

CAPÍTULO CUARTO

EXCEPCIONES VIOLENTAS EN EL DISCURSO DE DERECHOS HUMANOS: NIÑEZ MIGRANTE DETENIDA EN MÉXICO

I. LA DETENCIÓN MIGRATORIA EN EL DISCURSO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Tradicionalmente, el derecho a la libertad personal ha sido entendido desde la perspectiva de la libertad física (libertad de tránsito o movimiento), y goza de una protección especial en el derecho internacional y en el derecho doméstico, aceptándose de manera general que su restricción sólo puede ser adoptada en circunstancias particulares y con el debido respeto de requisitos sustantivos y formales. Este derecho se encuentra protegido por los artículos 3o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 5o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y 6o. de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. En México, este derecho se encuentra primordialmente regulado en los artículos 14 y 16 de la Constitución.

Jurídicamente, la detención¹ de una persona migrante por razón de su estatus migratorio, sin perjuicio de la edad, puede proceder en dos situaciones:

1. Como *sanción penal*, porque el migrante infringe la legislación que penaliza: a) el ingreso de personas extranjeras de forma irregular al

¹ En este trabajo se hace referencia a que una persona está “detenida” si se encuentra privada de su libertad, sin tener la posibilidad de entrar y salir libremente del lugar donde ha sido alojada, sin perjuicio de la diferente terminología o eufemismos utilizados para denominar esta situación: albergar, aprehender, asegurar, internar, alojar, presentar, retener, etcétera. Esto en virtud de que lo relevante está en las implicaciones prácticas y la naturaleza jurídica de este hecho, las cuales conllevan a evaluarlo de acuerdo con los principios, las normas y los estándares que rigen el derecho a la libertad personal.

país o por lugares no habilitados; *b*) la entrada al país mientras está vigente una prohibición de reingreso; *c*) la estancia en el país cuando la ley establece impedimentos específicos de ingreso; o *d*) la permanencia en el país con fines de empleo, estudio o reunificación familiar, sin tener la autorización correspondiente, entre otras. Es decir, se trata de aquellos casos en los que la migración irregular está tipificada como un delito o un crimen, la detención se efectúa en cárceles y, por ende, su regulación y sanción se encuentran dentro del ámbito del derecho penal.

2. Como *medida cautelar (detención administrativa o preventiva)*, porque el migrante infringe la legislación de extranjería y se requiere su presencia para: *a*) investigar su situación migratoria e identidad; *b*) asegurar su permanencia y accesibilidad mientras esto sucede, ya sea para regularizar su situación o tramitar su expediente administrativo de deportación y garantizar que se ejecute dicha medida y abandone el país. Es decir, se trata de aquellos casos en los que la migración irregular está tipificada como infracción; la detención se practica en estaciones migratorias y su regulación y sanción se enmarcan en el derecho administrativo.

Sea como sanción penal o medida cautelar, la detención de las personas migrantes por razón de su condición migratoria es una práctica de uso generalizado a nivel global, que causa malos tratos para las personas migrantes, así como otras violaciones a sus derechos humanos. Por ello, la protección y garantía del derecho a la libertad de las personas migrantes debe basarse en los siguientes principios y estándares definidos por el derecho internacional.

1. *Principio de excepcionalidad de la detención por razones migratorias*

En principio, cualquier restricción al derecho a la libertad personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas o por las leyes (aspecto material), además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas (aspecto formal).² En el caso de las personas migrantes, la detención en el marco de procedimientos migratorios sólo debe ser utilizada

² CoIDH, “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, San José, CoIDH, 28 de agosto de 2014, pp. 416-419.

como medida de último recurso, dándose prioridad a alternativas menos coercitivas, especialmente no privativas de libertad.³

Ahora bien, si en el ámbito penal la prisión preventiva es una medida excepcional, en los procedimientos relativos al ingreso y la permanencia de personas extranjeras en un territorio el estándar de presunción a favor de la libertad (*favor libertatis*) debe ser más elevado y respetado con mayor rigurosidad al tener las infracciones migratorias una naturaleza civil o administrativa y no penal.⁴ Al respecto, el Relator de Naciones Unidas para los Derechos de los Migrantes ha afirmado que la detención debe imponerse como medida de último recurso, durante el periodo más breve posible y cuando no exista una medida menos restrictiva. Los gobiernos están obligados a establecer en su legislación nacional una presunción en favor de la libertad, considerar primero medidas alternativas no privativas de la libertad, evaluar cada caso y elegir la medida menos rigurosa. De este modo, el principio general que debe regir en los procedimientos migratorios es el de no detención; esto es, favorecer la libertad de la persona.⁵

2. Presunción de libertad y medidas alternativas a la detención

En el derecho administrativo rige como principio general que, ante eventuales infracciones, las personas deben estar en libertad durante el procedimiento. En materia migratoria, en caso de ser necesario, pueden aplicarse medidas alternativas a la detención que cumplan con los objetivos de la política migratoria sin que se recurra a la privación de la libertad. El Relator para los Derechos de los Migrantes ha señalado que “el derecho a la libertad y seguridad personales obliga a los Estados a considerar en primer lugar alternativas a la privación de libertad de los migrantes que sean menos rigurosas”,⁶ a través de las cuales migrantes, solicitantes de asilo y refugiados

³ Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Comentario General no. 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”, CMW/C/GC/2, Ginebra, Comité de Trabajadores Migratorios, 28 de agosto de 2013, párr. 26.

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre migraciones en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso”, Washington, D. C., CIDH, 30 de diciembre de 2010, párr. 38.

⁵ CDH, “Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau”, A/HRC/20/24, Nueva York, Consejo de Derechos Humanos/Asamblea General de la ONU, 2 de abril de 2012, párr. 68, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_sp.pdf.

⁶ *Ibidem*, párr. 50.

puedan residir en la comunidad y circular libremente mientras se resuelve su situación.⁷

Por su parte, el Comité de Trabajadores Migratorios ha destacado que deberá aplicarse la medida menos restrictiva e intrusiva posible a cada caso concreto.⁸ Ello implica que los Estados deben establecer en la ley, y asegurar en la práctica, una serie de medidas alternativas a la detención en el marco de los procesos migratorios, ya que las mismas son menos gravosas y constituyen una respuesta adecuada y coherente con el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes.⁹ Así, deben preverse directrices detalladas y dar una formación adecuada a los jueces y otros funcionarios del Estado, como policías, guardias fronterizos y agentes de inmigración, con el fin de garantizar una aplicación sistemática de medidas no privativas de la libertad en lugar del internamiento.¹⁰

3. *Garantías de debido proceso*

En caso de que excepcionalmente se recurra a la detención, o a medidas alternativas a ésta, los Estados deben asegurar todas las garantías de debido proceso, con independencia de la nacionalidad, la condición migratoria o de residencia¹¹ y cualquier otra condición, sea que se trate de un procedimiento administrativo o jurisdiccional.¹²

El Comité de Trabajadores Migratorios y el Relator Especial de Derechos Humanos de los Migrantes han enfatizado la necesidad de asegurar

⁷ *Ibidem*, párr. 56.

⁸ Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Comentario General no. 2...”, *cit.*, párr. 26.

⁹ CDH, “Informe del relator especial...”, *cit.*, párrs. 48-50.

¹⁰ CDH, “Informe del relator especial...”, *cit.*, párr. 53.

¹¹ CoIDH, “Opinión Consultiva OC-25/18, del 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, CoIDH, 2018, párrs. 124-127; CIDH, “Andrea Mortlock (Estados Unidos), Informe No. 63/08, Caso No. 12.534”, Washington, D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 25 de julio de 2008, párr. 83; CIDH, “Juan Raúl Garza C. Estados Unidos, Informe 52/01”, Washington, D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 4 de abril 2001, párr. 88 y 89.

¹² CoIDH, “Nadège Dorzema c. República Dominicana”, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de octubre de 2012, párr. 157; CoIDH, “Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia”, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2013), párr. 130.

estas garantías a las personas migrantes de manera efectiva: cualquier detención debe estar debidamente fundamentada por la autoridad competente, destacando la necesidad y proporcionalidad de la medida en el caso concreto. Además, debe justificarse por qué no es aplicable ninguna de las medidas alternativas previstas en la legislación. En el caso de que se aplique una medida alternativa a la libertad, también tiene que fundarse y motivarse; por ejemplo, presentarse periódicamente ante la autoridad.

En caso de que se practique una detención, la persona detenida debe contar con las siguientes garantías: 1) debe ser informada, de manera verbal y escrita, acerca de los motivos de la detención en un idioma que comprenda, así como también sobre los derechos que le asisten;¹³ 2) debe ser puesta en comunicación inmediata con un abogado y provista de asistencia jurídica gratuita;¹⁴ 3) se le debe facilitar un intérprete o traductor, los medios para ponerse en contacto con sus familiares y aquellos necesarios para impugnar la privación de su libertad¹⁵ a través de un recurso legal efectivo, y 4) se le debe comunicar su derecho a la asistencia consular, el cual comprende: i) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (CV63);¹⁶ ii) el derecho de un acceso efectivo a la comunicación con un funcionario consular, y iii) el derecho a la asistencia.¹⁷

¹³ Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, “Deliberación Revisada No. 5 sobre la privación de libertad de las personas migrantes”, Ginebra, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU, 7 de febrero de 2018, principio 6, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/RevisedDeliberation_SP.pdf. Asamblea General de la ONU, “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, Nueva York, Asamblea General de la ONU, 9 de diciembre de 1988), principio 10, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx>. Artículo 9.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁴ Comisión de Derecho Internacional de la ONU, “Expulsión de extranjeros, texto de los proyectos de artículo aprobados provisoriamente en primera lectura por el Comité de Redacción, 64 período de sesiones, UN DOC A/CN4/L.797”, Nueva York, Comisión de Derecho Internacional de la ONU, 24 de mayo de 2012), artículos 19 y 26.

¹⁵ CDH, “Informe del relator especial...”, *cit.*, párrs. 15-20; Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Comentario General no. 2...”, *cit.*, párr. 41; CoIDH, “Nadege Dorzema...”, *cit.*, párr. 137; CoIDH, “Caso Familia Pacheco Tineo...”, *cit.*, párr. 133.

¹⁶ Esta Convención fue ratificada por México en 1965.

¹⁷ Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Comentario General no. 2...”, *cit.*, párrs. 30 y 31; ONU, “Conjunto de principios para la protección...”, *cit.*; CoIDH, “Opinión Consultiva OC-16/99, del 1o. de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, San José, Corte

4. *Condiciones adecuadas de detención*

Con el fin de que la detención no sea arbitraria, ésta debe practicarse por el plazo más breve posible, y en ninguna circunstancia debe ser indefinida. Para ello, la ley debe fijar un plazo máximo de detención, el cual también debe cumplir los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. Además, las personas migrantes no deben estar detenidas en lugares destinados a la detención de personas acusadas o condenadas por infracciones de índole penal.¹⁸ Los lugares de la detención deben cumplir con ciertas características: 1) deben ser distintos a los de índole penitenciaria, por lo que deben prohibirse los mecanismos sancionatorios y otros procedimientos vinculados a los aspectos punitivos y de reinserción social propios de la política criminal, y 2) se deben garantizar estándares adecuados en materia de derecho a la alimentación, asistencia sanitaria, a la información, a comunicarse con familiares y recibir visitas, a realizar actividades recreativas, a comunicarse periódicamente con un abogado, y a practicar su religión.¹⁹

5. *Prohibición de detención como sanción penal a las infracciones migratorias*

El Comité de Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas, al examinar disposiciones que establecen la privación de la libertad por infringir la regulación relativa al ingreso a un país, ha recomendado que, a fin de ajustar las legislaciones nacionales a la Convención de Trabajadores Migratorios de 1990²⁰ y otros instrumentos internacionales, se elimine “como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona [al] territorio [de otro Estado]”.²¹ Ello en virtud de que la detención de personas migrantes utilizada como un mecanismo de control migratorio constituye una respuesta desproporcionada, arbitraria,²² inadecuada

Interamericana de Derechos Humanos, 1999, párr. 106, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf.

¹⁸ Artículo 17.3 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990.

¹⁹ CDH, “Informe del relator especial...”, *cit.*, párrs. 21-23.

²⁰ México ratificó la Convención en 1999.

²¹ Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Observaciones Finales. México, CMW/C/MEX/CO/01”, México, 8 de diciembre de 2006, párr. 15.

²² Comité de Derechos Humanos, “Observación general No. 8. Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9)”, HRI/GEN/1/Rev.9, vol. I, Ginebra, Comité de

e ineficaz²³ para dar respuesta a la migración irregular; además de que criminaliza esta forma de migración²⁴ y produce un grave impacto en el ejercicio de los derechos de las personas migrantes.

En un sentido similar, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha enfatizado que “tipificar como delito la entrada por vías irregulares en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración *ilegal* y da lugar a detenciones innecesarias”.²⁵ Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶ ha afirmado que estas prácticas vulneran el principio de no discriminación al promover la xenofobia y el racismo, y legitiman prácticas de exclusión y discriminación hacia un grupo social particular, contribuyendo a crear una incorrecta asociación entre migración irregular y delincuencia.²⁷

II. EL PRINCIPIO DE NO DETENCIÓN DE NIÑOS MIGRANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. *La detención sólo debe ser usada como medida excepcional*

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 37, inciso b, que la detención debe considerarse como una medida de último recurso y absolutamente excepcional. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha señalado que la detención que prevé este artículo sólo puede ser aplicada en casos de niños en conflicto con la ley penal y que, por ende, “los niños no podrán ser privados de su libertad solamente por su condición migratoria ni por haber entrado irregularmente en el país”.²⁸ En esos casos, el

Derechos Humanos, 30 de junio de 1982, párr. 1; Humanos, “Informe sobre migraciones...”, *cit.*, párr. 232.

²³ CDH, “Informe del relator especial...”, *cit.*, párr. 8.

²⁴ CoIDH, “Caso Vélez Loor vs. Panamá”, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2010, párr. 251.

²⁵ CoIDH, “Opinión Consultiva OC-18, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003, párrs. 100-101.

²⁶ CoIDH, “Caso Vélez Loor...”, *cit.*

²⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, “Observación general No. 30, Discriminación contra los no ciudadanos”, Ginebra, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 1o. de octubre de 2004, párr. 19.

²⁸ CDN, “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Observación General no. 6. U.N. Doc. CRC/GC/2005/6”, Ginebra, ONU, 2005, p. 61.

Comité ha subrayado que debe regir el principio de no detención,²⁹ pues de modo contrario se vulnera el interés superior de la niñez.³⁰ Por lo anterior, ha afirmado el principio general de no detención de los niños migrantes, al manifestar que

Los niños no acompañados nunca deberían, como principio general, ser detenidos. En el caso excepcional de que se opte por una medida privativa de libertad, ésta “no podrá justificarse [debido a que] el menor esté sólo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. En estas ocasiones, deben realizarse todos los esfuerzos posibles para permitir la liberación inmediata de los niños no acompañados o separados, y su posterior ubicación en otras formas más apropiadas de alojamiento”.³¹

Igualmente, el Comité de Trabajadores Migratorios ha enfatizado que nunca debería detenerse a un niño, y menos si se trata de no acompañados o separados de su familia, por motivos relacionados exclusivamente con temas de inmigración.³² De manera similar, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha sostenido que “el internamiento de un niño nunca podrá hacerse en aras de su interés superior”.³³ Y el Parlamento Europeo ha enfatizado que “la detención de niños, niñas y familias debería estar prohibida”, y que la privación de la libertad no podría, de ningún modo, ser en el “interés superior de la niñez”, por lo que debería recurrirse a medidas de otra naturaleza.³⁴

Toda vez que una infracción migratoria no equivale a una de orden penal, y los niños migrantes se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad, se refuerza la aplicación del principio que prohíbe la detención

²⁹ Committee on the Rights of the Child, “2012 Day of General Discussion «The Rights of All Children in the Context of International Migration»”, Ginebra, Committee on the Rights of the Child, 2012.

³⁰ OHCHR, “Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración”, A/HRC/15/29, Ginebra, OHCHR, 5 de julio de 2010.

³¹ CDN, “Trato de los menores no acompañados...”, *cit.*, p. 61.

³² Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Comentario General no. 2...”, *cit.*, p. 3.

³³ CDH, “Informe del relator especial...”, *cit.*, p. 62.

³⁴ European Parliament, “The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states, IP/C/LIBE/IC/2006-181”, Bruselas, 2007.

de los niños por razones de índole migratoria.³⁵ En este contexto, principios generales como el *pro personae* y el interés superior de la niñez cobran importancia especial al proteger un derecho esencial como lo es la libertad personal, y estar simbolizados en el principio *favor libertatis*. Así, la norma debe ser la aplicación de medidas alternativas a la detención,³⁶ y la privación de la libertad sólo puede ser adoptada como medida de último recurso y por el periodo más breve que proceda.³⁷

El principio de no detención se entiende a favor tanto de los niños como de sus familias. En palabras del Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes:

Como norma general no debería privarse de libertad a los niños ni a las familias con hijos. En estos casos, los Estados parte deben siempre dar prioridad a medidas alternativas a la privación de libertad. Cuando la detención familiar sea inevitable, la detención de niños se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, de conformidad con el artículo 37, párrafo b), de la Convención sobre los Derechos del Niño.³⁸

Y también respecto de niños con necesidades de protección internacional, de conformidad con el principio general establecido en las Directrices del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), los niños solicitantes de asilo no deben ser detenidos. Siempre que sea posible deben ser confiados al cuidado de miembros de su familia que ya tengan residencia dentro del país de asilo. De no ser así, las autoridades con competencia en asistencia a niños no acompañados deben buscar soluciones alternativas para que éstos reciban alojamiento adecuado y supervisión apropiada.³⁹

³⁵ Touzenis, Kristina, “Human Rights of Migrant Children”, *International Migration Law* 15, 2008, p. 33.

³⁶ CoIDH, “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, San José, CoIDH, 2 de septiembre de 2004, p. 230.

³⁷ AG ONU, “Reglas de las naciones unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución 45/113”, Ginebra, ONU, 14 de diciembre de 1990, p. I.2.

³⁸ Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Comentario General no. 2...”, *cit.*, p. 44.

³⁹ ACNUR, “Directrices sobre criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo. Directriz número 6. Detención de personas menores de 18 años”, Ginebra, ACNUR, 1999.

2. *Se debe tratar a los jóvenes menores de dieciocho años bajo los estándares de la niñez y no como adultos*

En la generalidad de los casos no existen alternativas que aseguren una protección integral para los niños migrantes,⁴⁰ y el común denominador es que los niños y, en especial, los jóvenes, sean tratados bajo los mismos estándares de los adultos. En numerosas ocasiones son alojados en lugares que no han sido destinados a resguardar a personas acusadas de cometer infracciones migratorias, y tampoco se adecuan a las necesidades y a los derechos de los niños.⁴¹ Esto incide en la criminalización y estigmatización de la población migrante irregular, y repercute de forma particularmente negativa en niños y jóvenes. Como ha resaltado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

El hecho de que no se adopte una perspectiva que tenga en cuenta las necesidades de los niños y los adolescentes en las políticas de detención relacionadas con la migración significa a menudo que los niños son tratados, y detenidos, como adultos, lo que incluye situaciones de detención punitiva con el propósito de disuadirlos de futuras entradas irregulares. En algunas situaciones, los niños son detenidos como inmigrantes como recurso para sustituir mecanismos de atención.⁴²

El trato de los jóvenes como adultos conlleva a que se cometan prácticas nocivas en contra de ellos y sus derechos.⁴³ Las autoridades migratorias tratan de sacar partido de la aparente madurez de los jóvenes para darles un trato de adultos, amenazándose su verdadero estatus como personas menores de dieciocho años. La ausencia de documentación en forma de certificados de nacimiento o documentos de identidad auténticos les brinda la oportunidad de declarar una edad más alta a los jóvenes, reduciendo cualquier tipo de protección a la que podrían tener derecho como niños.⁴⁴

⁴⁰ European Parliament, “The conditions in centers for third country national...”, *cit.*, pp. 29-35 y 205-217.

⁴¹ UNICEF, “Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe”, Lanus, UNICEF, 2009, p. 19.

⁴² ACNUDH, “Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas...”, *cit.*, 50.

⁴³ CDH, “Informe del relator especial...”, *cit.*, pp. 13-59.

⁴⁴ PICUM, “Los niños indocumentados en Europa: víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración”, Bruselas, PICUM, 2008, p. 5.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que la determinación de la edad debe tomar en cuenta no sólo el aspecto físico de la persona, sino también su madurez psicológica, y que la evaluación debe realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad; además, debe atender al interés de la niñez y a consideraciones de género, evitar todo riesgo de violación de su integridad física y respetar debidamente su dignidad humana.⁴⁵

Asimismo, se debe considerar que la detención de jóvenes migrantes tiene un efecto perjudicial para su desarrollo emocional y bienestar físico, ya que pueden padecer, entre otras, consecuencias psicofísicas, como depresiones, cambios de comportamiento, desórdenes de diverso carácter, pérdida de peso, negativa a alimentarse, falta de sueño, así como problemas dermatológicos y respiratorios, etcétera.⁴⁶

3. Se debe evitar la detención de familias

Es común que cuando las autoridades migratorias detienen a niños migrantes, especialmente si se encuentran junto a sus padres, los Estados justifiquen esta medida en su interés de controlar la migración irregular, en claro detrimento del principio de unidad familiar (es decir, el derecho a la vida familiar). Sin embargo, el interés superior de la niñez y la noción de protección integral de la infancia deberían conducir, previo a la detención de la familia, al mantenimiento de la unidad familiar sin recurrir a una medida privativa de la libertad.⁴⁷

En este sentido, no debe privarse de la libertad a las familias con hijos,⁴⁸ y su detención no puede justificarse bajo el argumento de preservar la unidad familiar.⁴⁹ Por el contrario, en los casos de niños acompañados por sus padres o tutores deben primar de manera conjunta el derecho a la preser-

⁴⁵ CDN, “Trato de los menores no acompañados...”, *cit.*, p. 31, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>.

⁴⁶ No Place for a Child Campaign, “Alternatives to immigration detention of families and children. discussion paper by John Bercow MP, Lord Dubs and Evan Harris MP for the All Party Parliamentary Groups on Children and Refugees”, Londres, IDC, 2006, p. 9, disponible en: <https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2009/05/alternatives-for-families-and-children.pdf>.

⁴⁷ CDH, “Informe del relator especial...”, *cit.*, p. 125.

⁴⁸ Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Comentario General no. 2...”, *cit.*, párr. 44.

⁴⁹ OHCHR, “Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas...”, *cit.*, párr. 24.

vación de la unidad familiar y el derecho a la libertad personal de toda la familia sobre las potestades de control migratorio, a fin de evitar la separación familiar.⁵⁰

Al respecto, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha subrayado que deben hacerse todos los esfuerzos para liberar a los niños y sus familias de los centros de detención y ubicarlos en alojamientos más apropiados para familias con niños, y que “la utilización ideal de un enfoque basado en los derechos entrañaría la adopción de medidas alternativas para toda la familia; por tanto, los Estados deberían elaborar políticas para alojar a toda la familia en lugares alternativos a los centros de internamiento en régimen cerrado”.⁵¹

4. *No se debe separar a las familias*

El artículo 9o. de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho de los niños a no ser separados de sus padres y las garantías en caso de separación:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
...
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de

⁵⁰ UNICEF, “UNICEF Written Submission. 2012 Day of General Discussion Committee on The Rights of the Child. The rights of all children in the context of international migration”, Nueva York, UNICEF, 2012, disponible en: https://www.unicef.org/socialpolicy/files/Access_to_Civil_Economic_and_Social_Rights_for_Children.pdf.

⁵¹ CDH, “Informe del relator especial...”, *cit.*, párr. 87, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/437/80/PDF/N0943780.pdf?OpenElement>.

ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

De este modo, cuando la resolución de los procedimientos migratorios implica la separación de los niños de sus padres, se debe tener debidamente en cuenta el principio de unidad familiar. El Estado tiene que considerar las condiciones particulares de residencia y estancia de los padres y el tiempo de residencia o los derechos adquiridos para considerar, con base en el interés superior de la niñez, las afectaciones de la posible separación familiar.

Al respecto, la Corte Interamericana⁵² ha manifestado que cualquier decisión de un órgano judicial o administrativo sobre la separación familiar debido a la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual. Además, esta medida debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, además de ser idónea, necesaria y proporcionada. En la consecución de ese fin, el Estado deberá analizar las circunstancias particulares de cada caso, referidas a:

1. La historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor;
2. La consideración sobre la nacionalidad, guarda y custodia, y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar;
3. El alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive el niño, así como el tiempo que el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y
4. El alcance de la perturbación en la vida diaria del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a su cargo, a modo de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niñez en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.

De manera que la separación familiar por resolución de un procedimiento migratorio debe ser una medida de carácter excepcional y temporal, y debe respetar el derecho a la unidad familiar. Como señala la Corte Inte-

⁵² CoIDH, “Derechos y Garantías de las Niñas y los Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional”, Opinión Consultiva 21/2014, San José de Costa Rica, CoIDH, 2014, p. 357.

ramericana, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes en función de su interés superior para separarlo de su familia. Por ello, las separaciones legales del niño de su familia sólo pueden proceder si están debidamente justificadas en su interés superior, son excepcionales y, en lo posible, temporales.⁵³

III. DERECHOS, GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO Y MEDIDAS CAUTELARES EN CASO DE DETENCIÓN *EXCEPCIONAL* DE NIÑOS MIGRANTES

En caso de detención *excepcional*, además de las garantías sustantivas y procesales que exigen los estándares internacionales y nacionales para evitar una detención arbitraria,⁵⁴ se deben contemplar los derechos y las garantías de debido proceso específicos que salvaguarden los derechos de los niños, con especial atención en el principio de interés superior de la niñez.

1. *Derechos*

A. *Derecho de ser escuchados y de participación*

Este derecho, previsto en el artículo 9.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que los niños migrantes, y particularmente los no acompañados, deben poder expresarse y ser escuchados en los procedimientos migratorios, en el marco de mecanismos adecuados para su edad, evolución y desarrollo, lo cual tiene una relevancia especial para el respeto de su interés superior. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño abunda:

...es urgente hacer respetar plenamente su derecho de expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo. En el caso de la migración, hay que escuchar al niño en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud. En el caso de una demanda de asilo, el niño debe tener además la oportunidad de presentar sus motivos para la demanda de asilo.⁵⁵

⁵³ *Ibidem*, p. 416.

⁵⁴ CoIDH, “Opinión Consultiva OC-18...”, *cit.*, p. 123.

⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño, “Observación General No. 12. El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12”, Ginebra, ONU, 20 de julio de 2009, pp. 123 y 124.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos va más allá, al ponderar que se procure el mayor acceso del niño al examen de su propio caso, ya sea vía administrativa o judicial. En este sentido, el aplicador del derecho (sea en el ámbito administrativo o judicial) deberá tomar en consideración las condiciones específicas del niño y su interés superior para acordar su participación. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del niño, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.⁵⁶

Así, se debe dar a los niños toda la información pertinente, y en su propio idioma, sobre sus derechos, los servicios disponibles, incluidos los medios de comunicación, y el proceso de inmigración y asilo, en aras de que su voz se haga oír y su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos. En el caso de los niños solicitantes de asilo, además, es importante que se les proporcionen datos sobre el paradero de su familia e información actualizada sobre la situación en su país de origen, para determinar su interés superior. Los niños que hayan participado en un conflicto armado deben recibir asistencia especial para que puedan expresar sus necesidades. Y los niños apátridas deben ser incluidos en los procesos de adopción de decisiones en los territorios en que residen.⁵⁷

B. *Derecho a un recurso efectivo*

Este derecho está previsto en el inciso d) del artículo 37 de la CDN, el cual establece el derecho de todo niño de impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, y a una pronta decisión sobre dicha acción. Esta garantía también incluye el derecho de contar con un recurso efectivo para evitar una detención arbitraria.⁵⁸ La intervención judicial, ya sea como autoridad competente para disponer la eventual privación de la libertad, o para verificar de forma inmediata la legalidad y racionalidad de la medida dictada por un organismo administrativo, también es una garantía esencial en el marco de los mecanismos de control migratorio, especialmente cuando la medida involucra a niños.

⁵⁶ CoIDH, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva OC-17/02, San José, CoIDH, 28 de agosto de 2002, p. 102.

⁵⁷ Comité de los Derechos del Niño, “Observación General No. 12...”, *cit.*

⁵⁸ Sobre el derecho a un recurso efectivo, véase la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre los artículos 25 y 13 de las convenciones americana y europea de derechos humanos, respectivamente. Por ejemplo, CoIDH, “Opinión Consultiva OC-18...”, *cit.*, p. 126. TEDH, “Conka v. Bélgica, demanda no. 51564/1999”, Estrasburgo, TEDH, 5 de febrero de 2002.

C. *Derecho de establecer contacto con un familiar*

El derecho de establecer contacto con un familiar es esencial cuando se trata de detenciones de niños. En esos casos, tanto la autoridad que practica la detención como la responsable del lugar en que se encuentra el niño alojado deben notificar inmediatamente a sus familiares o representantes, teniendo en cuenta su interés superior. La finalidad de la notificación es que el niño pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona a quien se ha contactado.⁵⁹

D. *Derecho de asistencia consular*

Los niños migrantes también gozan del derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen, establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, y en el artículo 16.7 de la Convención de Trabajadores Migratorios. La vigencia de este derecho implica para la persona detenida la posibilidad de reunirse libremente y comunicarse en forma privada con un funcionario consular de su país. El Estado en cuyo territorio ocurre la detención tiene la obligación de informar al extranjero sobre ese derecho y asegurar los medios para su vigencia efectiva. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este derecho se fundamenta en la necesidad de “reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”, para alcanzar los objetivos del proceso atendiendo el principio de igualdad ante la ley y ante los tribunales, y la prohibición de discriminación.⁶⁰

E. *Derecho a que se determine su interés superior mediante un procedimiento específico*

El proceso para determinar el interés superior de la niñez implica la evaluación de todos los aspectos relevantes de cada caso donde tiene lugar la detención de un niño migrante. El Comité de los Derechos del Niño recuerda la obligación de los Estados, de establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés

⁵⁹ CoIDH, “Opinión Consultiva OC-16/99...”, p. 106.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 119.

superior de la niñez en las decisiones que afectan a los niños, incluidos los mecanismos de evaluación de los resultados, así como de establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones tanto de los legisladores como de los jueces o de las autoridades administrativas, en especial en las esferas que afectan directamente a los niños.⁶¹

El ACNUR señala que la determinación del interés superior de la niñez implica un proceso formal dotado de garantías procesales estrictas, especialmente en la adopción de las decisiones importantes que afecten a los niños. Debe asegurar la participación adecuada del niño sin discriminación alguna, involucrar a las personas expertas en áreas relevantes en la toma de decisiones y equilibrar todos los factores para valorar la mejor opción.⁶² Así, para que en las distintas etapas del procedimiento migratorio pueda tomarse una decisión que proteja de la mejor manera posible los derechos del niño en cuestión, será necesaria una valoración caso por caso, que sea respetuosa de las garantías procesales, que permita determinar, por un lado, cuál es la solución que tanto a corto como a largo plazo se adecua más al interés superior de cada niño y la forma de implementación de tal solución que mejor se concilie con el respeto de sus derechos.⁶³

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la determinación del interés superior de la niñez requiere una evaluación clara y detallada de la identidad, incluyendo la nacionalidad, las características de su crianza, la etnia, el contexto cultural y lingüístico, además de la particular condición de vulnerabilidad y las necesidades básicas de protección que el niño pudiera tener.⁶⁴ Los Estados deben contar con un protocolo que establezca de forma clara y global qué aspectos deben evaluarse en cada caso y que garantice la participación de los niños durante el procedimiento. Además, como el principio del interés superior de la niñez también es una norma de procedimiento, los procedimientos migratorios que involucren a niños deben incluir esta norma al emitir una resolución que les afecte.⁶⁵

⁶¹ Comité de los Derechos del Niño, “Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3o., párr. 1)”, Observación General No. 14, CRC/C/GC/14, ONU, Ginebra, 29 de mayo de 2013.

⁶² ACNUR, “Directrices para la determinación del interés superior del menor”, Ginebra, ACNUR, 2008.

⁶³ Celesia, Alberto *et al.*, *Manual sobre estándares internacionales de derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes*, Buenos Aires, RELAF, Save the Children y UNICEF, 2014, p. 24.

⁶⁴ CDN, “Trato de los menores no acompañados...”, *cit.*, 20.

⁶⁵ La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, retoma esta determinación en su texto al señalar

2. *Garantías de debido proceso*

El interés superior de la niñez debe regir las garantías de debido proceso de los procedimientos migratorios donde se vean implicados niños. Es importante recordar que el artículo 19 de la Convención Americana dispone las medidas especiales de protección que los Estados deben tomar hacia los niños. Y la Corte Interamericana aclara que los procedimientos migratorios deben tener componentes diferenciados cuando se trata de niños, como

...la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración implica que la observancia por parte de los Estados de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que un adulto. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ello.⁶⁶

Los niños migrantes privados de la libertad (por motivos migratorios o no) cuentan con las siguientes garantías de debido proceso:⁶⁷

- a) Derecho de ser informados de los motivos del arresto o la detención en un idioma que comprendan.
- b) Derecho de ser llevados, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente o especializado. Los procesos migratorios durarán un plazo razonable,⁶⁸ respetarán el interés superior de la niñez, y la decisión que se llegue a tomar en el marco de éstos se fundamentará debidamente.
- c) Derecho de notificar de la detención a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados;
- d) Derecho de acceso efectivo a la asistencia consular;
- e) Derecho de asistencia jurídica a través de un representante legal, con el fin de garantizar eficazmente su derecho a la libertad personal, y, en caso de niños no acompañados o separados, a que se les nombre

que los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar, el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución (artículo 5o.).

⁶⁶ CoIDH, “Derechos y Garantías de las Niñas y los Niños...”, *cit.*, p. 114.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 190.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 116.

un tutor, con el fin de defender sus intereses y asegurar su bienestar. La dilación en la adopción de estas medidas representa una amenaza para la seguridad de los niños, dejándolos más expuestos al riesgo de ser víctimas de trata y otros abusos.⁶⁹ Estas garantías deben ser tenidas en cuenta también en el marco de los procedimientos relativos a medidas alternativas a la detención (o para determinar la opción más adecuada al caso). En los casos de procedimientos de obtención del asilo, el niño no podrá entablarlos sino hasta después del nombramiento de un tutor.⁷⁰

- f) 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. En caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin.
- g) Derecho de no ser expulsado de forma colectiva. Cualquier extranjero tiene derecho a que su proceso sea individual y que se consideren las circunstancias particulares de su caso sin discriminación por ningún motivo. Además de la debida fundamentación y motivación, la asistencia legal y la posibilidad de recurrir como mínimos.⁷¹ En el caso del retorno o la expulsión de niños no acompañados, el Estado debe observar el interés superior de éstos al garantizar que la acogida en el país de retorno sea adecuada y el niño sea recibido por las personas adecuadas.⁷²

3. Medidas cautelares con base en el principio de no detención

La Corte Interamericana ha señalado que las medidas cautelares de los procedimientos migratorios que involucren a niños deben llevarse en libertad, tanto de los niños como de sus familias:

...los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se en-

⁶⁹ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo”, Estrasburgo, CE, 2005.

⁷⁰ CDN, “Trato de los menores no acompañados...”, *cit.*, 21, 63.

⁷¹ CoIDH, “Derechos y Garantías de las Niñas y los Niños...”, *cit.*, p. 356.

⁷² Artículo 10 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

cuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.⁷³

Las medidas cautelares implican la observación de ciertas modalidades alternativas de cuidado, sobre todo en el caso de niños no acompañados. En este sentido, la ONU ha emitido directrices que reafirman la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, y que profundizan los alcances de esta última en lo concerniente a la protección de los derechos de los niños carentes de cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación. Las directrices tratan orientaciones para prevenir la separación, para los procedimientos de separación, la provisión de cuidado alternativo, el retorno a la familia y la comunidad (u otras soluciones estables), y el cuidado alternativo en situaciones especiales (catástrofes, conflictos bélicos o niños fuera de sus países de origen).⁷⁴

En este sentido, en el caso extremo y excepcional de detención y privación de la libertad de un niño en un proceso migratorio, las medidas cautelares deben ser adecuadas para proteger las necesidades particulares del niño, especialmente si no se encuentran acompañados, y deben respetar en todo momento el interés superior de la niñez.⁷⁵ En concreto, los Estados tienen las siguientes obligaciones en caso de detención de niños migrantes:⁷⁶

- a) Si se trata de niños no acompañados o separados, se les facilitará, en la medida de lo posible, alojamiento en instalaciones con personal que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad. Se les debe asignar un tutor y se les debe alojar de manera separada de los adultos y otras personas privadas de su libertad.

Para que un espacio de alojamiento cumpla con las condiciones para el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, debe ser un centro abierto; esto es, un

⁷³ CoIDH, “Derechos y Garantías de las Niñas y los Niños...”, *cit.*, p. 160.

⁷⁴ AG ONU, “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, Resolución 64/142”, Ginebra, ONU, 18 de diciembre de 2009.

⁷⁵ Artículo 17 de la Directiva 2008/115/CE.

⁷⁶ CoIDH, “Derechos y Garantías de las Niñas y los Niños...”, *cit.*, p. 175.

ambiente no privativo de libertad que permita la salida del niño.⁷⁷ Además, debe contar con una infraestructura física que permita que los niños tengan cierto nivel de privacidad para que su intimidad sea respetada; guarden sus cosas de forma segura; reciban alimentación completa y nutritiva durante el tiempo de estadía; tengan acceso a servicios de salud, ya sea física y/o psicosocial; y puedan jugar y esparcirse. Además, los niños deben tener acceso a la educación fuera del establecimiento y poder participar en actividades culturales, sociales y religiosas fuera con un tutor que los acompañe.⁷⁸ Asimismo, el Estado debe prever un método de supervisión de los espacios de alojamiento derivado de su obligación de armonización de la política migratoria con la protección de la infancia.⁷⁹ Y se deben contemplar medidas alternativas, como el alojamiento con familias temporales o en centros especializados de atención a niños.⁸⁰

- b) Si se trata de niños acompañados, se deberá respetar el principio de no separación y su derecho a la unidad familiar, y se les deberá alojar con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niñez. El alojamiento debe ser en unidades familiares especiales con acceso adecuado a servicios e instalaciones de educación, juego y esparcimiento.⁸¹ Así pues, las familias internadas en espera de expulsión deben ser alojadas por separado a modo de que tengan un grado adecuado de intimidad.

IV. LA DETENCIÓN MIGRATORIA EN MÉXICO: ¿LEGALIDAD? Y CRÍTICA

1. *Bases normativas*

La base constitucional de la función migratoria se encuentra en el artículo 11, que prevé la “libertad de tránsito”, pero a la vez subordina el ejercicio

⁷⁷ *Ibidem*, p. 180.

⁷⁸ Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Comentario General no. 2...”, *cit.*, p. 183.

⁷⁹ CoIDH, “Derechos y Garantías de las Niñas y los Niños...”, *cit.*, p. 174.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 173.

⁸¹ Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “Comentario General no. 2...”, *cit.*, p. 44.

de este derecho a las facultades de la autoridad *administrativa* “por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general”. Éste es el fundamento constitucional de la detención migratoria, la cual, según la propia Constitución, se ubica en los dominios del derecho administrativo y no del derecho penal, puesto que en México la migración irregular es una infracción de carácter administrativo y no criminal. Por ende, la autoridad migratoria considera que esta medida es una restricción a la libertad de movimiento de las personas extranjeras en el país, y que tiene una base legítima y constitucional, a pesar de que sus efectos prácticos son los propios de una privación de la libertad, como la experiencia demuestra.⁸²

En su versión original, vigente hasta 2011, el artículo 33 constitucional facultaba al Ejecutivo a expulsar a los extranjeros cuya permanencia juzgara *inconveniente*, sin necesidad de juicio previo. Este artículo fue uno de los pocos que permaneció intacto y sin recibir cambio alguno desde la promulgación de la Constitución en 1917, y, en realidad, era un límite más a la “libertad de tránsito” prevista en el artículo 11 constitucional, ya que su ejercicio se subordina a las limitaciones que impongan las leyes “sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”. De hecho, que a nivel constitucional estuviera contemplada de manera expresa una expulsión inmediata de extranjeros, sin juicio previo y al arbitrio del Ejecutivo, era una excepción a la garantía de audiencia reconocida a “todas las personas” en el artículo 14 de la Constitución.⁸³ Sin embargo, esta disposición estuvo vigente por casi cien años, y deja ver el clima de excepcionalidad migratoria que de manera general ha prevalecido en el país, especialmente después de la Revolución mexicana.⁸⁴

El artículo 33 constitucional fue modificado a través de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, y señala que el Ejecutivo podrá expulsar extranjeros “previa audiencia” y “con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención”. Como se ve, la redacción actual también es desafortunada, y convalida el sistema migratorio mexicano de detención, la

⁸² CCINM, “Informe final. Personas en detención migratoria en México. Misión de monitoreo de estaciones migratorias y estancias provisionales del Instituto Nacional de Migración”, México, CCINM, julio de 2017.

⁸³ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Las reservas formuladas por México a instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, México, CNDH, 1998.

⁸⁴ Véase el capítulo tercero de este trabajo.

privación de la libertad y la facultad de expulsión del Instituto Nacional de Migración (INM).

La detención migratoria en México tiene su origen en los actos administrativos de control, verificación, revisión y presentación migratorios.⁸⁵ La Ley de Migración señala que estos actos se pueden llevar a cabo en cualquier parte del territorio nacional,⁸⁶ y consisten, primordialmente, en constatar que las personas extranjeras cumplen con las disposiciones migratorias y se realicen por el personal del INM.⁸⁷ En el desempeño de estas funciones, la ley dispone que el INM puede ser apoyado por otras autoridades (artículo 81), como la Guardia Nacional, una institución militar⁸⁸ que se conforma por policías navales, militares y federales, además de civiles.⁸⁹

Según la Ley de la Guardia Nacional, este cuerpo militar,⁹⁰ en coordinación con las autoridades del INM, tiene facultades de control, verificación y presentación migratorios, los cuales podrá realizar en todo el territorio nacional, con excepción de las instalaciones destinadas al tránsito internacional de personas (pasos fronterizos terrestres, puertos o aeropuertos); además, a petición del mismo INM, podrá resguardar las estaciones migratorias y a los extranjeros que en ellas se encuentren (artículo

⁸⁵ Artículos 81, 92, 97 y 99 de la Ley de Migración.

⁸⁶ Artículo 97 de la Ley de Migración.

⁸⁷ Según el artículo 19 de la Ley de Migración, el Instituto Nacional de Migración es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación que tiene por objeto la ejecución, el control y la supervisión de los actos realizados por las autoridades migratorias en territorio nacional, así como la instrumentación de políticas en la materia.

⁸⁸ La Guardia Nacional se fundó el 26 de marzo de 2019 tras extinguir a la Policía Federal, y su principal objetivo es coadyuvar a la seguridad pública en todo el territorio y colaborar temporalmente en las tareas de seguridad pública que corresponden a las entidades federativas o municipios. Actualmente cuenta con más de 118 mil efectivos, que desde el 9 de septiembre de 2022 dependen operativa y administrativamente de la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena), a pesar de que en su creación se conformó como un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, mediante el “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional” publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo.

⁸⁹ Según el artículo sexto transitorio del Decreto, la formación, el régimen disciplinario, el ingreso, la educación, la capacitación, la profesionalización, el ascensos y las prestaciones, “podrán estar homologados en lo conducente, a las disposiciones aplicables en el ámbito de la Fuerza Armada permanente”.

⁹⁰ “Diputados aprueban que la Guardia Nacional quede bajo control de la Sedena”, *Proceso*, 3 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.proceso.com.mx/nacional/politica/2022/9/3/diputados-aprueban-que-la-guardia-nacional-queda-bajo-control-de-la-sedena-292690.html>.

9o., fracciones XXXV y XXXVI). De este modo, un cuerpo militar tiene facultades de detener a las personas migrantes, lo cual es ampliamente conflictivo en materia de derechos humanos, por obvias razones, y viola, además, los estándares interamericanos, que disponen que el orden público interno debe reservarse a la policía civil, y sólo excepcionalmente a las fuerzas armadas.⁹¹

Si en las acciones de control, verificación y revisión migratorias que realiza el INM, por sí o en colaboración con otras autoridades (como la Guardia nacional), las personas no acreditan su situación migratoria regular en el país, la ley dispone que deben ser “presentadas” —en el caso de los adultos—⁹² en estaciones migratorias o lugares habilitados para ello (artículo 99). La “presentación” es la medida administrativa que dicta el INM para ordenar su “alojamiento” en las estaciones migratorias mientras se determina su situación migratoria en el país, ya sea para su regularización o “asistencia para el retorno”. Así, la detención migratoria en México se configura formal y materialmente a través de los actos de “presentación” y “alojamiento”.

En principio, la ley señala que la “presentación” no podrá exceder del término de 36 horas, contadas a partir de que las personas son puestas a disposición del INM (artículo 68). Sin embargo, el artículo 111 de la misma ley dispone, como regla general, que el INM cuenta con quince días hábiles más para resolver la situación migratoria de las personas, plazo que puede extenderse a sesenta días hábiles si no hay información sobre su identidad o cuando exista impedimento para que viajen. Aún más, la ley señala que este plazo puede ampliarse de forma indefinida —y en este sentido la detención de la persona— en el supuesto de que la persona detenida ejerza medios de defensa legal, como el juicio de amparo. Como se aprecia, esta situación constituye una detención arbitraria y una clara violación al derecho de acceso a la justicia de las personas migrantes y solicitantes de asilo en el país.

⁹¹ Esta situación viola los estándares interamericanos en la materia, que disponen que el orden público interno debe reservarse a la policía civil, y sólo excepcionalmente a las fuerzas armadas. CoIDH, “Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México”, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2018, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_370_esp.pdf.

⁹² Con anterioridad a noviembre de 2020, la ley autorizaba en su artículo 99 la detención de todos los migrantes irregulares, fueran niños (de manera *excepcional*) o adultos, pero desde esta fecha en que se reformó la ley, en aras de estar armonizada con los estándares internacionales en materia de niños, se hizo la precisión de “adultos”.

2. *Estado de excepción migratorio en México*

La detención de migrantes irregulares y solicitantes de asilo en México es una práctica que viola los derechos humanos de éstos, además de que puede calificarse como arbitraria e inconstitucional. Para definirla, tanto la Ley de Migración como el INM hacen uso de eufemismos como “presentación”⁹³ y “alojamiento”,⁹⁴ en aras de argumentar que no se trata de una privación de la libertad, sino de una restricción al libre tránsito. Sin embargo, en estricto sentido, este acto que ejecuta la autoridad migratoria es una detención administrativa que vulnera el derecho a la libertad personal y, por ende, debe sujetarse a las garantías que establece el artículo 21 constitucional, el cual permite que las detenciones de libertad efectuadas por autoridades administrativas duren como máximo 36 horas.⁹⁵ Por tanto, como la Ley de Migración establece plazos que exceden lo permitido por la Constitución, existe una clara inconstitucionalidad de esta ley federal.

Si la detención migratoria fuera en realidad una detención preventiva, no debería superar las 72 horas que establece la Constitución y, una vez transcurrido ese plazo, se debería poner a la persona a disposición de un juez. No obstante, en México la aplicación de la detención migratoria está generalizada como una acción de penalización de la migración irregular, sin que se distinga a los solicitantes de asilo y, por tanto, sin atender a lo dispuesto por los estándares internacionales que señalan que las personas con necesidades de protección internacional están exentas de las sanciones relacionadas con el ingreso irregular al territorio,⁹⁶ tal como lo recoge el artículo 7o. de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político.

De este modo, si bien en México la migración irregular es formalmente una infracción administrativa, la detención migratoria que se practica implica en sí misma una sanción penal por la presunción de un ingreso irregular. En el derecho penal, para que exista una medida cautelar es necesario

⁹³ Artículos 3o., fracción XXIV, y 99 de la Ley de Migración.

⁹⁴ Artículos 3o., fracciones XI y XXIV, 68, 99, 106 a 109 y 111 de la Ley de Migración.

⁹⁵ “La detención de personas extranjeras en estaciones migratorias”, *Sin Fronteras IAP*, México, 2012, p. 8, disponible en: <https://sinfronteras.org.mx/wp-content/uploads/2018/12/La-detención-de-las-personas-extranjeras-en-estaciones-migratorias.pdf>.

⁹⁶ La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (artículo 31), ratificada por el gobierno mexicano en 2000, y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (artículo 19), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ambos adoptados en 2000 y ratificados por México en 2003.

que conste la existencia de un delito; sin embargo, en este caso no necesariamente sucede, porque se parte de una presunción de violación a la Ley de Migración, la cual se prueba o no durante el procedimiento administrativo migratorio.⁹⁷

Esta situación es una muestra clara del estado de excepción migratorio que impera en el país, donde los migrantes y solicitantes de asilo no gozan de los mismos derechos y garantías que el resto de las personas. Otra circunstancia que evidencia esta excepcionalidad migratoria es el hecho de que la Guardia Nacional —que está obligada legalmente a registrar las detenciones que lleva a cabo en el Registro Nacional de Detenciones—⁹⁸ no realice el registro de las detenciones de personas migrantes que lleva a cabo, toda vez que entre los supuestos por los cuales una persona puede ser detenida no se encuentran los relativos a las acciones de control migratorio.⁹⁹ Esto, sin duda, es resultado de considerar legalmente que la detención migratoria no es una privación a la libertad personal, sino una restricción a la libertad de tránsito, razón por la cual la ley y las autoridades migratorias la denominan “presentación”.

Claramente, el bien jurídico que se vulnera con la detención migratoria es la libertad personal de los migrantes y solicitantes de asilo; sin embargo, el que esta medida se llame legalmente “presentación” en vez de “detención” tiene implicaciones de gran calado en materia de derechos humanos y da pie a que se cometan arbitrariedades e ilegalidades cuando se practica, además de que se deja a estas personas en estado de indefensión. De este modo, a pesar de que formalmente en México la migración irregular no es un delito, en la práctica tiene efectos criminalizantes, y parece que denominarla “presentación” es una simulación legal para esconder el verdadero tratamiento que existe del fenómeno y que fundamenta el estado de excepción migratorio que prevalece.

⁹⁷ “Evolución y retos del asilo en México. 20 años de asistencia legal e incidencia por las personas refugiadas”, *Sin Fronteras*, México, 2016, 36, disponible en: http://sinfronteras.org.mx/asiloporderecho.sinfronteras.org.mx/wp-content/uploads/2016/09/InformeAsilo_2016_WEB.compressed.pdf.

⁹⁸ El artículo 17 de la Ley Nacional del Registro de Detenciones de 2019 y el lineamiento segundo de los “Lineamientos para el funcionamiento, operación y conservación del registro Nacional de detenciones” de 2019, obligan a la Guardia Nacional a registrar las detenciones que realiza.

⁹⁹ Morales Vega, Luisa G., “El entramado normativo de la detención migratoria en México: un dispositivo biopolítico”, en Ortega Velázquez, Elisa (ed.), *Derecho y migración forzada: aportes desde los estudios biopolíticos y necropolíticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, p. 78.

V. EL MARCO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ MIGRANTE EN MÉXICO

1. Orden constitucional

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala en su artículo 4o., párrafos 9 a 11, el principio del interés superior de la niñez,¹⁰⁰ el cual debe regir todas las actuaciones del Estado en relación con los niños, entre ellas los procedimientos jurisdiccionales que afectan su esfera jurídica, como los de índole migratoria.

La Constitución incluyó de forma explícita el principio del interés superior de la niñez en el artículo 4o. con la reforma constitucional del 12 de octubre de 2011, que además reformó el artículo 73, fracción XXIX-P, en aras de facultar al Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de derechos de los niños.¹⁰¹ Estas reformas constituyeron un avance importante en el tratamiento de los temas de niñez en México y permitieron la publicación de dos leyes generales en la materia: el 24 de octubre de 2011 se adoptó la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, y el 4 de diciembre de 2014, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

El principio del interés superior de la niñez, no obstante, ya se encontraba reconocido constitucionalmente, puesto que la reforma del artículo 1o. constitucional del 10 junio de 2011 estableció que en México todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos tanto en la propia Constitución como en los tratados internacionales de los que el país es parte.¹⁰² De hecho, la propia reforma constitucional de 2011 obliga a todas las

¹⁰⁰ Este principio es un símil del establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. México se encuentra obligado, desde el 21 de septiembre de 1990 que la ratificó, a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella a favor de todos los niños en el país, disponible en: https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=484&depositario=0.

¹⁰¹ El artículo 73 de la Constitución señala: “El Congreso tiene facultad: ...XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia de los que México sea parte...”. Fracción adicionada, *DOF* 12-10-2011. Reformada: *DOF* 29-01-2016.

¹⁰² Con anterioridad a la reforma constitucional en materia de derechos de 2011, este principio rector de los derechos de los niños ya se encontraba recogido en la legislación

autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Además de señalar expresamente que la interpretación normativa en materia de derechos humanos se hará de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas.

Así pues, la reforma al artículo 1o. constitucional reconoció la incorporación con jerarquía constitucional de las normas de derechos humanos de fuente internacional, lo cual implica la apertura del ordenamiento jurídico mexicano al derecho internacional de los derechos humanos. Y, con esto, la obligación del Estado mexicano de aplicar todo el conjunto normativo internacional del que es parte para la protección de las personas (normas y jurisprudencia), y no sólo las normas sujetas a la interpretación exclusiva de las autoridades mexicanas.¹⁰³ De esta manera, se conformó el “bloque de derechos” o “bloque constitucional”, entendido como el conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país, y que, además, se compone de principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional, pero a los cuales la propia Constitución remite.¹⁰⁴

En México, este bloque de derechos se construye a través de la cláusula de recepción del derecho internacional de los derechos humanos y de la inclusión del *principio de interpretación conforme*,¹⁰⁵ que impone a los jueces la obligación de procurar la armonización, complementariedad e integración de las normas constitucionales y convencionales con aquellas que provienen de fuentes de menor jerarquía normativa. Aunque este bloque aún no se encuentra lo suficientemente desarrollado en el plano legislativo, ha ido tomando forma a través de un desarrollo jurisprudencial, que impacta la conformación y el de-

federal: en los artículos 3o., fracción A, 4, 24 y 45 de la Ley Para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, emitida el 29 de mayo de 2000, y abrogada el 4 de diciembre de 2014, por la emisión de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de esa fecha.

¹⁰³ Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2014, p. 53.

¹⁰⁴ Rodríguez Manzo, Graciela *et al.*, *Bloque de constitucionalidad*, México, SCJN, OACNUDH, CDHDF, 2013, p. 17.

¹⁰⁵ En relación con las obligaciones constitucionales establecidas a partir de la reforma al artículo 1o. constitucional, entre las que se encuentran las referidas a la “interpretación conforme” y sus aspectos vinculados, la Primera Sala de la SCJN ha establecido el criterio 1a. XVIII/2012 (9a.), publicado en el tomo 1, libro IX, junio de 2012 del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. 257, Décima Época, cuyo rubro es: “DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES DE LAS AUTORIDADES EN LA MATERIA”.

sarrollo de los derechos de los niños. En este sentido, la labor llevada a cabo por el Poder Judicial contribuye en forma decisiva al desarrollo de ese bloque, dentro de un marco de protección y respeto a los derechos humanos, a través de las diversas facultades que este Poder tiene asignadas.¹⁰⁶

Así pues, con el reconocimiento de la jerarquía constitucional a las normas de derechos humanos contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales en los que México es parte, los principios y las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre los que se encuentra el principio del interés superior de la niñez, son plenamente aplicables en nuestro país y de observancia obligatoria para todas las autoridades.

2. Orden general

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) fue emitida el 4 de diciembre de 2014, y representa un avance importante en materia de protección de niños, porque parte del paradigma de considerarlos como titulares de derechos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, en los términos que establece el artículo 1o. constitucional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a saber: la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, la LGDNNA reconoce que el interés superior de la niñez es uno de sus principios rectores (artículo 6o., fracción I), y que debe ser tomado en cuenta en todas las medidas que los órganos jurisdiccionales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos lleven a cabo en relación con niños (artículo 18).

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes tiene un enfoque de protección, y reconoce que los niños son titulares de derechos y un grupo prioritario que requiere intervención especial, al tiempo que reconoce que deben ser considerados en sus propios términos y requieren un enfoque distintivo y particular. Además, contempla medidas especiales de protección para los grupos en condiciones de vulnerabilidad, como los niños migrantes (artículo 89). Aún más, reconoce que todas las autoridades deben garantizarles sus derechos a esas personas de manera adecuada, sin importar su estatus migratorio, considerando siempre su interés superior (artículo 89).

Asimismo, la ley establece que los albergues para recibir a los niños deben ser gestionados por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia

¹⁰⁶ Ibáñez, Andrés y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

(DIF), y que deben cumplir con estándares de bienestar (artículo 94), como el respeto del principio de separación y el derecho a la unidad familiar (artículo 95). Debido a la lógica de retener el menor tiempo posible a los niños en facilidades a puertas cerradas, la LGDNNNA obliga a las autoridades del DIF a que identifiquen lo más pronto posible la mejor solución para el niño y se evite su permanencia en los albergues, dado el carácter de último recurso y excepcional que esta medida implica, y que, a fin de cuentas, no esté en condiciones de libertad (artículo 111.VIII).

En relación con el derecho de los niños de ser escuchados en los procedimientos que afectan su esfera jurídica, el artículo 73 de la LGDNNNA dispone que aquéllos tienen derecho de participar, ser escuchados y tomados en cuenta en todos los procesos judiciales y de procuración de justicia donde se diriman controversias que les afectan. Al respecto, los niños tienen reconocidos los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso (artículo 82), los cuales incluyen diversas garantías, de conformidad con su edad, su desarrollo evolutivo, cognoscitivo y grado de madurez; a saber:

- Que se les proporcione información clara, sencilla y comprensible sobre el procedimiento judicial o administrativo de que se trate y la importancia de su participación en el mismo, incluyendo, en su caso, formatos accesibles de fácil comprensión y lectura para niños con discapacidad (artículo 83-III);
- Que se les dé apoyo para presentar una denuncia, participar en una investigación o en un proceso judicial (artículo 83-IV);
- Que se les garantice el derecho de ser representados, a través de las procuradurías de protección dependientes del DIF (artículo 122-II), así como de ser informados sobre las medidas de protección disponibles (artículo 83-V);
- Que se les proporcione asistencia de profesionales especializados cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera (artículo 83-VI), y de un traductor o intérprete (artículo 83-VII);
- Que se pondere, antes de citarlos a alguna audiencia, la pertinencia de ésta, considerando su edad, madurez, estado psicológico, así como cualquier otra condición específica (artículo 83-VIII);
- Que se garantice el acompañamiento de quien ejerza sobre ellos la patria potestad, la tutela, la guarda o custodia durante la sustanciación de todo el procedimiento, salvo disposición judicial en contrario (artículo 83-IX);
- Que se aparte a los adultos que puedan influir en su comportamiento o estabilidad emocional, cuando así lo determine la autoridad

- competente, antes y durante la realización de la audiencia o comparecencia respectiva (artículo 83-X);
- Que se les destinen espacios lúdicos de descanso y aseo en los recintos en que se lleven a cabo procedimientos en que deban intervenir (artículo 83-XI);
 - Que tengan un tiempo máximo de participación en las intervenciones que tengan durante la sustanciación de los procedimientos, de conformidad con los principios de autonomía progresiva y celeridad procesal (artículo 83-XII);
 - Que se implementen medidas para protegerlos de sufrimientos durante su participación y garantizar el resguardo de su intimidad y datos personales (artículo 83-XIII);
 - Que si se tiene conocimiento de que ha cometido un hecho delictivo o participado en él se les exente de responsabilidad penal y se les garantice que no sean privados de su libertad y sean únicamente sujetos de asistencia social, con el fin de restituirles, en su caso, en el ejercicio de sus derechos (artículo 84). Y, en este sentido, que toda medida que se adopte sea susceptible de revisión por el órgano judicial competente en un proceso contradictorio en el que se garantice por lo menos su derecho a ser oídos y la asistencia de un abogado especializado (artículo 85);¹⁰⁷
 - Que en los procedimientos jurisdiccionales en los que estén relacionados como probables víctimas del delito o testigos tengan los derechos de conocer la naturaleza del procedimiento y su participación en éste; que su participación se lleve a cabo de forma expedita, asistidos por un profesional en derecho; que quien ejerza sobre ellos la patria potestad, la tutela o guarda y custodia tenga acompañamiento durante la sustanciación de todo el procedimiento; que se preserve su derecho a la intimidad; que tengan acceso gratuito a asistencia jurídica, psicológica y cualquier otra necesaria, y que se adopten las medidas necesarias para evitar su revictimización (artículo 86).

De este modo, la legislación nacional reconoce el derecho de los niños de ser escuchados y tomados en cuenta en los procesos judiciales y de procu-

¹⁰⁷ Los artículos 87 y 88 de la ley abundan al señalar que, además, se debe notificar de inmediato a quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como a la procuraduría de protección competente. Y que, en el caso de jóvenes, será la propia ley en la materia, en este caso la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes (DOF 16/06/2016), la que determine los procedimientos y las medidas que correspondan.

ración de justicia donde se diriman controversias que les afectan: claramente los procedimientos migratorios y de asilo están incluidos.

3. *Categorías de niños migrantes de acuerdo con la legislación mexicana vigente*

El artículo 3o., fracción XIX, de la Ley de Migración en México define a los niños migrantes como aquellas personas, nacionales o extranjeras, menores de dieciocho años de edad. Al igual que la LGDNN, la Ley de Migración diferencia a los niños según la etapa de desarrollo de la infancia, y afirma que son “niñas y niños los menores de doce años”, y “adolescentes las personas entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad”. Así, la definición de la ley se ajusta a los estándares fijados a nivel internacional sobre quiénes son considerados como niños de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Observación General 6 del Comité de Derechos del Niño y la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Ley de Migración distingue tres categorías de niños migrantes:

- i) *Niños migrantes no acompañados*. Son aquellos que no se encuentran acompañados de la persona adulta que: *a)* ejerce su patria potestad, *b)* los tiene bajo su guarda y custodia, *c)* que es su tutor o *d)* los cuida habitualmente por costumbre (artículo 3o. XX). En este caso, el INM debe notificar, de manera inmediata y por medio de un acta a la Procuraduría de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (PPNNA) y canalizarlo al Sistema DIF correspondiente. La PPNNA debe representar legalmente al niño en suplencia y coadyuvancia para garantizar el cumplimiento y garantía de su interés superior (artículo 112.I).
- ii) *Niños migrantes acompañados*. Son aquellos que se encuentran acompañados por la persona adulta que: *a)* ejerce su patria potestad, o *b)* los tiene bajo su guarda y custodia, o *c)* es su tutor (artículo 3o. XXI). En este caso, el INM debe derivar al niño y sus familiares acompañantes a la PPNNA para una evaluación de su interés superior, de conformidad con el principio de unidad familiar. La detención de las personas adultas que los acompañan deberá evitarse atendiendo a los principios de unidad familiar e interés superior de la niñez (artículo 99). La PPNNA emitirá un plan de restitución de derechos para toda la familia, que puede incluir me-

- didias para permanecer en México o retornarles al país de origen (artículo 112.III).
- iii) *Niños migrantes separados*. Son aquellos que se encuentran acompañados de una persona adulta que los tiene habitualmente bajo su cuidado por costumbre y no en virtud de la ley, como es el caso de los progenitores que ejercen la patria potestad o de los tutores legales (artículo 3o. XXII). Por tanto, estos niños pueden encontrarse acompañados por otros miembros adultos de la familia. La detención de las personas adultas que los acompañan deberá evitarse atendiendo a los principios de unidad familiar e interés superior de la niñez (artículo 99). El INM debe ponerlas de inmediato a disposición del Sistema DIF y notificar del caso a la PPNNA, la cual entrevistará al acompañante adulto y determinará la naturaleza de la relación con el niño y emitirá un plan de restitución de derechos (artículo 112.III).

VI. EL MARCO NORMATIVO DE CONTROL DE LA NIÑEZ MIGRANTE EN MÉXICO

1. *El sistema de detención de niños migrantes de 2011 a 2020*

La Ley de Migración de 2011 nació con un enfoque de seguridad, y establecía hasta antes de noviembre de 2020 que *todas* las personas migrantes que no pudieran probar su legal estancia en México serían detenidas en una estación migratoria del Instituto Nacional de Migración, como asunto de “orden público” en tanto se determinara su situación migratoria en territorio nacional (artículo 99 de la LM). Esta disposición incluía a adultos y niños; pero el artículo 112.I de la Ley de Migración señalaba que, en el caso de los niños migrantes no acompañados, el Instituto Nacional de Migración estaba obligado a canalizarlos de manera inmediata al DIF, con el fin de privilegiar su estancia en lugares donde se les proporcionara la atención adecuada mientras se resolvía su situación migratoria y daba aviso al consulado de su país (artículo 112.I de la LM).

Sin embargo, rompiendo toda lógica de protección, la misma disposición normativa permitía que los niños migrantes fueran “alojados” en una estación migratoria por “circunstancias *excepcionales*”, en tanto se les trasladaba a las instalaciones del DIF (artículo 112.I). Según el Reglamento de la Ley de Migración, dichas “circunstancias excepcionales” eran la falta de disponibilidad en los albergues DIF y que los niños requirieran una atención que “no podía ser brindada” en las instalaciones de los albergues DIF (artículo

176). De este modo, la ley permitía la detención de los niños migrantes bajo estas *excepcionalidades*, dejando a las autoridades un margen de discrecionalidad muy amplio para definirlos. El problema es que el sistema operaba casi en su totalidad a través de la *excepción*, y todos los días se detenían a niños en estaciones migratorias al amparo de ese fundamento legal, a pesar de todas las normas jurídicas de derechos humanos que prohíben la detención de niños migrantes.

Una vez que los niños eran detenidos, los oficiales de Protección a la Infancia (OPI) del INM debían iniciar el procedimiento para determinar su interés superior y establecer las medidas de protección que mejor les favorecieran (artículos 169-177 del Reglamento y artículos 4o. y 7o. de la Circular por la que se Instruye el Procedimiento para la Atención de las Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes no Acompañados).

2. *La reforma legal de 2020 en materia de niñez migrante: principales desafíos*

El 11 de noviembre de 2020, después de diez años de incidencia de las organizaciones de la sociedad civil organizada en México, tanto la Ley de Migración como la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político fueron reformadas en diversos artículos,¹⁰⁸ cerrándose las lagunas legales que permitían la detención de niños migrantes en México. Estas reformas entraron en vigor el 11 de enero de 2021, y por fin armonizaron el marco regulatorio de migración y asilo con el de los derechos de la infancia en México. Ahora, la Ley de Migración prohíbe la detención de niños en estaciones migratorias, y también establece que debe evitarse detener a sus padres o acompañantes atendiendo a los principios de unidad familiar e interés superior de la niñez (artículo 99, LM).

La Ley de Migración señala al Sistema Nacional DIF y a las procuradurías de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (PPNNA), federal y estatales, como las entidades responsables para la protección de los niños migrantes y la determinación de su interés superior en las diferentes etapas migratorias (artículo 112). Sin embargo, el INM es el que resuelve el procedimiento administrativo migratorio atendiendo las determinaciones que en ese sentido provea el plan de restitución de derechos elaborado por la PPNNA.

¹⁰⁸ Artículos 3o., 6o., 11, 20, 29, 52, 68, 71, 73, 74, 79, 99, 95, 98, 107, 109, 112 y 120, de la Ley de Migración y artículos 6o., 9o., 20, 23 y 41, de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político.

En el caso de que el plan recomiende la permanencia del niño, el INM lo podrá regularizar; en caso contrario, se hará el “retorno asistido” del niño (artículo 112.II). Los oficiales de Protección a la Infancia del INM podrán entrevistarse con el niño a fin de conocer su identidad, su país de nacionalidad o residencia, su situación migratoria, el paradero de sus familiares y sus necesidades particulares de protección, atención médica y psicológica. Esta información la deben compartir con el DIF y las PPNNA. Además, un representante de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá estar presente en estas entrevistas (artículo 112.VI).

La Ley de Migración dispone que el INM debe reconocer de manera cautelar a todo niño migrante como “visitante por razones humanitarias” (artículo 112.I). Además, en el caso de los niños acompañados y separados, esta autorización de estancia migratoria también beneficiará de manera solidaria a la persona adulta a cargo del cuidado de aquéllos, excepto en los casos en que la PPNNA hubiera determinado que las personas adultas son contrarias al interés superior de los niños (artículo 52.V.b).

En caso de que el niño haya sido víctima o presenciado delitos en México, podrá ser regularizado si esa es su voluntad (artículo 120 LM). Y cuando el niño manifieste que quiere acceder al reconocimiento de la condición de refugiado, o el INM identifique indicios de necesidad de protección internacional, el INM, además de informar a la PPNNA, deberá notificar de manera inmediata a la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (Comar) (artículo 112.V).

La reforma estableció los centros de asistencia social (CAS) como los espacios de cuidado alternativo para los niños migrantes no acompañados durante el procedimiento administrativo migratorio que determinará su situación migratoria.¹⁰⁹ La Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes señala el marco legal para los CAS, esto es, los requisitos para autorizar, registrar, certificar y supervisarlos, con el fin de garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños privados de cuidado parental o familiar que son atendidos en dichos centros (artículo 107, LGDNNA). La regulación de los centros de asistencia social corresponde a las PPNNA municipales, estatales y federal. Y los centros de asistencia social pueden ser de los sistemas DIF (públicos), o bien privados (artículo 108, LGDNNA).

A casi dos años de que entró en vigor la reforma legal de 2020, existen diversos desafíos que impiden que ésta se cumpla cabalmente:

¹⁰⁹ Así son definidos por la Ley de Migración (artículos 3o., fracción V, y 68) y por la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (artículo 4o., fracción V).

A. *Falta de presupuesto*

Según el artículo 3o. transitorio de la Ley de Migración, los centros de asistencia social deben ser creados con los recursos que el Congreso destine para tal efecto. Sin embargo, la falta de presupuesto, tanto para la creación de estos centros de asistencia social como para el fortalecimiento de las Procuradurías de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (PPNNA), es uno de los principales obstáculos institucionales que la reforma de 2020 enfrenta. Desde 2014, y por mandato de la Ley General de Niños, las PPNNA coordinan las medidas de protección y restitución de derechos de la niñez y adolescencia migrante en México; sin embargo, al igual que con los centros de asistencia social, su creación, desarrollo y operación a nivel municipal, estatal y federal ha sido difícil por la falta de presupuesto.¹¹⁰

En 2019, la UNICEF publicó un informe sobre los costos para fortalecer el sistema de protección de niños en México. La investigación encontró que las PPNNA requieren aproximadamente 2,487 millones de pesos distribuidos en los 32 estados. No obstante, las PPNNA funcionan con apenas el 27% del presupuesto requerido, pero algunos estados, como Chiapas, operan con sólo el 7% del presupuesto requerido.¹¹¹ Algo similar sucede con los Sistemas de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (funcionarios de SIPINNA, PPNNA y Sistemas DIF en los tres órdenes de gobierno): se requiere aumentar su presupuesto para fortalecer la capacidad técnica y operativa del personal.

B. *Falta de coordinación interinstitucional*

La falta de coordinación interinstitucional también es uno de los desafíos que presenta la reforma de 2020: hace falta mejorar los mecanismos de coordinación entre las instituciones involucradas, como el INM, el Sistema DIF, la Comar y la PPNNA, y entre ellas con los albergues de la sociedad civil. Asimismo, es necesario armonizar protocolos, procedimientos y reglamentos internos para atender las necesidades específicas de cada niño migrante. Se sabe que los gobiernos estatales y locales están publicando sus regulaciones para coordinarse con el INM, pero el proceso es lento.¹¹²

¹¹⁰ KIND *et al.*, “Implementación de las reformas mexicanas que prohíben la detención de niñas, niños y adolescentes migrantes acompañados y no acompañados”, México, IMUMI, 2021.

¹¹¹ UNICEF, “Oficinas de protección a la niñez. Informar sobre los costos y opciones para su fortalecimiento”, México, UNICEF México, 2019.

¹¹² KIND *et al.*, “Implementación de las reformas mexicanas...”, *cit.*

C. *Falta de espacio en los albergues DIF*

Los refugios del DIF y la sociedad civil tienen espacios reducidos debido a la pandemia por Covid-19. El INM intenta hacer canalizaciones a los DIF, pero lo común es que no tenga espacio suficiente, por lo que el INM libera a los niños migrantes sin haber iniciado un trámite migratorio formal, o emite su retorno asistido. Los albergues de la sociedad civil reciben a las familias (que han sido referidas por el INM) mientras esperan el procedimiento de la PPNNA; pero como las familias saben que no pueden ser detenidas, abandonan el albergue. Algunas organizaciones de la sociedad civil han expresado su preocupación porque hay agentes del INM que no han sido debidamente capacitados y detienen a madres y padres y liberan a niñas, niños y adolescentes, lo que resulta en separación familiar.

D. *Fortalecimiento y difusión de modelos de cuidados alternativos*

El establecimiento de modelos de cuidados alternativos como familias de acogida, y modelos de transición para la vida independiente es un área de oportunidad muy importante que tiene la reforma de 2020. Esto en virtud de que la realidad mexicana indica que la mayoría de los niños migrantes no acompañados en México son adolescentes, por lo que la atención de una familia temporal les permitiría contar con un acompañamiento personalizado en su camino hacia la autonomía. En el marco de un cuidado programado, el acogimiento familiar es recomendado como parte de “un continuo de cuidado” para adolescentes con antecedentes de vida complejos, tanto en su lugar de origen como durante el trayecto migratorio, mientras se define su situación y se busca una “solución sostenible de calidad”.

E. *¿Deportación a falta de detención?*

En la práctica, las autoridades mexicanas han aplicado el principio de no detención plasmado en la reforma legal de 2020, de un modo que da lugar a la deportación de los niños a los lugares de los cuales vienen huyendo y su vida puede correr peligro, al determinar con frecuencia que la devolución/repatriación/“retorno asistido” del niño a su país de origen es lo que “sirve a su interés superior”. Al respecto, Amnistía Internacional ha señalado que se ha llegado a estas decisiones a pesar de que en muchas ocasiones los niños en cuestión acaban de huir de su país por amenazas tanto a su vida como a su libertad o integridad personales, y que lo que pretendían

era reunirse con sus familiares en Estados Unidos.¹¹³ Así pues, ahora se evita su detención, pero se privilegia su expulsión a lugares peligrosos.

Si bien es cierto que a la hora de determinar el interés superior de la niñez se ha dado prioridad a la unidad familiar, también lo es que ésta ha sido sinónimo de expulsión, y que rara vez las autoridades mexicanas han considerado que la migración a Estados Unidos sirva al interés superior de un joven migrante no acompañado. KIND y otras organizaciones de la sociedad civil han señalado que en Tapachula, Chiapas, algunos jóvenes no acompañados son referidos a los albergues del DIF, y que la PPNNA emite un plan de restitución de derechos que indica que lo mejor para ellos es ser deportados y que el INM se encargue de devolverlos a su país de origen a través de la figura del “retorno asistido”.¹¹⁴ Es decir, también se viola su derecho de participación y a ser escuchados.

Asimismo, Amnistía Internacional reporta que, a medida que ha aumentado el número de niños no acompañados de Guatemala, Honduras y El Salvador que viajan hacia el norte, ha crecido la presión política que Estados Unidos ejerce sobre México para que el gobierno impida a la población migrante centroamericana —incluidos los niños— cruzar el territorio mexicano para llegar a la frontera con Estados Unidos.¹¹⁵ En este sentido, resulta ilustrativa una declaración del INM de marzo de 2021 (ya que estaba en vigor la reforma de 2020), donde confirma su intención de interceptar a los niños centroamericanos que se dirigieran a Estados Unidos, a fin de hacer valer su “interé superior”.¹¹⁶

De hecho, las cifras del propio INM muestran claramente cómo en 2021, primer año de implementación de la reforma de 2020, el número de detenciones (canalizaciones) de niños migrantes ha aumentado de manera estrepitosa respecto de 2020:

¹¹³ Amnistía Internacional, “Empujados al peligro. Devoluciones forzadas de niños y niñas migrantes no acompañados efectuadas por Estados Unidos y México”, Londres, Amnistía Internacional, junio de 2021, disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/amr51/4200/2021/es/>.

¹¹⁴ KIND *et al.*, “Implementación de las reformas mexicanas...”, *cit.*

¹¹⁵ Amnistía Internacional, “Empujados al peligro...”, *cit.*

¹¹⁶ INM, “Identifica INM a tres personas menores de edad no acompañadas en operativo de verificación migratoria”, México, INM, 23 de abril de 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/inm/prensa/identifica-inm-a-tres-personas-menores-de-edad-no-acompanadas-en-operativo-de-verificacion-migratoria-270148?idiom=es>.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DETENIDOS/CANALIZADOS
 POR EL INM 2020-2022

<i>Año</i>	<i>2020</i>	<i>2021</i>	<i>2022</i> <i>(enero-mayo)</i>
Total (todos los países)	11,262	75,592	21,063

FUENTE: Elaboración propia con datos de la Unidad de Política Migratoria.

Las deportaciones (“retornos asistidos en aras de respetar el interés superior de la niñez”) de niños migrantes en 2021 y lo que va de 2022 también han aumentado en relación con 2020:

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
 DEPORTADOS 2020-2022

<i>Año</i>	<i>2020</i>	<i>2021</i>	<i>2022</i> <i>(enero-mayo)</i>
Total (todos los países)	8,710	17,711	4,300

FUENTE: Elaboración propia con datos de la Unidad de Política Migratoria.

La mayoría de los niños deportados son de los países del norte de Centroamérica:

NIÑOS DEPORTADOS DE LOS PAÍSES
 DEL NORTE DE CENTROAMÉRICA

<i>Año</i>	<i>2020</i>	<i>2021</i>	<i>2022</i> <i>(enero-mayo)</i>
Honduras	3,332	7,834	1,424
Guatemala	4,491	7,527	2,258
El Salvador	680	1,710	284
Total Norte Centroamérica	8,503	17,071	3,966
% Norte Centroamérica total deportaciones	97.6%	96.38%	92.23%

FUENTE: Elaboración propia con datos de la Unidad de Política Migratoria.