 6.- ¿Desde el 2 de abril de 2013 hasta la fecha de respuesta de esta solicitud, cuántos procedimientos administrativos han sido iniciados por el Instituto Nacional de Migración y sus Estaciones Migratorias como resultado de una revisión o verificación migratoria que arroje la Irregularidad de la estancia de un extranjero en el territorio mexicano?*
- 7.- ¿Cuántas personas han sido deportadas del territorio nacional desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta solicitud?*
- 8.- ¿Cuál es el tiempo mínimo que una persona que ha sido alojada, permanece en la estación migratoria, antes de ser deportada puesta en libertad, desde el 2 de abril de 2013 a la fecha de respuesta de esta solicitud? (SIC).*

Al respecto, me permito hacer de su conocimiento que esta Dirección de Estaciones Migratorias como área administradora del Sistema de Control de Aseguramientos y Traslados en Estaciones Migratorias (SICATEM), que es la herramienta informática que facilita el control de los extranjeros que son presentados en las instalaciones del



2019

EMILIANO ZAPATA



Instituto Nacional de Migración, requirió la colaboración de la Dirección General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones del Instituto, para generar los datos solicitados por el peticionario, correspondientes al periodo del 02 de abril de 2013 al 12 de junio de 2019, fecha en que se recibió la solicitud del peticionario.

Se hace la precisión de que la información registrada en el Sistema de Control de Aseguramientos y Traslados en Estaciones Migratorias (SICATEM), es responsabilidad de las Oficinas de Representación del Instituto Nacional de Migración (Delegaciones Federales).

En relación al numeral 1, mediante el cual, el peticionario, desea saber el dato de extranjeros que fueron presentados ante la autoridad migratoria por encontrarse de manera irregular en territorio nacional en el periodo requerido, me permito comentarle que se presentaron 876,247 extranjeros.

Por lo que hace al punto número 2, referente a las personas extranjeras a las que se les inició el procedimiento administrativo migratorio con resolución de deportación, en el periodo requerido es de 19,216 migrantes. Se hace la aclaración que el sistema solamente arroja información del tipo de resolución que recayó al procedimiento administrativo migratorio.

Respecto a los numerales 3 y 4, en los que requiere saber el dato de personas que solicitaron oficios de salida para regularizar su situación jurídica en el territorio nacional, y a cuántos se les otorgaron, le comento que se otorgaron 54,035 a extranjeros. Se hace la aclaración que el sistema solamente arroja información del tipo de resolución que recayó al procedimiento administrativo migratorio.

Referente al punto número 5, en el que el solicitante manifiesta su interés de conocer el dato de personas extranjeras a las que se les dio salida en custodia, le comento que fueron 11,378.

En atención al numeral 6, le comento que 523,190 extranjeros, fueron presentados ante la autoridad migratoria derivado de revisiones o verificaciones migratorias.

Por lo que respecta al número 7, le comento que 19,216 personas extranjeras fueron deportadas del territorio nacional, en el periodo requerido.

Finalmente, en lo que respecta al numeral 8, en el que desea conocer el tiempo mínimo que una persona ha sido alojada en una Estación Migratoria, antes de ser resuelta su situación migratoria, le comento que el tiempo mínimo es de un día.

Sin otro particular, quedo a sus órdenes y aprovecho la ocasión para hacerle llegar un cordial saludo.

ATENTAMENTE.
LA DIRECTORA DE ESTACIONES MIGRATORIAS
DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL Y
VERIFICACIÓN MIGRATORIA DEL
INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN.



Apéndice "B"



Unidad de Transparencia del Consejo de la Judicatura Federal
Secretaría para el Trámite de Solicitudes de Acceso a la Información

"2019, Año del Caudillo del Sur, Emiliano Zapata"

0320000309319 Y ACUMULADA - R

Ciudad de México, a **once de junio de dos mil diecinueve.**

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 61 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y 87 del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece las disposiciones en materia de transparencia, acceso a la información pública, protección de datos personales y archivos, en respuesta a la solicitud citada al rubro, se entrega **la respuesta otorgada por la unidad administrativa requerida.**

Para cualquier duda o aclaración, podrá llamar al teléfono 5449-9500 ext. 1210 o escribir al correo electrónico ricardo.moysen.hernandez@correo.cjf.gob.mx

Atentamente

Secretaría para el Trámite de Solicitudes de Acceso a la Información

Vamos

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL



SECRETARÍA PARA EL TRÁMITE
DE SOLICITUDES DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN

J



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL.
SECRETARÍA EJECUTIVA DE CREACIÓN DE NUEVOS ÓRGANOS.
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA JUDICIAL.

“2019, Año del Caudillo del Sur, Emiliano Zapata”

CJF/SECNO/DGEJ/J/4046/2019.
Ciudad de México, a 06 de junio de 2019.

Lic. Valeria Soberanis Kurczyn
Secretaria para el Trámite de Solicitudes de
Acceso a la Información.
P r e s e n t e

En atención al oficio UT/STSAI/4486/2019-0320000309319 Y ACUMULADA, de tres de los presentes, recibido en esta Dirección General el cuatro posterior, por el que solicita se atienda la petición contenida en éste, me permito informarle que en relación a las preguntas marcadas con el número 1, de una búsqueda realizada a la base de datos del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE), se obtuvieron los resultados que se envían al correo electrónico dtsai@correo.cjf.gob.mx.

Cabe señalar, que los datos proporcionados únicamente tienen carácter informativo, ya que pueden sufrir variación si los órganos jurisdiccionales realizan correcciones o éstas se desprenden de las revisiones periódicas de captura.

Por último, en relación a las preguntas 2, 3, 4 y 5, especificadas en las solicitudes, hago de su conocimiento que en el SISE no se encuentra un documento que contenga archivos con los criterios solicitados, de ahí que **se deben involucrar diversas condiciones técnicas que imposibilitan allegarse de la información en una primer consulta**, por lo que se tendrían que revisar cada uno de los asuntos del conocimiento de los órganos jurisdiccionales, lo cual no se encuentra tutelado por la **Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública**, de acuerdo a lo previsto en el artículo 7, párrafo segundo del **Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se establecen los Lineamientos para Regular el Procedimiento Administrativo Interno de Acceso a la Información Pública, así como el funcionamiento y atribuciones del Comité de Transparencia del propio Consejo**, publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta de junio de dos mil diecisiete.

En consecuencia, esta área administrativa no se encuentra en aptitud de proveer la información en los términos que requiere el solicitante, ya que ello no puede considerarse materia del derecho de acceso a la información, porque lo que en realidad se persigue es generar un documento o informe *ad hoc*, del cual esta unidad administrativa no tiene la obligación normativa, de conformidad con el artículo 128 y párrafo cuarto del 130 de la citada ley de transparencia, así como el diverso 129 de la **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública** y el 26 del **Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal**, publicados en el Diario Oficial de la Federación el cuatro de mayo de dos mil quince y el dos de abril de dos mil cuatro, respectivamente.

Resulta orientador el criterio 2/2013, emitido por el Comité de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (actualmente Comité de Transparencia del Consejo de la Judicatura Federal), donde se sostuvo en esencia, que si en una solicitud de acceso el particular requiere generar un pronunciamiento o informe *ad hoc* resulta improcedente, porque ello no puede considerarse materia del derecho de acceso a la información; que dice:

"IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD. SE ACTUALIZA SI EL PARTICULAR NO REFIERE DE MANERA ESPECÍFICA A QUÉ DOCUMENTOS LE INTERESA TENER ACCESO Y LO QUE REQUIERE DEL SUJETO OBLIGADO, ES GENERAR UN PRONUNCIAMIENTO O INFORME AD HOC. De los artículos 1, 2 y 6, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, así como de los diversos 1, 4 y 5, del Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, se aprecia que, en principio, toda la información gubernamental bajo el resguardo de los sujetos obligados es pública y los particulares tendrán acceso a ella con las salvedades que establece la ley; asimismo, que aquellos tienen como principal objeto garantizar el derecho de toda persona para tener dicha información gubernamental, entendiendo por información, la contenida en los documentos que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven por cualquier título. Así, de conformidad con lo establecido en el numeral 3, fracción III, de la ley de la materia, documento es el soporte físico de cualquier naturaleza en el que se plasma la información y que registra el ejercicio de las facultades o la actividad de los sujetos obligados y sus servidores públicos, sin importar su fuente, fecha de elaboración o el medio en que se encuentren, ya sea escrito, sonoro, visual, electrónico, informático u holográfico. Y en términos del diverso 42 de la propia ley, los sujetos obligados sólo están constreñidos a entregar documentos que se encuentren en sus archivos. De lo anterior se colige que el objeto del derecho de acceso no es la información en abstracto, sino los documentos que consignan



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL.
SECRETARÍA EJECUTIVA DE CREACIÓN DE NUEVOS ÓRGANOS.
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA JUDICIAL.

dicha actividad. De ahí la obligación que existe para las autoridades de documentar sus tareas. Ahora bien, si en una solicitud de acceso, el particular no refiere de manera específica a qué documentos le interesa tener acceso, sino que, por el contrario, solicita que el órgano jurisdiccional o unidad administrativa 'le informe' sobre diversas cuestiones, ello no puede considerarse materia del derecho de acceso a la información, porque lo que en realidad se persigue es generar un pronunciamiento o informe ad hoc.


Clasificación de información 10/2013, derivada de la solicitud presentada por Manuel Delgadillo Iniestra.- 9 de mayo de 2013.- Unanimidad de votos. Integrantes del Comité de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, presidente licenciado Luis Manuel Fiesco Díaz, Coordinador para la Transparencia, Acceso a la Información y Archivos; magistrado Edwin Noé García Baeza, secretario Ejecutivo de Carrera Judicial, Adscripción y Creación de Nuevos Órganos y el licenciado Miguel Francisco González Canudas, director General de Asuntos Jurídicos. Secretaria Técnica: Silvia Gabriel Reyes Mancera".

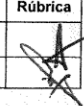
Robustece lo anterior, el criterio 3/2017, emitido por el Instituto Nacional de Transparencia Acceso a la Información Pública y Datos Personales, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente:

"NO EXISTE OBLIGACIÓN DE ELABORAR DOCUMENTOS AD HOC PARA ATENDER LAS SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. Los artículos 129 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y 130, párrafo cuarto, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, señalan que los sujetos obligados deberán otorgar acceso a los documentos que se encuentren en sus archivos o que estén obligados a documentar, de acuerdo con sus facultades, competencias o funciones, conforme a las características físicas de la información o del lugar donde se encuentre. Por lo anterior, los sujetos obligados deben garantizar el derecho de acceso a la información del particular, proporcionando la información con la que cuentan en el formato en que la misma obre en sus archivos; sin necesidad de elaborar documentos ad hoc para atender las solicitudes de información".

Sin otro motivo, le expreso las seguridades de mi atenta consideración.

Atentamente


Lic. Christian D. Amézquita González
Secretario Técnico Jurídico de la
Dirección General de Estadística Judicial

Actividad	Nombre del Servidor Público	Cargo	Rúbrica
Revisó:	Lic. Ariadna Miranda González	Directora de Área	
Elaboró:	Alfonso José Sánchez Alcántara	Jefe de Departamento	

Volante 6758/2019
Con Anexo

**PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA JUDICIAL**

JUICIOS DE AMPARO INDIRECTO DEL CONOCIMIENTO DE LOS JUZGADOS DE DISTRITO DE LA REPÚBLICA MEXICANA, DONDE EL INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN O SUS ESTACIONES MIGRATORIAS FUERON SEÑALADOS COMO AUTORIDADES RESPONSABLES Y EL ACTO RECLAMADO SE HIZO CONSISTIR EN LA DETENCIÓN, PRESENTACIÓN O ALOJAMIENTO A ESTACIÓN MIGRATORIA

DEL 3 DE ABRIL DE 2013 AL 6 DE JUNIO DE 2019

Número de juicios	4,558
--------------------------	--------------

Fuente: Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes, información recabada por esta Dirección General de Estadística Judicial al 6 de junio de 2019, cifras que pueden variar de acuerdo con la captura y modificaciones que realiza el personal de los órganos jurisdiccionales.