

En respuesta a su atento comunicado en el cual se me hizo una amable invitación para formular observaciones sobre la petición a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realizada por los Ilustrados Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, con el fin de que se

“determin[e] con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.”

De acuerdo a la petición, los comentarios tendrían que avocarse exclusivamente a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), así como de aquellas convenciones especiales que así se hayan reconocido, como es la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Lo anterior, puesto que la CADH sitúa expresamente la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CoIDH) a estos instrumentos. Sin embargo, para enriquecer la opinión, se hace referencia a otras fuentes de derecho internacional con el fin de nutrir y armonizar los comentarios, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración de Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DDDH), tratados del sistema universal, interamericano y europeo, doctrina, entre otros instrumentos.

Sin embargo, para comentar esta solicitud de opinión presentada por los países miembros del Mercosur, estimo oportuno ubicar el marco jurídico internacional aplicable a los derechos de la niñez migrante.

Hay tratados que tienen como objetivo principal la protección y garantía de los derechos humanos. No obstante, también hay tratados que aunque no sea éste su fin principal, si son de interés en razón de que contienen normas que promueven y garantizan los derechos humanos.

Dentro del sistema universal, se han identificado normas aplicables a la niñez migrante, en los siguientes tratados:

- Convención sobre los Derechos del Niño
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
- Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores,
- Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños
- Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire
- Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación (No. 182)
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

En tanto, en el sistema interamericano, se ubicaron los siguientes tratados:

- Convención Americana de Derechos Humanos
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

Migración y derechos humanos

La migración es un fenómeno complejo cuyo origen obedece tanto a cuestiones históricas, como sociales, culturales y económicas. En este sentido, los procesos de colonización y descolonización que caracterizaron los siglos XIX y XX, devinieron en una constante migración irregular, desde los países más pobres hacia los países más ricos, para alejarse de los efectos colaterales de estos y otros sucesos, como son la pobreza, la falta de empleo, las guerras y los conflictos armados internos. Por otra parte, se prevén flujos migratorios por razones ambientales, como son la carencia de agua potable y el cambio climático. En todo ello, existe sin embargo, un común denominador que es la corresponsabilidad de la comunidad internacional.

En este sentido, la criminalización de la migración es incorrecta; aunque lamentablemente es una realidad. Prueba de ello, es el endurecimiento de las políticas migratorias de los Estados Unidos y los países miembros de la Unión Europea, principalmente. Tal es caso de la llamada Ley Arizona o la expulsión masiva de gitanos rumanos; hechos que han sido duramente criticados por especialistas de alto reconocimiento.

Los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes

La problemática de la migración que nos ocupa, se contextualiza en una situación de irregularidad. La migración ilegal coloca a las personas migrantes en

un estado de riesgo, vulnerabilidad o desventaja, que se potencializa bajo ciertas hipótesis. Para los Estados surgen obligaciones de especificidad cuando quienes migran son niñas, niños o adolescentes (NNA), particularmente cuando no están acompañados. Hay que tener presente que existe el deber de respetar la vida, en este orden de ideas, hay que atender las necesidades específicas de las mujeres embarazadas y de las mujeres que dan a luz en el tránsito o destino migratorio, esto de conformidad con el artículo 4.1 de la CADH.

Ahora bien, es importante puntualizar que el flujo migratorio se da en ámbitos transnacionales y nacionales, éstos últimos son conocidos como desplazamientos internos. En este proceso, las NNA pueden estar involucrados con la comisión de delitos, ya sea como víctimas, como probables responsables o una combinación de ambas. En este proceso, se distinguen tres etapas:

1. La salida del lugar de origen
2. El desplazamiento
3. La detección

Otro fenómeno estrechamente vinculado con la migración, es la trata de personas, que de acuerdo con el artículo 3° del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, se refiere a la *captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo al uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra para propósitos de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.*

La trata de personas es un fenómeno bastante complejo de por sí, pero no es la única dificultad por la que puede atravesar un NNA migrante. Tampoco se

puede hablar de un catálogo sobre las dificultades que puedan atravesar las NNA migrantes. Las particularidades requieren considerar otras cuestiones políticas, sociales, económicas, culturales, religiosas, étnicas, sexuales, lingüísticas, de edad, entre muchas otras. El punto es buscar la igualdad dentro de la diferencia y atender a sus requerimientos como personas sujetas de derechos. Las NNA no son iguales entre sí, requieren de una atención personalizada, sobre la base del respeto a su dignidad y a su cultura. Para identificar estas necesidades es menester un cauteloso estudio individualizado de carácter físico y psicológico, por personal especializado y comprometido con los derechos de la niñez, en las instalaciones adecuadas y en un ambiente que le brinde confianza y seguridad, lo cual podría llevar tiempos inesperados.

Además es importante llevar a cabo una minuciosa investigación respecto a la situación de cada niña, niño o adolescente migrante, sobre la base de la objetividad, antes de definir su estatus o dictaminar su situación. Se desconoce las razones de su migración, y la situación de su familia, así como las implicaciones y riesgo que conlleva.

Es necesario que se les informe sobre sus derechos y de la protección internacional que les corresponde en un lenguaje comprensible bajo sus condiciones de madurez, así como de los procedimientos a seguir y sus consecuencias.

La CADH y la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano reconocen el derecho a la vida (art. 4 CADH y art. 1 DDDH), a la integridad personal, que incluye la prohibición de la tortura, penas o tratos crueles inhumanos o degradantes (art. 5 CADH), a la libertad y a la seguridad de las personas (art. 7 CADH y art. 1 DDDH); el derecho a la protección a la honra y a la dignidad (art. 11 CADH); el derecho a las garantías judiciales (art. 8 CADH) y a la protección judicial (art. 25 CADH); el derecho a la constitución y protección de la familia (art. 17 CADH y art. 6 DDDH); el derecho a la circulación, a la residencia

(art. 22 CADH) y al tránsito (art. 8 DDDH); el derecho de protección contra la detención arbitraria (art. 25 DDDH); el derecho de asilo (art. 27 DDDH). Asimismo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura refiere que no se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente (art. 13). Todos estos derechos enunciados y otros más, son reconocidos a todas las personas, bajo el principio de la no discriminación.

Estos derechos también son reconocidos y deben ser garantizados a las NNA, en tanto que son sujetos de derecho como personas, además de las medidas especiales de protección que les corresponden por parte de su familia, la sociedad y el Estado, por su condición infantil, que implica una etapa de crecimiento, formación y desarrollo físico, psicológico y social; antes que migrantes son NNA.

Ciertamente, el derecho de las niñas, niños y adolescentes a la protección en su condición de menores por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, contemplada en el artículo 19 de la CADH, así como la protección de la familia por parte de la sociedad y del Estado como elemento natural y fundamental, consagrado en el artículo 17 de la CADH, debe garantizarse sin ninguna discriminación, según lo dispone el artículo 1° de la misma Convención.

Se ha detectado que las NNA pueden ser víctimas potenciales de trata de personas, ya sea con carácter sexual, laboral o de tráfico de órganos, o bien ser utilizados, inducidos o involucrados en la comisión de delitos. Estas implicaciones pudieran perturbar la prevalencia del interés superior de la infancia al momento de la interpretación correspondiente, por lo que hay que tener especial cuidado y análisis en la situación particular de las NNA, pues antes que migrantes son infantes.

Las NNA pueden sufrir accidentes, estar expuestos a la realización de trabajos forzados o en condiciones de riesgo de enfermedad o muerte, lo que provoca que no disfruten de sus derechos a la alimentación y a la vivienda, a la salud, a la educación y a la recreación, entre otros derechos. En general, la situación de vulnerabilidad de las NNA migrantes se debe a que son infantes, a su condición de ilegales y a su condición de migrantes.

Niñez migrante y familias

En América Latina y en el mundo, las familias son tan diversas como la sociedad misma. En nuestra región convergen familias indígenas, judías, católicas, menonitas, mestizas, monoparentales, biparentales, ensambladas, y un sinfín de condiciones y características, que complejizan su catalogación. Todas estas familias, tienen características y necesidades particulares a las que hay que responder. En el caso de las familias migrantes, no sólo poseen esta característica, sino que el fenómeno ha dado lugar a familias que no responden la visión de la familia nuclear. En este sentido, se hace fundamental considerar además del vínculo sanguíneo, el vínculo afectivo.

Por razones naturales, el primer contacto físico de cualquier ser humano inicia con su madre biológica, luego se extiende a otras personas humanas. Este primer círculo de vinculación que tendría que estar destinado a atender las necesidades básicas, materiales y emocionales y a perpetuar el orden social, podría considerarse como la familia primaria. No obstante, este vínculo originario no siempre se consolida como una relación familiar estable por varias razones. De este modo, nos enfrentamos a múltiples realidades, así se pueden encontrar casos tan diversos que implican la separación de un hijo o una hija de sus padres y/o madres biológicos.

Garantías de debido proceso

La CADH reconoce 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, previamente establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella; o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Además refiere que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no sea establecida legalmente su culpabilidad; en este orden de ideas, reconoce el derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; la comunicación al inculcado de manera previa y detallada respecto a la acusación formulada; el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa; el derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por el defensor de su elección y de establecer comunicación con él libremente y en privado; el derecho a contar con un defensor proporcionado por el Estado, si no se defiende por sí mismo, ni nombra a un defensor dentro del plazo establecido; el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y obtener la comparecencia de testigos, peritos u otras personas que puedan esclarecer los hechos; el derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; el derecho a recurrir el fallo ante un juzgado o tribunal superior.

Todos estos derechos corresponden a las NNA, porque son personas sujetas de derechos, además de la especial protección que se les debe en razón de su desarrollo físico, social, psicológico, emocional. Los procedimientos migratorios no son procedimientos penales, pero sí son administrativos, y sí podrían vincularse con cuestiones de orden criminal, tanto en el carácter de víctimas, como de presuntos responsables de delitos.

En este contexto, los derechos al debido proceso deben ser respetados y analizarse desde la perspectiva de las particulares condiciones de las NNA. Es importante que estén acompañados por su padre, madre o tutor.

También la CADH señala que la confesión del inculpado sólo es válida sino media ninguna coacción de cualquier naturaleza, reconoce que el inculpado que sea absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos; y finalmente, el proceso reconoce la publicidad de los procesos, excepto cuando sea necesario preservar los intereses de la justicia.

Ahora bien, para efectos de tratar y velar por estos derechos tratándose de NNA, se hace necesario distinguir a las NNA migrantes ilegales, de las NNM ilegales que: a) presuntos responsables de un delito, y b) son víctimas de delitos.

Esto toma relevancia en virtud de que su estado de vulnerabilidad como infantes migrantes ilegales, puede potencializarse por la condición de presuntos responsables de un delito o de víctimas. O bien otras condiciones, como el hecho de no estar acompañados o demás circunstancias culturales, lingüísticas, de género, sociales, físicas, psicológicas, u otras que pudieran presentarse. Sin embargo, como se ha enfatizado con anterioridad, debe partirse del hecho que antes que nada son infantes, después pueden ser migrantes, ilegales o presuntos responsables, pero en todo caso debe prevalecer el interés superior de la infancia. Si las NNA no viajan con su padre, madre o tutor, debe procurársele un tutor legal para salvaguardar su interés superior.

Retención

En el reporte Doc. 12539 del 21 de marzo de 2011, sobre los problemas vinculados con la llegada, estancia y retorno de niños no acompañados en Europa, la Comisión de Migraciones, refugiados y de población, de la Asamblea

Parlamentaria del Consejo de Europa, se determinó que la retención a NNA no debe ser tolerada, ni admitida. Ésta debe ser un último recurso, y en todo momento, debe procurarse su sustitución por medidas más adecuadas, como la colocación en una familia para cubrir sus necesidades (v. art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño), por el tiempo que sea requerido, o en su caso de ser alojados en albergues estos deben contar con las instalaciones adecuadas, además deben estar separados de los adultos.

Esto puede ligar e ilustrar una interpretación de lo dispuesto los artículos 5, 7, 11, 19 y 22 de la CADH. Los daños ocasionados a las NNA con una retención pueden tener efectos traumáticos. Por ello, deben reconocerse y respetarse de manera integral los derechos de las y los infantes reconocidos por la CADH vinculándolos a un proyecto de vida y no por una solución inmediata, en el que prevalezca el interés superior del infante, para esta definición es fundamental el parecer de las NNA.

Igualmente, es conveniente analizar la CADH a la luz de lo dispuesto por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su recomendación 1985 del 7 de octubre de 2011, sobre la no retención de niños migrantes sin papeles y proteger su libertad bajo los principios que a continuación se enumeran:

1. Un niño nunca debe ser retenido. En la eventualidad de que se tenga que considerar la retención, siempre debe prevalecer el interés superior de la niñez;
2. Cuando excepcionalmente ésta se haga necesaria, la retención deberá estar previamente establecida por la ley, en la que además tendrá que contemplarse el cumplimiento de medidas de protección jurídica y de los recursos judiciales necesarios; la retención será una medida en última instancia, y sólo después de examinar todas las alternativas a la retención;
3. Toda retención debe ser lo más breve posible, y ésta debe llevarse a cabo en instalaciones adecuadas a la edad del niño o la niña, así como poner a disposición actividades y asistencia educativa apropiadas.

4. Si la retención se lleva a cabo, ésta debe ser en instalaciones distintas a la de las personas adultas, o bien, en instalaciones adecuadas para recibir a infantes con sus padres u otros miembros de su familia; en ningún caso, el infante debe ser separado de sus padres, salvo circunstancias excepciones.
5. Los infantes no acompañados nunca deben ser arrestados.
6. En ningún caso, un niño debe ser privado de su libertad en razón de su estatus migratorio, y jamás bajo el carácter de sanción.
7. Si existe una duda en cuanto a su edad, debe concederse el beneficio de la duda.

Reflexión final

Las niñas, niños y adolescentes migrantes son personas sujetas de derechos, que en razón de su estado natural de formación, requieren de protección especial, lo cual no debe trasgredir su esfera de derechos humanos bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

La prevención, investigación, sanción, y en su caso, reparación de las violaciones a los derechos humanos, por parte de las autoridades de cada Estado, es un deber, que debe comprenderse bajo el principio *pro persona* y del principio del interés superior de la infancia., especialmente tratándose de personas en estado de vulnerabilidad, que puede verse potencializada por diversos factores tratándose de NNA migrantes.

Fuentes de consulta

Reps, Mailis, Reporte Doc. 12539 (2011), Problemas vinculados a la llegada, estancia y retorno de la niñez no acompañada en Europa, Comisión de migraciones, refugiados y población del Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Recomendación 1985 (2011), Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 7 de octubre de 2011.

Niños, niñas y adolescente migrantes centroamericanos en las poblaciones del sur de México, Estudio México, OIM, 2010.

Gallo, Karla, Niñez migrante en la frontera norte: Legislación y procesos, DIF-UNICEF, México, 2004.

Convención sobre los Derechos del Niño

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los
Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la
Mujer

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de
Discriminación Racial

Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores

Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente
Mujeres y Niños

Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire

Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción
Inmediata para su Eliminación (No. 182)

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o
Degradantes

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia
contra las Mujeres

Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO



**OBSERVACIONES ESCRITAS A LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA
SOBRE NIÑEZ MIGRANTE ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

SUPERVISIÓN, COORDINACIÓN Y ELABORACIÓN:
Dr. Ruperto Patiño Manffer
Dra. Alma de los Ángeles Ríos Ruiz
Mtra. Julieta Morales Sánchez

Ciudad Universitaria, México, D. F., febrero de 2012.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO



CORTE I.D.H.
02 MAR 2012
RECIBIDO

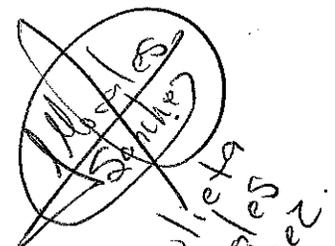
**OBSERVACIONES ESCRITAS A LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA
SOBRE NIÑEZ MIGRANTE ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

SUPERVISIÓN, COORDINACIÓN Y ELABORACIÓN:

Dr. Ruperto Patiño Manffer
Dra. Alma de los Ángeles Ríos Ruiz
Mtra. Julieta Morales Sánchez


Alma de los Ángeles Ríos Ruiz


Dr. Ruperto Patiño Manffer


Julieta Morales Sánchez

Ciudad Universitaria, México, D. F., febrero de 2012.

**OBSERVACIONES ESCRITAS A LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA
SOBRE NIÑEZ MIGRANTE PRESENTADAS POR LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO¹**

Se considera que uno de los principios fundamentales que deben guiar la actuación estatal, en todos los ámbitos y niveles de gobierno, es el del interés superior de las niñas y niños.

A este respecto, el inciso 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH o Corte Interamericana) ha determinado, en la Opinión Consultiva OC-17/2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002, que "la expresión 'interés superior del niño' consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño... Los Estados parte en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño".

En México, la Suprema Corte de Justicia mexicana entiende por interés superior "el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social".²

Por tanto, "el interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos".³ Así, "la protección al interés superior de los niños y las niñas consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un principio que exige su cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles de gobierno y ámbitos competenciales".⁴

¹ A nombre de la Facultad de Derecho de la UNAM presentan: Dr. Ruperto Patiño Manffer, Dra. Alma de los Ángeles Ríos Ruiz y Mtra. Julieta Morales Sánchez.

² *Interés superior del menor. Su concepto.* Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXIII, Marzo de 2011, p. 2188, tesis I.5o.C. J/16, Jurisprudencia.

³ *Interés superior del menor. Alcances de este principio.* Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXIII, Marzo de 2011, p. 2187, tesis: I.5o.C. J/14, Jurisprudencia.

⁴ *Interés superior del niño tratándose de la adopción por matrimonios entre personas del mismo sexo.* Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXIV, Agosto de 2011, p. 872, tesis: P./J. 13/2011, Jurisprudencia.

Ahora bien, en torno al principio de última ratio de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando estén involucrados niños y niñas, así como las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan la libertad personal de este grupo de personas, son relevantes las opiniones vertidas por el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes.

En su Informe 2010, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante, señaló que existe una tendencia creciente “a la penalización de la migración irregular... durante todas las etapas del proceso migratorio” y reveló los peligros del “uso desproporcionado del sistema de justicia penal para administrar la migración irregular”.⁵

El mismo informe del Relator enfatiza que las causas básicas de la migración irregular no se resuelven recurriendo a su penalización. Así:

La migración irregular es un fenómeno complejo con causas múltiples y relacionadas entre sí, que están estrechamente vinculadas a tres importantes mecanismos de activación: la existencia de controles cada vez más restrictivos en algunos países de destino, así como restricciones a las vías legales de la migración (incluida la reunificación de familias); un aumento del desempleo y la exclusión social en algunos países de origen, junto con crecientes disparidades estructurales dentro de los países y entre ellos; y factores de atracción en países de destino, en particular la mayor demanda del sector no estructurado del mercado laboral, que es endógeno de los países de destino. El Relator Especial opina que *la migración irregular es el resultado de una interacción de factores en los países de origen y de destino* y que, por lo tanto, la gestión de la migración irregular es una *responsabilidad compartida*...⁶

El Relator Especial “lamenta profundamente que en muchos países los procedimientos de inmigración incluyan de ordinario la detención como la medida provisional principal, o incluso la única, para asegurar la eficacia del control de la migración. La detención se utiliza también como medida de disuasión para impedir la llegada de nuevos migrantes o personas que solicitan asilo. A su juicio, esos objetivos no pueden justificar el uso difundido y creciente de la detención de inmigrantes y los Estados, por el contrario, deberían abolirla progresivamente”. Esto debe ser aún más enfático en el caso de niñas y niños.

Preocupa además que, en algunos casos, la detención de inmigrantes “imita a la detención penal y se aplica sin supervisión judicial, lo cual está en clara contradicción del derecho internacional y las normas internacionales de derechos humanos”.⁷

En el Informe 2010 del Relator también se enumeran una serie de ejemplos de buenas prácticas y alternativas a la penalización de la migración irregular, entre las que se encuentran:

⁵ A/65/222, Asamblea General, 3 de agosto de 2010, Informe Relator, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/474/91/PDF/N1047491.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 10 de enero de 2012).

⁶ Énfasis agregado. *Idem*.

⁷ Además agrega que preocupan “las leyes y prácticas de detención arbitraria relacionada con la migración y por la ausencia general de la aplicación de garantías procesales y judiciales, y lamenta que en algunos casos la duración máxima de la detención de inmigrantes es indeterminada.” Así, “el principio de proporcionalidad exige que la detención administrativa sea considerada como una medida de último recurso. Se deberían observar estrictas limitaciones legales y prever las debidas salvaguardias judiciales.” *Idem*.

a) La creación de oportunidades para la migración regular es una estrategia clave para abordar las causas básicas de la migración irregular y desalentar el contrabando de migrantes y la trata de seres humanos.

b) La aprobación de marcos internacionales para las asociaciones de gestión de la migración basada en los derechos por las organizaciones internacionales y las actividades globales de esas organizaciones para crear instrumentos que permitan compartir los conocimientos para promover un enfoque de la gestión de la migración basado en los derechos.

c) Creación de oportunidades o programas para regularizar la situación de migrantes no documentados constituye, una alternativa, basada en los derechos, para la gestión de la migración irregular sin recurrir a su penalización.

d) Creación de disposiciones jurídicas encaminadas a sustituir la detención de inmigrantes, es decir, establecimiento de medidas alternativas, las cuales van desde la liberación bajo fianza o garantía, la libertad condicional, el regreso a situación de custodia durante horas especificadas después de la liberación para ejercer un empleo, la asistencia a la escuela u otras finalidades definidas, hasta planes más innovadores como los centros abiertos y semiabiertos, las residencias dirigidas y la restricción a un distrito especificado. La legislación⁸ en Panamá proscribió explícitamente la detención de niños.

Así, concluye el Informe “la gobernanza de la migración debe claramente estar centrada en los seres humanos y anclada en las normas de derechos humanos...Uno de los principios rectores de la gobernanza de la migración debe ser la garantía de que todos los migrantes, cualquiera sea su situación de inmigración, puedan disfrutar de sus derechos humanos internacionalmente reconocidos en todas las etapas del proceso migratorio en países de origen, de tránsito y de destino”.⁹

El relator recomienda a los Estados que eliminen las leyes, políticas, planes y programas que penalizan la migración irregular y los exhorta a no considerar que las infracciones a la ley de inmigración constituyen un delito y a no castigar dichas infracciones con la detención.¹⁰

En otro orden, México presentó su segundo informe periódico ante el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en enero de 2010, el cual fue analizado en el 14º periodo de sesiones, en abril de 2011.¹¹

⁸ El Decreto Ley núm. 3, 22 de febrero de 2008, en su artículo 93 dispone: “El Servicio Nacional de Migración creará albergues preventivos de corta estancia destinados a mantener, a órdenes de la institución, a los extranjeros infractores de la legislación migratoria. El reglamento desarrollará el funcionamiento de estos albergues preventivos, los estándares y servicios mínimos, velando por el respeto a los derechos humanos. Sólo podrán albergarse en ellos personas mayores de dieciocho años de edad.

Las personas menores de edad serán puestas bajo la protección del Ministerio de Desarrollo Social, y se comunicará al representante diplomático o consular de su país de origen o residencia, si éste estuviere acreditado en la República de Panamá, o aun gobierno amigo en caso que no lo estuviere”. Se puede ver el Decreto completo en: www.visaspanama.com/decreto-ley-3-de-2008.pdf (fecha de consulta: 10 de febrero de 2012).

⁹ A/65/222, Asamblea General, 3 de agosto de 2010, Informe Relator, *cit.*

¹⁰ *Idem.*

¹¹ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmws14.htm> (fecha de consulta: 10 de julio de 2011).

En él se sostuvo que no hay estimaciones fiables acerca del flujo de personas migrantes indocumentadas que entran a México por la frontera sur, proveniente en su mayoría de Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua. Estas corrientes incluyen un número creciente de mujeres y niños de ambos sexos y menores no acompañados. También se indica que el número de niños y adolescentes migrantes extranjeros repatriados por México en 2008 ascendió a 19,644.

En las Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares para el segundo informe periódico de México, de mayo de 2011,¹² el Comité alentó al Estado a “redoblar esfuerzos para diseñar e implementar una política integral de regularización migratoria que sea accesible a todos los trabajadores migratorios y sus familias en situación irregular, cumpliendo con el principio de no discriminación” y para “que continúe con sus esfuerzos para prestar atención adecuada a la situación de los migrantes menores de edad no acompañados, respetando el principio del interés superior del niño”.

En el ámbito americano,¹³ la Relatoría sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión Interamericana o ComisiónIDH) realizó una visita a México del 25 de julio al 2 de agosto de 2011. La Relatoría expresó su profunda preocupación por la grave situación de seguridad que viven los migrantes, tanto extranjeros como mexicanos, en su tránsito por México. La Relatoría recibió información sobre serios problemas de inseguridad de los migrantes. Durante su tránsito por territorio mexicano, los migrantes son víctimas de asesinatos, desapariciones, secuestros y violaciones sexuales. Asimismo, los migrantes extranjeros son víctimas de discriminación.¹⁴

En marzo de 2011, la Comisión Interamericana publicó el *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, el cual contiene las conclusiones de una investigación realizada por la ComisiónIDH sobre la compatibilidad de las políticas y prácticas de la detención de inmigrantes en Estados Unidos de América (en adelante, EUA) con sus obligaciones internacionales de derechos humanos.¹⁵

Una de las principales preocupaciones de la Comisión Interamericana es el creciente uso en EUA de la detención de migrantes basada en una presunción de necesidad, cuando de hecho la detención debiera ser excepcional. La ComisiónIDH está convencida de que en muchos casos, y probablemente en la mayoría de ellos, la detención constituye una medida desproporcionada y los programas de alternativas a la detención configurarían una opción más equilibrada a fin de dar cumplimiento al interés legítimo del Estado de asegurar el cumplimiento de la normativa migratoria.¹⁶

¹² El Comité examinó el segundo informe periódico de México (CMW/C/MEX/2) en sus sesiones 157^a y 158^a (CMW/C/SR.157 y 158), celebradas los días 4 y 5 de abril de 2011, y aprobó las observaciones finales siguientes en su 163^a sesión, celebrada el 7 de abril.

¹³ Sobre los criterios vertidos en el ámbito interamericano en materia migratoria, tanto por la Corte como por la Comisión Interamericanas, véase Morales Sánchez, Julieta, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011.

¹⁴ <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/82-11sp.htm> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

¹⁵ <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/21-11sp.htm> (fecha de consulta: 15 de junio de 2011).

¹⁶ *Idem*.

Para aquellos casos en que la detención sea estrictamente necesaria, la Comisión Interamericana considera preocupante la ausencia de un sistema de detención auténticamente civil, con las condiciones generales compatibles con la dignidad y el trato humano, así como aquellas condiciones especiales propias de una detención no punitiva. Asimismo, la CIDH observa con preocupación que para la administración y el cuidado personal de las personas migrantes detenidas, se recurre con frecuencia a contratistas privados, sin que se cuente con información suficiente sobre los mecanismos de supervisión.¹⁷

La Comisión Interamericana determinó que la detención tiene un efecto negativo en el debido proceso y observó con preocupación la falta de representación legal suministrada de oficio para casos de niñas y niños no acompañados, inmigrantes con enfermedades mentales y otras personas incapaces de representarse a sí mismos.¹⁸

La Corte Interamericana ha definido al debido proceso como 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 (...) acto del Estado que pueda afectarlos”.¹⁹ Para que exista debido proceso, “es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables”.²⁰

Por otra parte, respecto a los derechos de un migrante irregular detenido en el país de destino, se ha establecido que “la legislación interna debe asegurar que el funcionario (administrativo) autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas”.²¹ Además, la revisión de la detención por parte de un juez o tribunal constituye un requisito fundamental para garantizar un control y escrutinio adecuados de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales.²²

En torno a las condiciones básicas que debieran cumplimentar los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes, son relevantes las recomendaciones de la Comisión Interamericana a EUA, por las que solicita se limite de manera significativa las condiciones de detención migratoria que se asemejen a las de una prisión. En ese sentido, la Comisión IDH exhortó al Estado a dar cumplimiento efectivo al compromiso de desarrollar un sistema de detención auténticamente civil. La Comisión Interamericana recomendó que cada instalación aloje únicamente a grupos pequeños, de forma tal que el Estado pueda proporcionar las necesidades básicas y proteger los derechos humanos de todas y todos los inmigrantes detenidos. Adicionalmente, se deberá ubicar las instalaciones de detención civil cerca de centros urbanos, para asegurar que los detenidos tengan un verdadero acceso a representación legal. Con respecto al derecho al debido proceso de las niñas y niños no acompañados, la Comisión IDH insta al Estado --aunque la exhortación puede hacerse extensiva a todos los

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 123.

²⁰ 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 OC-16/99 emitida el 1º de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 117.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Vélez Loor*, Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 218, párr. 108.

²² *Ibidem*, párr. 126.

Estados-- a designar un abogado, a costa del Estado, para representar a las niñas y niños no acompañados durante los procedimientos de migración.²³

La Corte Interamericana ha insistido en la necesidad de que las personas detenidas por su situación migratoria permanezcan en lugares distintos a los destinados a las personas acusadas o condenadas por la comisión de delitos penales.²⁴

La CorteIDH --retomando los criterios asentados en la Opinión Consultiva OC-18/03 *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*-- en el caso de las niñas Yean y Bosico señaló “que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado”.²⁵

También determinó que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos. Además afirmó que el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos.

La CorteIDH observó “que los extranjeros detenidos (incluyendo las “detenciones” que se producen a raíz de procedimientos administrativos migratorios) en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas”.²⁶

En lo concierne al derecho a la vida familiar de niños y niñas en casos de disponerse la expulsión o deportación de los padres, como consecuencia de su condición migratoria, encontramos el ejemplo de la jurisprudencia constitucional colombiana la cual ha señalado que si bien se autoriza al legislador a subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros, por razones de orden público, tales restricciones “no son absolutas, pues aquéllas encuentran su límite en la dignidad del ser humano y en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales”.²⁷ Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha subordinado la aplicación de las reglas jurídicas migratorias (de orden público) a la protección de valores constitucionales imperiosos como la protección

²³ *Idem.*

²⁴ *Caso Vélez Loor, cit.*, párr. 205.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 155.

²⁶ *Caso Vélez Loor, cit.*, párr. 152.

²⁷ Sentencia C-385 de 2000; M.P. Antonio Barrera Carbonell.

de los derechos de los niños y el derecho a tener una familia,²⁸ siempre y cuando sea una razón real y no meramente estratégica.²⁹

En otros casos, la Corte colombiana ha reflexionado sobre el interés superior del menor³⁰ en relación con el derecho a la reunificación familiar. La jurisprudencia de la Corte ha recogido los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores y que deben guiar toda actuación oficial o privada que los involucre. Se dijo: “i) la prevalencia del interés del menor; ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere; iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad”.³¹

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte de Colombia³² ha establecido que las decisiones en las que se involucre un menor deben atender a criterios jurídicos relevantes y basarse en una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas específicas del caso que rodean al menor para lograr la protección de su interés superior:

La determinación del interés superior del menor se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto: *“el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional,³³ sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”*.

²⁸ En la sentencia T-215 (M.P. Fabio Morón Díaz) se decidió tutelar los derechos fundamentales de dos niños, en especial el derecho a tener una familia, debido a que su padre, un ciudadano alemán, había sido deportado y sancionado por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) con la prohibición de ingresar al país durante 12 meses debido a que había permanecido ilegalmente en el país más allá del tiempo que la ley le permitía (90 días). La Corte ordenó al DAS que suspendiera transitoriamente, y por el término de treinta (30) días hábiles la ejecución de la Resolución mediante la cual se había adoptado la medida y que durante dicho término permitiera el reingreso legal al ciudadano alemán, para que resolviera sin dilaciones y sin sanciones su legal estancia y permanencia en el territorio de la República, y para que atendiera sus deberes familiares.

²⁹ En la sentencia T-321 (M.P. Hernando Herrera Vergara) se decidió que el Ministerio de Relaciones Exteriores no había violado los derechos de los niños y el derecho a tener una familia al negarle la solicitud de visa a un ciudadano cubano que había contraído matrimonio con una colombiana madre de una niña. La Corte consideró que “(...) no se observa vulneración del derecho a la familia, pues de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, el accionante no convive con su cónyuge, ni con la hija de ésta, por lo cual resulta inexistente la conformación de un núcleo familiar propiamente dicho, a efecto de ordenar su protección.” En el expediente se demostró que el matrimonio había sido celebrado estratégicamente para solicitar la visa de residente.

³⁰ Ver, por ejemplo, las sentencias T-514 de 1998 MP: José Gregorio Hernández, en la cual se explicó que el concepto del interés superior del menor consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica” para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”. Cfr. también Sentencia T-979 de 2001 MP: Jaime Córdoba Treviño, Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹ Sentencia T-808 de 2006 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

³² Ver Sentencias T-510 de 2003 MP: Manuel José Cepeda Espinosa y Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

³³ Sentencia T-408 de 1995 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto el padre de la menor le impedía hacerlo.

Sin embargo, se precisó en la misma oportunidad que ello no excluye la existencia de criterios generales que pueden guiar a los operadores jurídicos al momento de determinar cuál es el interés superior de un menor y cómo materializar el carácter prevaleciente de sus derechos fundamentales en casos particulares. La aplicación de tales lineamientos, proporcionados por el ordenamiento jurídico, se debe combinar con la consideración cuidadosa de las especificidades fácticas que rodean a cada menor en particular, para efectos de llegar a una solución respetuosa de su interés superior y prevaleciente... *“para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas-las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados—, como (ii) jurídicas-los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil—”*. Como corolario de lo anterior, se tiene que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección-deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.³⁴

En la sentencia T-808 de 2006³⁵ se reiteraron los criterios jurídicos generales relevantes para determinar el interés superior del menor: “(1) la garantía del desarrollo integral del menor; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado”.³⁶

En el sentido de las reflexiones anteriores, en distinto caso, la Corte colombiana sostuvo:

El derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, así como todo el conjunto de derechos constitucionales fundamentales de los niños que se reconocen en su favor por la Carta Política y por los tratados internacionales suscritos por Colombia, que incluye sin duda a los hijos de los extranjeros en Colombia, también están llamados por la misma normatividad constitucional a ser protegidos y garantizados por la "familia, la sociedad y el Estado" y comprenden a todo menor sin discriminación alguna. Aquellos menores y sus derechos no

³⁴ Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁵ Sentencia T-808 de 2006 MP: Manuel José Cepeda Espinosa. En la sentencia la Corte conoció de un caso en el que el padre de una menor consideraba vulnerado su derecho al debido proceso cuando mediante sentencia judicial se había otorgado permiso de salida del país a su hija sin examinar las pruebas dentro del proceso y desechar varias que, según el accionante, tendían a establecer que la separación de padre-hija en las circunstancias del caso concreto podían afectar su desarrollo armónico e integral y que el ambiente en el que viviría podría lesionar su integridad y seguridad personal. La Corte consideró que en efecto si se había vulnerado el derecho al debido proceso. Ver también sentencia T-446 de 2006 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁶ Sentencia T-090/07, expediente T-1481143, Acción de tutela instaurada por *Sandra* actuando como agente oficioso del menor *Julio* contra el Instituto de Bienestar Familiar ICBF.

pueden ser objeto de actuaciones discrecionales de las autoridades públicas que los lesionen o afecten *aunque medie la circunstancia de que el padre del menor sea extranjero y se encuentre en situación de irregular permanencia en el territorio nacional.*³⁷

Por tanto, la misma Corte determinó que:

Resulta contrario al núcleo esencial de los derechos fundamentales de los menores, la deportación del territorio nacional a una persona extranjera que sea padre o madre de menores residenciados legítimamente en nuestro país, y que mantengan entre ellos el vínculo natural o jurídico de la familia, pues la mencionada sanción de plano comporta, a la luz del ordenamiento jurídico nacional, una especie de discrecionalidad administrativa, para efectos de autorizar el regreso al país del extranjero afectado con la medida.

*La deportación produce un irreparable distanciamiento de padre e hijos que efectivamente afecta con mayor gravedad a estos últimos, y que aun cuando decretada en este caso esta situación sea temporal, se produce el daño irreparable y se violan los derechos de los menores.*³⁸

A este respecto vale la pena precisar que las personas migrantes no pueden ser alojadas en establecimientos carcelarios u otros destinados a personas condenadas o acusadas de haber cometido infracciones de naturaleza penal.³⁹ Y las condiciones de alojamiento de migrantes sometidos a detención no pueden poner en riesgo su integridad física o su vida.⁴⁰

Y el Estado --que ejerce sobre estas personas un control prácticamente absoluto-- tiene una condición especial de garante⁴¹ en relación con sus derechos humanos, que se agudiza --o debe agudizarse-- en el caso de niñas y niños.

En México, durante el año 2011 se produjeron avances relevantes, no sólo para los migrantes, sino para todas las personas que se encuentran en territorio mexicano. Uno de ellos, es la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el DOF el 10 de junio de 2011. Esta reforma eleva a rango constitucional los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México y establece la obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. Además, al establecer el principio *pro persona*, se busca la aplicación de la norma más favorable a la persona y con la interpretación conforme se pretende garantizar la efectiva recepción del Derecho internacional de los derechos humanos.⁴²

Además de lo anterior, en México se aprobó la nueva Ley de Migración, la cual fue publicada el 25 de mayo de 2011.

³⁷ Sentencia T-215/96, Expediente T-88456. Énfasis propio.

³⁸ *Idem*. Énfasis propio.

³⁹ Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Deliberación No. 5, *Situación de los inmigrantes y solicitantes de asilo*, <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=262> (fecha de consulta: 7 de diciembre de 2011).

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 152; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 110.

⁴² *Cfr.* García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, Porrúa, UNAM, México, 2011, pp. 81-116 y 245-256.

La Ley de migración de 2011 determina que “cuando así convenga al interés superior de la niña, niño o adolescente migrante extranjero no acompañado, dicho niño, niña o adolescente será documentado provisionalmente como Visitante por Razones Humanitarias en términos del artículo 52, fracción V, de esta Ley, mientras la Secretaría ofrece alternativas jurídicas o humanitarias temporales o permanentes al retorno asistido” (Artículo 74).

En lo que se refiere a las condiciones que deben prevalecer en las estaciones migratorias, durante el aseguramiento de migrantes irregulares, se termina que hay que “mantener en lugares separados y con medidas que aseguran la integridad física del extranjero, a hombres y mujeres, manteniendo a los niños preferentemente junto con su madre, padre o acompañante, excepto en los casos en que así convenga al interés superior del niño, niña o adolescente (Artículo 107.III).

Además, se dispone “que las Estaciones Migratorias cuenten con áreas de estancia separadas para mujeres y hombres, garantizando en todo momento el derecho a la preservación de la unidad familiar, excepto en los casos en los que la separación sea considerada en razón del interés superior de la niña, niño o adolescente” (Artículo 109, XIII); y que “en el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados y el de víctimas o testigos de delitos cometidos en territorio nacional, (éstos) no serán deportados y atendiendo a su voluntad o al interés superior para garantizar su mayor protección, podrán sujetarse al procedimiento de retorno asistido o de regularización de su situación migratoria” (Artículo 120).

La efectiva reglamentación e implementación de esta ley puede coadyuvar a la efectiva garantía de los derechos de migrantes en México. En este sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana.⁴³

⁴³ <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/105.asp> (fecha de consulta: 10 de enero de 2012).