

Hacia una política migratoria con perspectiva de derechos humanos.

Una mirada crítica a los derechos de niñas/os migrantes no acompañados

*Jazmín Sánchez Estrada**

Con la publicación de la Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria en 2011 se inició un proceso de reformas, adiciones y derogaciones al marco jurídico en materia migratoria, que en la letra pugnaba por los derechos humanos de los migrantes, por primera vez se aludía a los derechos de niñas/os migrantes no acompañados y sus derechos, sin embargo a un año de la publicación del Reglamento de Ley de Migración, el balance entre el estricto respeto a principios tales como el interés superior del niño -plasmados en la Ley- y su efectivo cumplimiento evidencia graves tensiones entre el reconocimiento del niño/a migrante no acompañado como sujeto de derechos y la primacía de la política migratoria con fuertes inclinaciones por la seguridad.

With the publication of the Complementary Protection in International Refugee Law in 2011, began a reform process, additions and deletions to legal framework on migration matter, which struggled for human rights of migrants, by the first time, alluded to the unaccompanied girls and boys rights, however to the first year of the publication of the Migration Law Regulation, the balance between the strict respect to principles such as the interests of the child - written in the Law-, and its effective performance, evidences serious tensions between the recognition of the unaccompanied migrant child as a subject of rights and the primacy of migration policy with strong inclinations to safety.

SUMARIO: Introducción / I. El nuevo derecho migratorio en México / II. ¿Qué es una política pública con perspectiva en los derechos del niño? / III. La valoración y determinación del interés superior del niño migrante no acompañado. Análisis crítico de sus derechos en el nuevo derecho migratorio mexicano / IV. Consideraciones finales / Fuentes de consulta

* Mtra. en Gobierno y Asuntos Públicos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Sede México, Profesora, Investigadora del Departamento de Derecho de la UAM-A, Secretaria Editora de la Revista *Alegatos*.

Introducción

La perspectiva de derechos humanos se ha pensado como una *forma de ver y manera de hacer* para lograr el acceso efectivo de todo individuo a sus derechos, entendiendo que el fin último que se persigue es la protección de la dignidad humana. Es claro que no se trata de una cuestión que deba atenderse según la temática en estudio, por el contrario, y partiendo de la concepción más innovadora de política pública, ésta debe concebirse en toda solución a cualquier *situación socialmente inaceptable*.

El objetivo del enfoque de derechos humanos es persuadir a los Estados para que planeen su desarrollo, que no crecimiento, con base en la concepción de titulares de la responsabilidad de efectivizar derechos y no de proporcionar dádivas, es decir, los gobernados (incluidos las niñas, niños y adolescentes) no son “beneficiarios” sino sujetos de derechos, derechos que son el medio para su pleno desarrollo.

Estas dos visiones habían permanecido sin vinculación en el planteamiento del desarrollo interno de los países, era común asociar desarrollo humano con problemas de tipo social y colectivo, vinculados con el desarrollo socioeconómico, en tanto que los derechos humanos se entendían más como derechos civiles y políticos con baja proyección social, lo cual hacía muy complejo establecer lazos de comunicación e interdependencia de tipo económico-social.¹

Así, mientras que en el ámbito de los derechos humanos las reflexiones sobre políticas públicas han sido recurrentes, para el campo de estudio de las políticas públicas el enfoque de derechos humanos es de reciente interés. Fueron principalmente las organizaciones civiles las que desarrollaron la discusión sobre la relación existente entre estas dos temáticas.

Por ello, resulta innovador el hecho de que una ley, que recién se promulga, sea adjetivada como “política pública respetuosa de los derechos humanos”, tanto en el discurso² como en su propio texto:

Artículo 2º párrafo segundo, de la Ley de Migración (en lo sucesivo LM):

Son principios en los que debe sustentarse la política migratoria del Estado mexicano los siguientes:

Respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria, con especial atención a grupos vulnerables como menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera

¹ William Guillermo Jiménez Benítez, “El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas” *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas* (12): pp. 31-46. [Publicación en línea]. Disponible en: <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/enfoque_DDHH.htm> [sin fecha de acceso (s/f/a)].

² Ballinas, Víctor y Andrea Becerril, “Respeto a los derechos humanos, eje de la nueva Ley de Migración que prepara el Senado”, *La Jornada*, 16 de enero del 2011, p. 45; Fernando Camacho Servín, “Sólo declarativa, la propuesta de nueva ley migratoria: experta”, *La Jornada*, 28 de enero del 2011, p. 18.

edad, así como a víctimas del delito. En ningún caso una situación migratoria irregular preconfigurará por sí misma la comisión de un delito ni se prejuzgará la comisión de ilícitos por parte de un migrante por el hecho de encontrarse en condición no documentada.

Sin embargo, es necesario plantearse si en términos del enfoque de derechos: ¿la actual política migratoria es respetuosa de la perspectiva de derechos del niño?, y lamentablemente aparecen serios indicios de que sólo en algunos aspectos,³ ya que considera una serie de prácticas con tendencia a la criminalización y la seguridad, pero sobretodo, no se atiende a un principio fundamental de este enfoque: reconocimiento de sujetos de plenos derechos.

En este sentido, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo la Corte), en su Opinión Consultiva No. 17, párrafo 41:

La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. **Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.**⁴

Y es justo frente a estas acciones de gobierno traducidas en políticas públicas, que la sociedad civil y la academia tienen un papel clave, debiendo participar activamente en los procesos de evaluación de la implementación de esas políticas —vertidas en marcos legales—, de tal manera que haya datos exactos sobre la valoración de sus efectos sobre la población a quien se dirige, para el caso que nos ocupa: los niños.

La autovigilancia y la evaluación son una obligación para los gobiernos. No obstante, el Comité considera asimismo esencial que exista una vigilancia independiente de los progresos logrados en la aplicación por parte, por ejemplo, de los comités parlamentarios, las ONG, las instituciones académicas, las asociaciones profesionales, los grupos de jóvenes y las instituciones independientes que se ocupan de los derechos humanos.⁵

Así, el presente artículo se enfoca en el análisis del grado de cumplimiento de las obligaciones del Estado mexicano con respecto a sus deberes de respetar, proteger

³ Fernando Camacho Servín, “ONG rechaza el trato que recibirán niños con la nueva Ley de Migración”, *La Jornada*, 1 de septiembre del 2011, p. 12.

⁴ Negritas de la autora.

⁵ Comité de los Derechos del Niño, “Observación General No. 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, UNICEF, párrafo 46.

y garantizar los derechos de niñas y niños, todo ello bajo la óptica del estándar internacional concebido en convenciones y protocolos, de los que México es parte firmante y obligada, pero más aún en los estudios de expertos independientes de cada uno de estos estándares.

Para ello y dado que se está frente a un grupo claramente delimitado, “los niños migrantes no acompañados”, se recurre a indagar como se ha conceptualizado el tema de sus derechos y la reciente inserción del principio del interés superior del niño en el actual derecho migratorio mexicano, asimismo, se expone el conjunto de obligaciones que el Estado ha contraído al ser parte firmante del cuerpo de instrumentos internacionales del sistema universal e interamericano, poniendo especial énfasis en los principios generales de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado de niñas y niños.

A continuación, se contrastan el conjunto de disposiciones jurídicas migratorias frente a las obligaciones internacionales en materia de derechos del niño, de manera que se pueda aceptar o rechazar la afirmación que ha rodeado a la actual política migratoria: su perspectiva de derechos humanos y su correlativa perspectiva de derechos del niño.

Y, finalmente, con base en la doctrina y la jurisprudencia internacional se plantean una serie de recomendaciones que se aspira pudiesen llegar a ser directrices para adecuación, en su caso, del actual marco jurídico migratorio.

I. El nuevo derecho migratorio en México

Denomino nuevo derecho migratorio en México al contenido de diversas leyes, reglamentos y lineamientos que surgieron de la derogación, abrogación o reformas al marco legal que normaba —enero 2011— la internación, estancia y salida del extranjero⁶ en nuestro país. Dicho proceso se inició con la derogación de la fracción VI del artículo 42 de la Ley General de Población (en lo sucesivo LGP), donde se definía como una de las características migratorias de la Calidad de No Inmigrante al refugiado⁷ y la publicación de la Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria (en lo sucesivo LSRPC), por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*

⁶ Utilizo el concepto extranjero retomando la definición bajo el criterio de exclusión que se enuncia en el artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 1º fracción IV de la Ley de Nacionalidad y el artículo 3º fracción XI de la Ley de Migración.

⁷ Artículo 42 fracción VI: “No inmigrante es el extranjero que con permiso de la Secretaría de Gobernación se interna en el país temporalmente, dentro de alguna de las siguientes características: VI. REFUGIADO. Para proteger su vida, seguridad o libertad, cuando hayan sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en su país de origen, que lo hayan obligado a huir a otro país [...]”.

el 27 de enero del 2011, esta Ley daba tratamiento conjunto a las características migratorias de refugiado y asilado⁸ previstas anteriormente en la LGP,⁹ asimismo, introdujo la categoría a fin de “Protección Complementaria”,¹⁰ ampliando el espectro de posibilidades para que el extranjero —aún habiendo ingresado de manera ilegal a territorio mexicano— pudiese residir legalmente.

Con este hecho, quedó de manifiesto que el tema de la migración en nuestro país, como ruta de tránsito hacia los Estados Unidos de Norteamérica, se había colocado en la agenda de la política nacional,¹¹ pero más aún, en su agenda multilateral, particularmente con países centroamericanos como Guatemala y Honduras.¹²

⁸ Lo cual podía inferirse del análisis a los artículos 2º fracción V, correlacionado con el artículo 13, en sus tres fracciones, de la Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria. Para esta Ley se entendería por refugiado “El extranjero que encontrándose en los supuestos establecidos en el artículo 13 de la Ley [...]”, a su vez el artículo 13, disponía: “La condición de refugiado se reconocerá a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, bajo alguno de los siguientes supuestos:/ I. Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;/ II. Que ha huido de su país de origen, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, y/ III. Que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

⁹ Artículo 42 fracciones V y VI de la Ley General de Población, y 165 y 166 del Reglamento de la Ley General de Población.

¹⁰ Artículo 2º fracción IV de la Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria: “Para los efectos de esta Ley se entenderá por:/ IV. Protección Complementaria: Protección que la Secretaría de Gobernación otorga al extranjero que no ha sido reconocido como refugiado en los términos de la presente Ley, consistente en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, se vería amenazada o se encontraría en peligro de ser sometido a tortura u tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

¹¹ Es importante destacar que en el marco de la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de dichas reformas, derogaciones y adiciones, nuestro país enfrentaba el reclamo desde la sociedad civil por los asesinatos cometidos contra migrantes como la matanza de 72 personas en Tamaulipas y el secuestro de 30 en Oaxaca. Jesús Arana. Zetas ejecutaron por la espalda a 72 migrantes; no pudieron pagar rescate. La Jornada online. Secc. Política, p. 1. [Publicación en línea]. Disponible en: <<http://www.jornada.unam.mx/2010/08/26/index.php?section=politica&article=002n1pol>> [con acceso el 1 de noviembre del 2013]; Víctor Ballinas. Testigos confirman el secuestro de 40 migrantes en Oaxaca: CNDH. La Jornada online. Secc. Política, p. 1. [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.jornada.unam.mx/2010/12/24/politica/005n1pol>> [con acceso el 1 de noviembre del 2013].

¹² Países colindantes con nuestra frontera sur, con un alto porcentaje de migrantes que buscan llegar al llamado “sueño norteamericano” con cifras que presentan un marcado ascenso. Según el Centro de Estudios Migratorios del INAMI, en el 2010, los migrantes guatemaltecos representaban 45.1%, en tanto que los hondureños 37.1% de 100% del flujo de migrantes procedentes de países centroamericanos retenidos y devueltos por México. Ernesto Rodríguez Chávez. Migración centroamericana de tránsito irregular por México. Estimaciones y características generales. [Publicación en línea]. Disponible en: <http://www.oxfamemexico.org/wp-content/uploads/2013/06/APUNTES_N1_Jul2011.pdf> [con acceso el 10 de abril del 2014].

Después de un intenso debate en el Congreso, ello debido a la polémica colaboración que se proponía entre el Instituto Nacional de Migración (en lo sucesivo INAMI) y la Policía Federal Preventiva,¹³ se promulgó la LM, que de manera transversal trastoca los temas de la condición jurídica del extranjero en México, bajo lo que se denominó “la nueva política migratoria del Estado Mexicano”,¹⁴ cuyo cambio radical que se proponía —desde el discurso— era la inserción de la perspectiva de derechos humanos.¹⁵

Con la publicación de la LM se propició un proceso de incertidumbre y desconcierto entre los funcionarios del INAMI y de ausente certeza jurídica para los usuarios de sus servicios, ello porque los artículos transitorios de la citada Ley reformaban, derogaban y adicionaban distintas disposiciones de la LGP y su Reglamento (en lo sucesivo RLM), que hasta entonces había sido ley específica sobre la materia, dejando la parte medular de la internación, estancia y salida en una situación particular, al condicionarla a la publicación del RLM.

Tales artículos transitorios del Decreto de Publicación, disponían:

PRIMERO. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

SEGUNDO. Las reformas a la Ley General de Población entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, excepto las derogaciones a las fracciones VII y VIII del artículo 3o. y a los artículos 7 a 75, que entrarán en vigor hasta que se encuentre vigente el Reglamento de la Ley de Migración.

En la tabla de la siguiente se muestra la manera en que habrían de operar los artículos transitorios citados a su entrada en vigor.

¹³ Previo a suprimir los artículos 26 y 151 que facultaban a la Policía Federal Preventiva para llevar a cabo detenciones de migrantes en todo el territorio nacional y multar a quien contratase a indocumentados, se publicó la Ley de Migración. En la versión que finalmente se aprobó, ya no consideraban las detenciones basadas en denuncias anónimas o las sanciones a los defensores de los derechos de migrantes, por el simple hecho de prestarles ayuda. Renata Terrazas. ¿La nueva Ley de Migración significa un cambio real?. Comunidad Curul 501 (9). [Publicación en línea]. Disponible en: <<http://www.fundar.org.mx/curul501/articulo.php?idarticulo=50#sobreelautor>> [s/f/a].

¹⁴ V. artículo 2 párrafo tercero de la Ley de Migración, donde claramente se alude al compromiso y deber por parte del Estado mexicano del respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes nacionales y extranjeros.

¹⁵ Andrea Becerril y Víctor Ballinas, “El Senado aprueba Ley de Migración; no criminaliza a extranjeros indocumentados”, *La Jornada online*. Secc. Política, p. 1. [Publicación en línea]. Disponible en: <<http://www.jornada.unam.mx/2011/02/25/politica/015n1pol>> [con acceso el 1 de noviembre del 2013]; AOL Noticias. Consolida nueva ley migratoria política de México: Blake. [Web en línea]. Disponible en: <<http://noticias.aollatino.com/2011/05/24/nueva-ley-migratoria-politica-de-mexico/>> [con acceso el 1 de noviembre del 2013]; Carlos Lara. Gobierno Federal buscará nueva política migratoria. [Documento en línea]. Disponible en: <<http://www.oem.com.mx/laprensa/notas/n1909630.htm>> [con acceso el 1 de noviembre del 2013].

Artículos de la Ley General de Población que se reformaron, derogaron y adicionaron con motivo de la publicación de la Ley de Migración.¹⁶

Reforma	Derogan	Adiciona
Artículo 77	Fracciones VII y VIII del artículo 3º *	Una fracción III al artículo 76 Artículo 80 Bis
Artículo 81	Artículos 7 al 75 *	
Artículo 83 y 84	Artículos 78 al 80	Artículo 52, 2º párrafo.
	Artículo 82	
	Fracciones II, III y V Artículo 113	
	Artículos 116 al 118	
	Artículo 125 al 141	
	Artículo 143 al 157	
	Artículo 35 y 42 Fracción VI	
* Artículos cuya derogación quedaría sujeta a la publicación del Reglamento de la Ley de Migración.		

Lo anterior, considerando que las reformas y adiciones entrarían en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, en tanto que las derogaciones a las fracciones VII y VIII del artículo 3o. y a los artículos 7 a 75, hasta que se encontrase vigente el RLM.

En este sentido, respecto a la tan esperada LM y pese a que se anunció como un instrumento que permitiría al Estado mexicano convertir su política migratoria en un baluarte al estar basada en el respeto irrestricto de los derechos humanos, el artículo segundo transitorio de la misma, preveía:

SEGUNDO. El artículo 10; las fracciones I, II, III y VI del artículo 18; el artículo 21; los Capítulos I y II del Título Cuarto; el último párrafo del artículo 74; los artículos 101 y 102; el artículo 117; el último párrafo del artículo 112; los artículos 126 y 127, y los artículos 149, 157 y 158 de la Ley de Migración, entrarán en vigor hasta que se encuentre vigente el Reglamento de la misma Ley.

¹⁶ Fuente: Elaboración propia, con base en el decreto que promulgó la Ley de Migración, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de mayo de 2011.

Sección Artículos de Investigación

Para efectos prácticos, la unidad familiar, las nuevas condiciones de estancia y sus beneficios, la posibilidad de otorgar a la niña, niño o adolescente migrante no acompañado la condición de estancia de visitante por razones humanitarias y así impedir su inmediato retorno asistido, el procedimiento para determinar el interés superior del niño, la oportunidad de someterse a un procedimiento administrativo de regularización migratoria, y por ende, no ser deportado o retornado a su país de origen, la determinación de lineamientos en la atención de personas en situación de vulnerabilidad, para el caso de retorno asistido (niña, niño o adolescente migrante no acompañado), la obtención de visas por razones humanitarias, unidad familiar u oferta de empleo, previstas en la LM hubieron de permanecer en una especie de *parálisis legislativa* hasta en tanto no se publicase el RLM, es decir, para todos los efectos legislativos la Ley vigente era la LGP.

Artículos de la LM que entraron en vigor hasta que publico el RLM ¹⁷
Artículo 10
Fracciones I, II, III y VI del artículo 18
Artículo 21
Capítulos I y II del Título Cuarto
Último párrafo del artículo 74
Artículos 101 y 102
Artículo 117
Último párrafo del Artículo 112
Artículos 126 y 127
Artículo 149
Artículo 157
Artículo 158

En atención a la política migratoria que el Estado mexicano había emprendido el 21 de febrero del 2012, se promulgó el Reglamento de la Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria (en lo sucesivo RLSRPC), cuya finalidad era dar cumplimiento a las obligaciones que México había contraído con la firma y ratificación de algunos instrumentos internacionales, como era el caso de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.¹⁸

Finalmente, el 28 de septiembre del 2012, este proceso que puso en marcha la nueva política anunciada dos años atrás con énfasis predominante en los derechos humanos de los migrantes, llegó a uno de sus momentos más relevantes con la publicación del RLM, cuyo instrumento jurídico insertó por primera vez en materia de política migratoria el concepto que reconocía la valoración y determinación del interés superior de niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados. Es decir, por primera vez, se les reconocía como sujetos de derechos en una política pública que directamente les afectaba; lo cual implícitamente hacía vigentes las obligaciones del Estado mexicano de respetar, proteger y garantizar sus derechos, ya no por un mero acto de benevolencia, sino porque reconocía en ellos a sujetos de derechos.

No cabe duda que con la inserción primero en la LM de un capítulo relativo al procedimiento de atención a personas en situación de vulnerabilidad y, posterior-

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Promulgada por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de agosto del 2000.

mente, con el correlativo apartado en el RLM, sobre el procedimiento para la valoración y determinación del interés superior de niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados, la política migratoria de México asumía un nuevo rostro, sin embargo, ello no era condición suficiente para catalogarla de un política con perspectiva de derechos humanos.

II. ¿Qué es una política pública con perspectiva en los derechos del niño?

Se puede afirmar que las niñas/os son titulares de derechos, individuales, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño (en lo sucesivo Convención DN)¹⁹ representó un fundamento invaluable de los niños como titulares de derechos, bajo los principios de autonomía, igualdad y dignidad.

Sin embargo, para entender la trascendencia del reconocimiento del niño como sujeto de derechos en toda política pública, sean éstos destinatarios directos o indirectos de la misma, es imprescindible aludir a las obligaciones que el Estado mexicano tiene para con la niñez: *respetar, proteger y garantizar*.²⁰

En primera instancia, está obligado a *respetar* sus derechos, lo cual se traduce en que la actuación del poder público tiene y tendrá limitantes establecidas por los derechos del niño, las directrices que guían esta obligación están determinadas por el marco jurídico del que México es parte firmante y ratificante a nivel internacional²¹ y que se ha plasmado en el plano nacional.²² En tanto que la obligación de *proteger* implica que el Estado debe tomar medidas necesarias para evitar que se violenten los derechos humanos por parte de terceros.

La obligación de *garantizar*, cuya interpretación radica en que el Estado debe organizar el aparato gubernamental, de modo tal que permita el efectivo y libre acceso

¹⁹ Decreto de promulgación publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

²⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

²¹ Declaración de los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos del Niño, Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de la Niñez relativo a la venta, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de la Niñez relativo a la participación de niños en los conflictos armados; Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Edad Mínima Laboral; Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil. Observaciones finales emitidas por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas respecto al III Informe de México sobre Niñez, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica); Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias; Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción Internacional de Menores; Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, etcétera.

²² Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal; y la legislación en materia de infancia y adolescencia en las entidades federativas.

a sus derechos, esta obligación debe implicar el deber de *prevenir, investigar y sancionar* toda vulneración a sus derechos, procurando, además, la restitución del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación.

El Comité de los Derechos del Niño (en lo sucesivo Comité DN), en su calidad de órgano de expertos independientes, vigilante del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su Observación General No. 5 “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, se ha manifestado en el sentido de que las obligaciones de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales de la niñez, por parte de los estados, deben concretarse hasta el máximo de sus recursos.

Así, el centro de toda acción gubernamental respecto de sus deberes, residirá en el reconocimiento del niño como sujeto de derechos²³ —se trata de un concepto jurídico-político—, es decir “pasar de súbdito a ciudadano”, constatado por la participación activa del niño en toda política pública de la cual sea destinatario.²⁴ Al respecto, el Comité DN, “la puesta en práctica de los derechos humanos de los niños no ha de considerarse como un proceso caritativo que consista en hacer favores a los niños”,²⁵ optando siempre por la “adopción de una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura”.²⁶

Ello debe implicar procedimientos eficaces, que como mínimo consideren:²⁷

²³ Corte IDH, *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párrafo 45: Los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto.^[50] La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece ^[51].

^[50] *Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra* nota 49, párr. 121; y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 196.

^[51] *Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02*, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 62; y *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra* nota 49, párr. 121.

Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrafo 177: Respecto del ejercicio de la titularidad de los derechos humanos, la Corte ha señalado que

[...] [l]a mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana ^[109].

^[109] *Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *supra* nota 84, párr. 41.

²⁴ Domitille Deleplace y Vázquez Luis Daniel, *Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos, Maestría en Derechos Humanos y Democracia*, México, Flacso, Sede México, 2009, p. 8.

²⁵ *Op. cit.*, 6, párrafo 12.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Ibidem*, párrafo 24.

1. Información que sea adecuada a los requerimientos del niño.
2. Debido asesoramiento.
3. Promoción y autopromoción.
4. Acceso a procedimientos independientes de denuncia.

Reconocer en un niño/a a un sujeto de derechos, implica un cambio profundo en la forma y fondo de diseñar y poner en marcha políticas públicas destinadas a ellos, supone que se les escuche y atienda considerando que todo aquello que como grupo o individualmente puedan externar será crucial para su diseño,²⁸ preponderando la inserción de mecanismos que posibiliten el ejercicio efectivo de sus derechos y los principios inherentes a éstos,²⁹ mirando porque no existan contradicciones entre los documentos constitutivos de la política pública y el ejercicio de las garantías allí recogidas.

Por ello, para el cumplimiento de dicha obligación no bastará con hacer extensivo el acceso a los procesos de los adultos a los niños (como en el caso que nos ocupa de la LM), ni el listado de buenas intenciones, sino que se “promueva más la integración visible de los niños en la formulación de políticas y la sensibilización sobre sus derechos”.³⁰

Esto sólo se puede lograr con la participación activa del niño(s) a quien va dirigida la política pública, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones en todos los asuntos que le afecten.³¹

²⁸ Es un hecho confirmado por los activistas en materia de derechos humanos que para el diseño de esta política no fueron considerados los actores principales, ello debido a que los mecanismos que utilizó la Secretaría de Gobernación fueron ineficientes: intercambio de correos electrónicos. Víctor Ballinas y Andrea Becerril, “Persiste violación a las garantías de migrantes, denuncian activistas”, *La Jornada*, México, 27 de octubre del 2011, p. 23.

²⁹ “El derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Los cuatro principios fundamentales de la Convención son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño.” UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento jurídicamente vinculante. [Web en línea]. Disponible en: <<http://www.unicef.org/spanish/crc/>> [s/f/a].

³⁰ *Ibidem*, 27, párrafo 47.

³¹ Convención DN, artículo 12; Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012*. Serie C No. 239, párrafo 196
Consideraciones de la Corte

196. La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto.²¹⁶ En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño,²¹⁷ el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.²¹⁸

Por tanto, el reconocimiento del niño/a como sujeto de derechos implica darles un trato de personas, respetando su dignidad, evitando tratarles como incapaces, reconociendo que desde su nacimiento poseen una serie de derechos; ser sujeto de derechos se traduce en su participación como actores activos dentro de los espacios donde se desarrollan: la familia, la escuela y su comunidad.

En este sentido, se circunscribe el enfoque reciente de derechos del niño/a, que da paso a la posibilidad de pensar en las políticas públicas destinadas a la niñez, como la acción gubernamental que busca la concreción de sus derechos y que, desde el punto de vista de la norma jurídica se legitiman mediante directrices³² entendiendo con ello que se está frente a personas titulares de derechos que obligan al Estado.

Por lo cual, las políticas públicas destinada a los niños, debieran concebirse y ejecutarse bajo la visión expuesta por la filosofía política, la cual sostiene que los derechos no son dádivas que el Estado otorga a sus súbditos sino responsabilidades cuyo cumplimiento es condicionante *sine qua non* para su existencia, por lo que una política pública con perspectiva en los derechos del niño, necesariamente implica los principios de no discriminación, derecho a ser escuchado y a observar su interés superior.

²¹⁶ *Mutatis mutandi, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121.

²¹⁷ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (Añadido fuera del texto)

²¹⁸ *Cfr.* Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 122, párr. 99. Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha definido que el derecho a “ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”, implica que “esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones”. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 32. En particular, UNICEF ha indicado que “todo procedimiento [...] judicial que afecte al niño cubre un espectro muy amplio de audiencias en cortes, incluyendo todos los procedimientos civiles, tales como los procedimientos de divorcio, custodia, cuidado y adopción, cambio del nombre, solicitudes judiciales respecto al lugar de residencia, religión, educación, disposición de dinero, etcétera, decisiones judiciales sobre nacionalidad, inmigración y estado de refugiado, y procedimientos penales; también incluye la participación de Estados ante tribunales internacionales”. Traducción al castellano de la Secretaría de la Corte Interamericana. Unicef, Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (Tercera edición enteramente revisada) 2007, p. 156.

³² Se utiliza el término directriz como “conjunto de instrucciones y normas generales para la ejecución de alguna otra cosa”. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://lema.rae.es/drae/?val=directriz>> [con acceso el 11 de abril del 2014].

III. La valoración y determinación del interés superior del niño migrante no acompañado. Análisis crítico de sus derechos en el nuevo derecho migratorio mexicano

Tratándose de políticas públicas cuyos destinatarios finales son un grupo que por su vulnerabilidad —que no inmadurez cognitiva— requiere de especial cuidado y protección por parte del Estado, es necesario entender que su inclusión o pertenencia a dos grupos que requieren “protección especial”³³ (niño(a) /migrante) los coloca con altas posibilidades de ver vulnerados sus derechos, es decir no sólo están en riesgo por los factores de dependencia y cuidado que implica su edad, sino por pertenecer a una población mixta y altamente compleja que conforman los migrantes.

Pero ¿a quién se debe considerar niño migrante?, primero, se entenderá por niño “todo ser humano menor³⁴ de 18 años”, según la Convención DN,³⁵ aunque es importante precisar que los Estados Parte de dicha Convención están en libertad de establecer la mayoría de edad antes de los 18 años. En el caso de México, coincide con el criterio ya expuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo la Comisión) y la Corte, al proponer un estándar de derechos de las niñas/os, que será aplicable a todas las personas menores de 18 años.³⁶

Por “migrante” se entenderá, según la Corte,³⁷ “término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante”, entendiéndose a su vez como emigrante, a la “persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él” y al inmigrante como la “persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él”.

En una concepción más amplia según se establece en el artículo 1º de la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares,³⁸ podría incluso afirmarse que la situación de migrante se puede adquirir aún antes de salir del país de origen, es decir, bastaría la intención del migrante de salir en un futuro del mismo; ésta interpretación es relevante en el caso de los niños migrantes porque muchos de ellos aunque no han abandonado su país, sus padres ya lo han hecho y ellos se preparan para seguir sus pasos.

Por tanto, se entenderá por “niño/a migrante”, aquella persona menor de 18 años que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él o que

³³ Opinión Consultiva No. 17. Condición jurídica y derechos humanos del niño. 29 de agosto de 2002. Párrafo 60.

³⁴ Se utiliza el concepto menor tal cual se dispone en la Convención de los Derechos del Niño y no en un afán de discriminación.

³⁵ Convención Sobre los Derechos del Niño, artículo 1º.

³⁶ *Op. cit.*, 34, párrafo 40.

³⁷ Opinión Consultiva No. 18. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párrafo 69.

³⁸ Promulgada por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de agosto de 1999.

llega a otro Estado con el propósito de residir en ese territorio, e incluso que estando en su país de origen o donde reside tiene la intención en un futuro próximo de salir de ese país; bajo esta conceptualización, implica que el niño/a migrante debe recibir protección no sólo por su condición de niño, sino por su situación de migrante³⁹ aún antes de abandonar el país del cual es nacional o residente.

En este sentido, la Observación General No. 6, párrafo 7 del Comité DN, establece qué se entenderá “por “niños no acompañados” (llamados también “menores no acompañados”) de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”.

Asimismo, es importante determinar que se ha de entender, pero sobre todo el sentido y alcance del llamado “interés superior del niño”,⁴⁰ cuando se alude a este principio, se está frente a un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico y una norma de procedimiento.

a) Un *derecho sustantivo*:⁴¹ el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un *principio jurídico interpretativo fundamental*: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una *norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir

³⁹ Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, *Amicus Curiae sobre la solicitud de opinión consultiva No. 21: Derechos de los/as niños/as migrantes*, 17 de febrero de 2012. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://textos.pucp.edu.pe/pdf/1724.pdf>> [con acceso el 11 de abril del 2014].

⁴⁰ En el caso del Estado mexicano, dicho principio ha sido elevado a rango constitucional en el artículo 4º párrafo octavo, que a la letra dispone: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.” Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005*. Serie C No. 130, párrafo 59.

⁴¹ Las cursivas son de la autora.

una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.⁴²

Lo que se traduce en las obligaciones por parte del Estado, de garantizar que dicho principio se integre de forma adecuada y se aplique metódicamente, en todas las medidas que respecto a los niños tomen instituciones públicas o privadas, en especial en medidas que implique ejecución, procedimientos administrativos y judiciales;⁴³ comprobando fehacientemente que el interés superior de niñas y niños ha sido su eje rector, ello por supuesto implica explicar como se examinó y evaluó y la ponderación que ha tenido en la decisión final.⁴⁴

Para afirmar que se ha dado pleno cumplimiento al interés superior del niños, debieron haberse cumplido los parámetros siguientes:

- a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño;
- b) El reconocimiento de los niños como titulares de derechos;
- c) La naturaleza y el alcance globales de la Convención;
- d) La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto derechos de la Convención;
- e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo”.⁴⁵

En contraste con esta conceptualización, la ya multicitada LM, y su Reglamento, dedican respectivamente, el Capítulo VII “Del procedimiento en la atención de personas en situación de vulnerabilidad” del Título sexto “Del procedimiento Administrativo Migratorio” y el Capítulo I “Del procedimiento para la valoración y determinación del interés superior de niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados” del Título Séptimo “De la protección de los migrantes que transitan por el territorio nacional”, a este especial grupo de migrantes, sin embargo

⁴² Comité de los Derechos del Niño, Observación General no. 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” (artículo 3, párrafo 1), párrafo 6.

⁴³ *Ibidem*, párrafo 14.

⁴⁴ *Idem*. Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafo 134.

⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 16.

y frente a todo lo hasta ahora descrito, abordaré el desarrollo de dicho procedimiento a partir de los elementos que claramente están en contradicción con el mínimo de los derechos de niñas/os migrantes no acompañados. Cabe destacar que es de “especial gravedad”⁴⁶ que pueda imputarse a un Estado Parte de la Convención DN “el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo”.⁴⁷

A continuación se aborda una serie de medidas que el INAMI en coordinación con el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (en lo sucesivo DIF) —a nivel federal, estatal, municipal y del Distrito Federal— y la Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, pondrá en marcha con la finalidad de determinar el interés superior de los niños, es decir, se plantea la aplicación de los mecanismos de control migratorio y repatriación e incluso si fuese el caso, del reconocimiento de refugiado, a los “niños/as migrante no acompañados”, que en principio, deberían llevarse a cabo en estricto respeto al principio del interés superior del niño.

Como se ha explicado, el interés superior del niño fue regulado por la Convención DN en su artículo 3.1 estableciendo que en toda medida cuyo destinatario sea un niño, que deba ser instrumentada por instituciones públicas o privadas, será prioritario siempre el respeto irrestricto de los derechos del menor, y es justamente este concepto el que encuentra serias tensiones con la aplicación de lo dispuesto en el RLM.

En este sentido, hay indicios a partir de los cuales se presume que los mencionados derechos fundamentales consagrados en la Convención DN están siendo violentados tanto en la LM como su Reglamento, tales como: la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (físico, mental, espiritual, moral,



observatoriocolef.org

Como se ha explicado, el interés superior del niño fue regulado por la Convención DN en su artículo 3.1 estableciendo que en toda medida cuyo destinatario sea un niño, que deba ser instrumentada por instituciones públicas o privadas, será prioritario siempre el respeto irrestricto de los derechos del menor.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 141.

⁴⁷ *Idem*.

psicológico y social), el derecho a expresar su opinión, a ser escuchado y a la libertad personal.⁴⁸ Pero, además, si consideramos que para dar pleno efecto al interés superior del niño deberá atenderse al carácter indivisible, interdependiente e interrelacionado de sus derechos, plantearse la violación a uno, implica el incumplimiento de las obligaciones de respetar, garantizar y proteger de todos y cada uno de ellos.

La primera de las tensiones se vislumbra en la dualidad permanente entre el respeto irrestricto que se plantea en el marco legal y el ejercicio efectivo de los derechos,⁴⁹ lo que se puede constatar ante la ausencia de una política integral nacional de atención a los niños migrantes no acompañados, cuya finalidad sería resolver las desigualdades de acceso a servicios de salud, educación, esparcimiento y juego, entre otros; la no participación de los niños y niñas en las formulación e implementación de esta política y sobre todo, en la carente disponibilidad de recursos para combatir la decisiones de una autoridad administrativa como el INAMI, que limita sus derechos indebidamente.

Otro punto de inflexión importante, en materia de los derechos del niño/a migrante no acompañado, es la vulneración al principio de la “no detención”, ya que en el RLM se alude a “Si por alguna circunstancia excepcional las niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados son alojados en una estación migratoria [...]”⁵⁰ ello abre la posibilidad a que derivado de la criminalización de la inmigración irregular, por la mera infracción a una norma de carácter administrativo, los niños/as puedan ser privados de su libertad, teniendo como única garantía, la posibilidad de no compartir espacio en las estaciones migratorias, con adultos, sin embargo dicha medida es inadmisibles, aún por motivos cautelares debe velarse porque sea el último de los recursos empleados.⁵¹

Ahora bien, aunque se avanzó en el reconocimiento del deber por parte del INAMI de canalizarlos de manera inmediata al DIF, la legislación es omisa en lo relativo a ciertas garantía procesales, como el derecho a un tutor y a la asistencia jurídica gratuita, y a que el menor sea oído y considerada su opinión sobre los asuntos que le interesan en el procedimiento que hipotéticamente enfrente ante el Instituto.⁵²

⁴⁸ Artículos 2º, 6º, 12 y 37, respectivamente.

⁴⁹ V. LM artículo 2º, párrafo tercero y artículo 6º.

⁵⁰ RLM, artículo 176, fracción II, párrafo tercero.

⁵¹ Carolina Gómez Mena, “Activistas lanzan campaña contra detención de niños migrantes”, *La Jornada*, México, 8 de octubre del 2012, p. 19.

⁵² “Durante el desarrollo de esta investigación hemos encontrado obstáculos para acceder a distintas fuentes de información, en particular para ingresar a la EMSXXI para realizar entrevistas y conocer la situación de los NNA allí detenidos. Al solicitar autorización para hacer las visitas, y luego de algunos meses de la solicitud formal, el INM informó que se debía cumplir con una serie de condiciones. En el intercambio de cartas que generó el pedido, quedó en evidencia un preocupante desconocimiento de los estándares que surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), especialmente en cuanto a considerar a los niños y niñas como sujetos de derechos, con capacidad de decisión y discernimiento. En función del principio de autonomía progresiva, el ejercicio de estas capacidades debe garantizarse de manera creciente según la edad y madurez de cada persona. Entre otros motivos, alegaron la “incapacidad natural y legal” de los menores de 18 años —con base en el Código Civil mexicano, incompatible

Coincidió con la postura del Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A.C. y del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, en el sentido de que persiste la “primacía de la política migratoria” por encima de los derechos de la niñez, ello traducido en el papel preponderante que se sigue otorgando al INAMI y los Oficiales de Protección a la Infancia (en lo sucesivo OPIS) al momento de entrar en contacto con un niño/a migrante no acompañado y hasta su posible deportación y el rol secundario y limitado que se da al DIF.⁵³

Asimismo, estas instituciones han apuntado, la conveniencia de reconocer la creación de los OPIS, pero precisan que actúan con facultades muy limitadas, además de que operan como agentes eminentemente migratorios⁵⁴ y preocupados por la seguridad más que por los derechos de los niños que atienden,⁵⁵ sin menoscabo de que dichos agentes no cuentan con el perfil deseable de profesionales cualificados en cuestiones relacionadas con los niños, por ejemplo, psicólogos infantiles.

En este tenor, el Estado mexicano también incumple su deber de protección, derivado de una inadecuada interpretación de las responsabilidades que asume al tener conocimiento de la presencia de un menor migrante no acompañado en territorio mexicano, pretendiendo que la asistencia jurídica gratuita sea proporcionada exclusivamente por el Estado del cual es nacional, a través de la asistencia consular.⁵⁶

Más preocupante aún es el tema central y transversal a todo lo anterior, relativo a la valoración y determinación del interés superior del niño, que si bien representó un avance por el hecho de ser considerado en el RLM, resulta inconsistente y poco útil en el trabajo de campo con las niñas/os, como mecanismos de protección a sus derechos, lo anterior derivado de la inobservancia a los elementos que deben tomarse en cuenta en su evaluación como: la opinión del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad, su derecho a la salud y a la educación.⁵⁷

En resumen, si bien la nueva LM y su Reglamento, fueron anunciadas como parte de una serie de acciones de política pública con perspectiva de derechos humanos o respetuosas y garantes de derechos de los migrantes, hay acciones allí contenidas,

con la letra y el espíritu de la CDN—, y la necesidad de evitar la revictimización de NNA migrantes que se encuentran en una situación vulnerable.” Ceriani Cernadas, Pablo (coord.). Niñez detenida. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala. Diagnóstico y propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez. Informe del Proyecto de Investigación realizado por el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús. [Documento en línea]. Disponible en: <<http://ninezmigrante.blogspot.mx/>> [con acceso el 20 de septiembre del 2012], p. 4.

⁵³ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Asimismo, no se ha atendido la recomendación derivada de la Conferencia Regional sobre Migración, llevada a cabo el 9 de julio del 2009 en la Ciudad de Guatemala, en el sentido de utilizar una vestimenta diferente a la utilizada por los oficiales asociados a la procuración del orden público.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁷ Comité de Derechos del Niño, Observación general No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial artículo 3, párrafo 1.

sobre todo aquellas dirigidas a la determinación del interés superior de los niños/as migrantes no acompañados que hacen necesario plantear el inmediato apego a verdaderas medidas de protección a la niñez migrante en ambos dispositivos jurídicos.⁵⁸

IV. Consideraciones finales

Una vez expuestos los argumentos, en el sentido de que la actual política migratoria no atiende plenamente a las obligaciones del Estado mexicano de respetar, garantizar y proteger los derechos de los niños migrantes no acompañados, el propósito de este apartado es establecer un estándar a partir del cual se pudiese reformar el actual marco jurídico, con énfasis en las disposiciones destinadas a regular la internación, estancia y salida en territorio nacional de los niños/as migrantes no acompañados e incluso de aquellos que siendo nacionales mexicanos o residentes en el país pretenden desplazarse a territorio de otro Estado.

Comenzaré aludiendo a la Convención DN y los principios allí vertidos atinentes al mínimo de garantías que debe proveerse a los niños migrantes, entendiendo que en dicho instrumento jurídico se establece la protección a la niñez sin distinción de su nacionalidad, o su situación migratoria.

Los derechos que deber ser considerados al reformular la política migratoria destinada a los niños/as son:

1. El derecho a que se realicen todas las indagaciones necesarias para determinar con certeza que se trata de un menor de 18 años.
2. El derecho a que se realice un informe pormenorizado de la situación que le llevó a estar como niño/a migrante no acompañado y que ello sea considerado en todas aquellas medidas que en los subsecuente tome la autoridad.
3. El derecho a expresarse y ser oído.
4. El derecho a la asistencia jurídica gratuita.
5. El derecho a un proceso efectivo que les permita a su vez el acceso a la justicia.
6. El derecho a la asistencia consular.
7. El derecho al debido proceso.
8. El derecho a que prevalezca el “principio de no detención”.
9. El derecho a que se aplique el “principio de no devolución” cuando así con venga a su integridad y desarrollo personal.

⁵⁸ Lorena Cuellar Cisneros. Urge revisar y corregir el reglamento de la Ley de Migración porque llegó tarde y con dolencias. [Publicación en línea]. Disponible en: <<http://e-tlaxcala.mx/articulo/2013-09-20/urge-revisar-y-corregir-el-reglamento-de-la-ley-de-migración-porque-llegó-tarde>> [con acceso el 11 de abril del 2014].

10. Pero especialmente, que en todo momento se mire por la cabal aplicación del principio del “interés superior del niño” en su más amplio sentido (para ello serán de gran utilidad los parámetros ya referidos de la Observación general no. 14, del Comité DN).

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados⁵⁹ ha elaborado directrices que establecen no sólo el sentido y alcance del principio del interés superior del niño, sino que además se propone una guía para su determinación a través de un procedimiento respetuoso de sus derechos y las directrices para adoptar la decisión final.

Asimismo, será pertinente contar con un órgano especializado en la atención a la infancia migrante al interior del INAMI, pero además con personal que no sea asimilado de otras áreas, que desempeñe con mayor eficacia el papel que hasta ahora desarrollan los OPIS. Dicho personal deberá ser profesional de cualquiera de las ramas atinentes a la atención a la infancia (psicólogos, pedagogos, etcétera) y deberá estar adscrito a lo que podría denominarse Instituto de Atención a la Infancia, cuya adscripción dentro del Poder Ejecutivo, deberá ser al más alto nivel, con vinculación directa a una comisión intersecretarial.

Es deseable incluso, que se cuente con un marco legal independiente a la LM y especializado en la regulación de los aspectos referentes a la niñez migrante, sea ésta acompañada o no; en cuya formulación sea considerado lo que los propios niños migrantes puedan aportar, es decir, poner en vigencia el principio a expresarse y ser escuchados de los menores, en función de su edad y madurez, desde el diseño de la política migratoria.

En dicha legislación deberá desaparecer cualquier posibilidad de detención de niñas/os migrantes, incluso cuando, como ahora sucede, sea consecuencia de la aprehensión de sus padres o tutores, ante tal posibilidad deberá prevalecer el interés superior del niño y la unidad familiar buscando alternativas a su posible detención.

Asimismo, se buscará eliminar las deportaciones colectivas o individuales inmediatas y se velará porque dicho procedimiento sea una medida excepcional apegada al análisis de las circunstancias que el informe pormenorizado de su situación arroje.

Todo lo hasta ahora propuesto, debe estar integrado a una estrategia nacional, concebida como parte de la labor que estará a cargo del propuesto Instituto de Atención a la Infancia, supervisando la aplicación de la misma, además de elaborar los informes que México debe presentar periódicamente y dar seguimiento a las observaciones que haga de éstos el Comité DN.⁶⁰

Lo ya enunciado, perdería sentido si no se incluye la posibilidad de invocar la reparación de posibles daños ante los tribunales, por lo que el Estado mexicano debe

⁵⁹ ACNUR. Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niños, 2008. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.acnur.es/PDF/7126_20120417163205.pdf> [con acceso el 11 de abril del 2014].

⁶⁰ *Op. cit.*, 28, párrafo 39.

poner a disposición de los niños y sus representantes procedimientos eficaces, que necesariamente —de comprobarse la violación a unos de sus derechos— concluyan en una justa indemnización y, de ser requerido, “la adopción de medidas para promover su recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración”.⁶¹

Finalmente, me referiré al trabajo elaborado por Gerinson Lansdown,⁶² relativo a la participación de los niños, donde de manera clara y sencilla se desarrollan los cuatro aspectos regulados por la Convención DN —respecto a este derecho—, el derecho a expresar su opinión libremente, el derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten, el derecho a que sus opiniones sean tomadas en serio y el derecho a que sus opiniones sean respetadas en función de su edad y madurez. Dicho trabajo es una guía extraordinaria que ilustra las dimensiones que cada uno de estos derechos representa para el pleno ejercicio de la participación infantil.

Asimismo, este documento aporta la metodología a través de la cual se pueden medir los grados de participación (procesos consultivos, participativos y autónomos). Los resultados de dicha medición son orientadores para determinar el alcance, la calidad y el impacto, de tal forma que serán instrumentos útiles y clarificadores para la elaboración de una verdadera Política Pública Migratoria con Perspectiva de Derechos Humanos enfocada a la niñez migrante no acompañada.

Fuentes de consulta

Delaplace, Domitille y Vázquez, Luis D. *Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos*. Maestría en Derechos Humanos y Democracia, México, Flacso, Sede México, 2009.

González Contró, Mónica. *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*. México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008 (Doctrina Jurídica, 425).

Parsons, Wayne. *Políticas públicas. Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*. México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México, 2007.

Hemerográficas

Aguilar Cavallo, Gonzalo. “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*. Universidad de Talca. Año 6, No. 1. Chile, 2008, pp. 223-247.

⁶¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), párrafo 24.

⁶² Gerison Lansdown, ¿Me haces caso? El derechos de los niños pequeños a participar en las decisiones que los afectan. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.bernardvanleer.org/Me_haces_caso_El_derecho_de_los_ninos_pequenos_a_participar_en_las_decisiones_que_los_afectan> [con acceso el 11 de abril del 2014].

Sección Artículos de Investigación

Ballinas, Víctor y Andrea Becerril. “Respeto a los derechos humanos, eje de la nueva Ley de Migración que prepara el Senado”. *La Jornada*. Diario editado en la Ciudad de México, México, 16 de enero del 2011.

_____. “Persiste violación a las garantías de migrantes, denuncian activistas”. *La Jornada*. Diario editado en la Ciudad de México, México, 27 de octubre del 2011, p. 23.

Camacho Servín, Fernando. “Sólo declarativa, la propuesta de nueva ley migratoria: experta”. *La Jornada*. Diario editado en la Ciudad de México, México, 28 de enero del 2011.

_____. “ONG rechaza el trato que recibirán niños con la nueva Ley de Migración”. *La Jornada*. Diario editado en la Ciudad de México. México, 1 de septiembre del 2011, p. 12.

Gómez Mena, Carolina. “Activistas lanzan campaña contra detención de niños migrantes”. *La Jornada*. Diario editado en la Ciudad de México. México, 8 de octubre del 2012, p. 19.

Legislativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José.

Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.

Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

OIT. Convenio 138 sobre Edad Mínima Laboral.

OIT. Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil.

Ley de Migración.

Ley de Nacionalidad.

Ley General de Población.

Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de la Niñez relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de la Niñez relativo a la Venta, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.

Reglamento de la Ley de Migración.

Reglamento de la Ley General de Población.

Reglamento Sobre Refugiados y Protección Complementaria.

Documentales

Comité de los Derechos del Niño. “Observación General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, UNICEF, 2003.

- _____. Observación General No. 6, “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, 2005.
- _____. Observación General No. 12 “Derecho a ser escuchado”, 2009.
- _____. Observación General No. 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, 2013.
- _____. Observaciones finales emitidas por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas respecto al III Informe de México sobre Niñez
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- _____. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Párrafo 141.
- _____. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- _____. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- _____. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- _____. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.
- _____. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 17. Condición jurídica y derechos humanos del niño. 29 de agosto de 2002.
- _____. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 18. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de septiembre de 2003.

Electrónicas

- ACNUR. Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niños, 2008. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.acnur.es/PDF/7126_20120417163205.pdf> [con acceso el 11 de abril del 2014].
- AOL Noticias. Consolida nueva ley migratoria política de México: Blake. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://noticias.aollatino.com/2011/05/24/nueva-ley-migratoria-politica-de-mexico/>> [con acceso el 1 de noviembre del 2013].
- Arana, Jesús. Zetas ejecutaron por la espalda a 72 migrantes; no pudieron pagar rescate. *La Jornada online*. Secc. Política, p. 1. [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.jornada.unam.mx/2010/08/26/index.php?section=politica&article=002n1pol>> [con acceso el 1 de noviembre del 2013].
- Ballinas, Víctor. Testigos confirman el secuestro de 40 migrantes en Oaxaca: CNDH. *La Jornada online*. Secc. Política, p. 1. [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.jornada.unam.mx/2010/12/24/politica/005n1pol>> [con acceso el 1 de noviembre del 2013].
- Becerril, Andrea y Víctor Ballinas. El Senado aprueba Ley de Migración; no criminaliza a extranjeros indocumentados. *La Jornada online*. Secc. Política, p. 1. [Publicación

Sección Artículos de Investigación

- en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.jornada.unam.mx/2011/02/25/politica/015n1pol>> [con acceso el 1 de noviembre del 2013].
- Ceriani Cernadas, Pablo (coord.). Niñez detenida. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala. Diagnóstico y propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez. Informe del Proyecto de Investigación realizado por el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova y el Centro de derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://ninezmigrante.blogspot.mx/>> [con acceso el 20 de septiembre del 2012].
- Cuellar Cisneros, Lorena. Urge revisar y corregir el reglamento de la Ley de Migración porque llegó tarde y con dolencias. [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://e-tlaxcala.mx/articulo/2013-09-20/urge-revisar-y-corregir-el-reglamento-de-la-ley-de-migracion-porque-llego-tarde>> [con acceso el 11 de abril del 2014].
- Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Amicus Curiae *sobre la solicitud de opinión consultiva No. 21: Derechos de los/as niños/as migrantes*, 17 de febrero de 2012. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://textos.pucp.edu.pe/pdf/1724.pdf>> [con acceso el 11 de abril del 2014].
- Jiménez Benítez, William Guillermo. El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas* (12): pp. 31-46. [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/enfoque_DDHH.htm> [sin fecha de acceso].
- Lansdow, Gerison. ¿Me haces caso? El derechos de los niños pequeños a participar en las decisiones que los afectan. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.bernardvanleer.org/Me_haces_caso_El_derecho_de_los_ninos_pequenos_a_participar_en_las_decisiones_que_los_afectan> [con acceso el 11 de abril del 2014].
- Lara, Carlos. “Gobierno Federal buscará nueva política migratoria”. [Documento en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.oem.com.mx/laprensa/notas/n1909630.htm>> [con acceso el 1 de noviembre del 2013].
- Real Academia Española. “Diccionario de la Lengua Española”. [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://lema.rae.es/drae/?val=directriz>> [con acceso el 11 de abril del 2014].
- Rodríguez Chávez, Ernesto. Migración centroamericana de tránsito irregular por México. Estimaciones y características generales. [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.oxfamMexico.org/wp-content/uploads/2013/06/APUNTES_N1_Jul2011.pdf> [con acceso el 10 de abril del 2014].
- Terrazas, Renata. ¿La nueva Ley de Migración significa un cambio real? *Comunidad Curul* 501 (9). [Publicación en línea]. disponible desde Internet en: <<http://www.fundar.org.mx/curul501/articulo.php?idarticulo=50#sobreelautor>> [s/f/a].
- UNICEF. “Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento jurídicamente vinculante”. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.unicef.org/spanish/crc/>> [s/f/a].