

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**“La detención de la niñez migrante en
México: un análisis a través del principio de
proporcionalidad”**

T E S I S

Que para obtener el título de
Especialista en Derechos Humanos

P R E S E N T A

Luisa Ximena Trejo Lecona

Tutor: Mtro. Salvador F. Arias Ruelas

Ciudad Universitaria, Cd. de México, 2019.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

“El niño es acreedor al máximo respeto”

Decimus Junius Juvenal

AGRADECIMIENTOS

Espero poder transmitir con palabras mi más sincero sentir.

Como mi motor primario, agradezco a *Dios*: Por sostener mi mano y guiar cada uno de mis pasos. Gracias por cada oportunidad que me has otorgado y por cada barrera que me has ayudado a superar. Por tu compañía y presencia en mi vida. Gracias, Padre mío, por la forma en la que manifiestas tu amor inagotable hacia mí.

A la *Máxima Casa de Estudios*, la Universidad Nacional Autónoma de México: Porque en la vida no hay ningún sentido de pertenencia más fuerte ni un orgullo más grande que el de formar parte de tu cosmogonía. Gracias por tu esencia y diversidad. Por deconstruirme y formarme con humanismo y conciencia social.

A la *División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho*, coto dedicado a la libertad, la expresión, el análisis, el debate y el desarrollo de juicios críticos: Gracias.

Con gratitud y respeto al *Mtro. Salvador Arias*, persona extraordinaria quien, a título personal, conozco y reconozco como un jurista brillante y excepcional: Mi total admiración. Gracias por haber aceptado esta asesoría y por su dedicación, paciencia y conocimientos vertidos en la misma. Espero que la vida nos vuelva a reunir en futuros proyectos.

A mi *jurado*: Honrada de tener a personas con trayectorias tan destacadas y ejemplares en sus respectivas áreas de conocimiento. Agradezco su tiempo y compromiso.

A la *Dra. Angélica Carrera Dorantes*: Por su profesionalismo y fraternidad. Su trato y palabras alentadoras aligeraron la presión de este trabajo. Fue una experiencia gratificante coincidir con usted.

A la *Dra. Nuria González Martín*: Por su experticia, atención y cordialidad en todo momento. Gracias por hacer más ameno este proceso con su apoyo y comunicación.

Al *Dr. Luis Raúl González* y a la *Dra. Julieta Morales*: Por otorgarme su voto de confianza.

A *papá y mamá*: Si tuviera la oportunidad de decidir los volvería a elegir como mis padres. Los amo infinitamente.

A mi *mamá*, mujer única y excepcional: Mami, eres sinónimo de fortaleza, lucha y amor. Agradezco tu esfuerzo, tesón y dedicación a lo largo de mi desarrollo y formación. Has sido y serás por siempre ejemplo de vida.

A mi *papá*, ejemplar y maravilloso ser humano: Gracias por tu comprensión, amor y paciencia. Por entenderme, apoyarme y respetarme. Papi, tu nobleza, valores y sensibilidad son grandes enseñanzas que me acompañan cada día.

A mi *hermano*. No había forma de coincidir contigo bajo ningún supuesto y privarme de tu compañía era un costo muy elevado que yo no tenía por qué pagar, así que la única forma que la vida encontró para unirnos fue haciéndote mi hermano; de tal manera que, sin compartir edad, gustos, intereses o ideología, te convertiste en mi más grande casualidad.

Porque sin tener que aparentar hemos construido una relación franca e imperfecta, pero nuestra al final. Eres equilibrio y enseñanza. Gracias por ser y estar.

A *Lucy*, la Diva más hermosa: Abue, eres fuente de inspiración. La sabiduría que expresas a través de tus narrativas son experiencias únicas que han forjado mi historia. Gracias por tu amor bonito. Te quiero y admiro eternamente.

A mi *abuelito Fonsi*: Por tu ternura y afecto.

A mis *madres, Elizabeth, Alejandra y Marcela*: Por hacerme parte de su vida como una más. Por su cariño, educación y cuidados. Mi amor por ustedes trasciende cualquier frontera.

Tía Balle: Por tu cariño excepcional, puro e infinito. Tu grandeza y resiliencia son motivo de admiración. Gracias por cobijarme y apoyarme en cada etapa de mi vida. Por tu interés genuino a lo largo de cada uno de mis proyectos.

Tiyita, siempre me recordaré caminando por las calles de Coapa yendo de tu mano.

Tía Ale: Por tu calidez, solidaridad y protección sobrehumanas. Dadora inacabable de amor, cuidado y cariño. Por tu entereza y convicciones. Por tu risa, incluso ante la adversidad. Porque me consientes. Gracias.

Tiyita, la ilusión de niña de ir a visitarte se mantiene vigente hasta nuestros días. Compartir contigo siempre es motivo de alegría.

Tía Marjorie: Por tu sapiencia y dulzura en perfecta armonía. Porque tu cariño jamás ha impedido que me orientes con firmeza. Gracias por tus enseñanzas de vida dotadas de experiencia, inteligencia y amor. Por guiarme y aconsejarme. Por tu capacidad de evolución y empatía. Mi tía, mi confidente.

Tiyita, por los viernes milagrosos en donde multiplicabas la comida para tus cinco hijos. Asimismo, un reconocimiento a *Janito*, porque mucho de ello fue producto de su esfuerzo y trabajo. Gracias por compartir y hacerlo hasta el día de hoy.

A mis tíos *Jorge y Bety*: Porque cada uno de mis logros lleva como sello inmanente su protección, bondad, cariño y cuidados. Por brindarme oportunidades de vida y resguardarme siempre de las dificultades. Por llenarme de recuerdos y experiencias imborrables. Los admiro en lo personal y en lo profesional. Agradezco y bendigo cada uno de sus días.

Prima Ale: Con tu adiós, parte de mi vida se fue.

Este trabajo es para ti, con cariño y dedicación especial por tu influencia en mí. Cada día serás ejemplo y aspiración de mi ser. Te extraño.

A mi primo *Álvaro*: Eres una figura esencial en mi historia. Gracias por tu complicidad y protección. Por recibirme en tu hogar y permitirme crear y compartir vivencias a tu lado. Te quiero.

A mis hermanos *Gallegos*, arquitectos de mi vida, artífices de mi historia: Gracias por su amor y amistad. Por crecer junto a mí y forjar mi identidad. Gracias por su cercanía, por ser un mismo origen. Por las memorias que fueron, que son y por las que serán. Los quiero.

A mis primos *Jorgito y Anita*: Mi pasado, presente y futuro no se explica sin su presencia. Compañeros de risas y de recuerdos. Siempre será un anhelo coincidir y compartir con ustedes porque cada momento a su lado lo llenan de magia y lo dotan de cariño. Los quiero.

A mis sobrinos *Alvarito, Rafa, Illa, Gui y Kyan*: El espacio que ocupan en mi vida es incuantificable. Inundan y desbordan mi corazón de amor, dicha y alegría. Cada uno de ustedes me llena de orgullo y felicidad. Los amo.

A mis primos *Moni, Gui, Dani, Bleri y Adolfo*: Son parte vital de mi familia. Los aprecio, los reconozco y los admiro por los lazos, los vínculos y las familias que construyen. Gracias por permitirme ser parte de sus hogares y ser testigo de su valía y grandeza humana. Con afecto y estima.

A mis tías *Norma, Rebe y Carmen* y mi tío *Roberto*: Gracias por motivarme. Aun a la distancia, su cariño siempre está presente.

A mis tíos *Luis y Lety* y a mis primos *Marce y Luis*: Por su brindarme su cariño desde siempre. Gracias por permanecer en mi vida y estar pendientes de mí. Los quiero.

A *Lore* y a mis *primos Felito y Sici*: Por enseñarme que es más importante la calidad que la cantidad. Es poco el tiempo que convivimos pero cada minuto a su lado tiene un valor inconmensurable.

Un reconocimiento afectuoso y mi mayor agradecimiento a *las y los profesores* que compartieron su experiencia y conocimiento durante mi estancia en el posgrado. Especialmente al *Magistrado Román Franco* y al *Dr. Edgar Corzo*, por ser fuente de inspiración a nivel profesional y laboral.

Mención aparte la que merece la *Dra. Susana Pedroza de la Llave*, amiga y colega de gran calidad humana. Sus enseñanzas han sido fundamentales en mi vida personal, profesional y laboral. Gracias por brindarme su confianza y conocimientos.

A la *Dra. Laura Duarte*: Sin usted, este proyecto no hubiera sido posible. Gracias por acompañarme en una de las etapas más complejas de mi vida; usted fue luz. La quiero y estimo mucho.

A mis *amigos Ana y Jesús*: Por su amistad única. Gracias por sus consejos y apoyo. Por permanecer, por las risas, la confianza y cada momento compartido. Los adoro.

A la *banda tochera, Veritos, Yules, Adriana, Mariana, Magdis, Chapis, Shal, Ginis, Sol y Pame*: Por acompañarme en este largo camino.

Con aprecio y admiración a mis *compañeros del posgrado*, especialmente a quienes hoy reconozco como mis amigos: *María Luisa, Julián, Israel, Vero, Teo, George, Lalo, Yari, Montse, Alicia, Tania, Vianney, Ariana y Lau*: Gracias por sus enseñanzas que ayudaron y fortalecieron mi crecimiento profesional.

A mis *compañeros de trabajo* en el INACIPE, que facilitaron y participaron de mi proceso como estudiante. Gracias a *Luis, Erick, Alejandro, Diana, Raquel y Ana*.

Con mucho cariño, por su motivación y amistad en todo momento: Gracias, *Mara, Liz, Jossi, Christian, Angy, Faby, Godl y Sonrics*. Una de mis mejores etapas la viví a su lado.

A *Yolí*: Por otorgarme no solo un techo, sino un hogar durante un año y hacer de mi estancia en Madrid un momento excepcional e inolvidable. Gracias por tu cariño, hermanita mayor.

A mis *amigos entrañables del máster*. Personas destacadas en lo profesional y en lo personal. Personas con humanismo y conciencia: Gracias por su aportación de ideas, por su diversidad, su sensibilidad, su calidad de argumentos, congruencia y criterios. Ha sido un verdadero honor coincidir con ustedes y saber que existen personas con las

mismas luchas, objetivos e ideales. Gracias a mis aliadas y aliados: *Clau, Indi, Ada, Lucy, Diego, Irune, Zule, Lau, Digcari, Sabela, Sara, Sandra, María, Amalia, Eugenio, Berta, Paula, Aini, Andrés, Amaia* y, con especial afecto, *Diegui*.

Con aprecio infinito a *Rob*: Por su compañía y cariño. Siempre estarán presentes cada uno de los momentos que juntos construimos, solos tú y yo. Por nuestra intimidad.

A mis *amigos Manu, Efraín* y, en especial, *Jime*, con estima y aprecio: Por sus muestras de interés en mi proyecto. Gracias por su motivación y acompañamiento.

En la vida es difícil coincidir con personas especiales y únicas. Gente que hace la vida mejor y más sencilla. Esas personas que expresan con acciones y hechos el amor y que siempre dan más de sí. Yo, por fortuna, tengo a 4 personas que llegaron a mi vida en distintas etapas y han permanecido a mi lado pese a mis fallas. Son amigas que, en lo individual, me han aportado, enriquecido y orientado.

No encuentro las palabras para agradecer su amistad, su compañía y su cariño. Solo puedo decirles que el aprendizaje que me han dado es de lo más valioso y que sepan que son mi tesoro. Gracias *Dulce, Lillian, Bere* y *Tita Mary*, las quiero mucho.

Gracias, *Dulce*, por tu ternura, presencia y comprensión.

Gracias, *Lillian*, por tu fortaleza, regaños y consejos.

Gracias, *Bere*, por tu espíritu, bondad y generosidad.

Gracias, *Tita*, por tu apoyo, entrega, atención y protección.

A *Ani*: Por todos los años de amistad que han superado y trascendido límites, con amor y fraternidad para ti y tu familia.

Declaración de los Derechos del Niño

Principio 2

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.



2

Derecho a una **protección** especial para que puedan crecer física, mental y socialmente sanos y libres.

unicef | para cada niño

Ilustración elaborada por Joaquín Salvador Lavado "Quino" para UNICEF con motivo del Año Internacional del Niño en 1979. Disponible en la página del Archivo Digital de la Fundación Museo de la Memoria y los Derechos Humanos de Chile: <http://bit.do/e3JtN>; consultada el 25 de febrero de 2019.

TABLA DE CONTENIDO

Abreviaturas y siglas	11
Introducción	13
1. La regulación jurídica y el marco institucional a nivel nacional sobre la detención y las garantías del debido proceso para el caso de las niñas, los niños y los adolescentes migrantes no acompañados	31
1.1. El Estado mexicano y la política migratoria frente a la infancia en situación de movilidad	31
1.1.1. El Poder Legislativo: marco normativo para la atención y la protección de la niñez migrante no acompañada	31
1.1.2. El Poder Ejecutivo: reglamentación institucional e instrumentos de políticas públicas para la atención y la protección de la niñez migrante no acompañada	46
1.1.2.1. Dependencias de la Administración Pública Federal intervinientes en el tratamiento de la migración infantil no acompañada	53
1.1.3. El Poder Judicial: protocolos de actuación y posicionamiento en torno a la detención migratoria y las garantías del debido proceso	58
1.1.4. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos: quejas, recomendaciones e informes especiales al Instituto Nacional de Migración	65
1.2. Marco jurídico internacional para la atención y protección de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados	68
1.2.1. Sistema Universal de Derechos Humanos	68
1.2.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos	75

2. El principio de proporcionalidad	79
2.1. Conexión entre Derecho y moral	80
2.2. Tipos de normas: las reglas y los principios	84
2.3. El neoconstitucionalismo	88
2.4. Las antinomias o contradicciones normativas	91
2.4.1. La subsunción	93
2.4.2. La proporcionalidad	94
2.5. El principio de proporcionalidad	98
2.5.1. Herramienta argumentativa	98
2.5.2. La estructura del principio de proporcionalidad	99
2.5.2.1. Idoneidad	99
2.5.2.2. Necesidad	100
2.5.2.3. Ponderación	101
2.5.3. Objeciones al principio de proporcionalidad	105
2.5.4. La proporcionalidad en el Derecho mexicano	107
3. El examen de proporcionalidad aplicado a los casos de detención infantil en contexto de migración no acompañada	112
3.1. Idoneidad	116
3.2. Necesidad	127
3.3. Ponderación	136
Conclusiones	141
Propuesta	145
Anexos	148
Fuentes de información	190

Abreviaturas y siglas

ACNUR: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CNDH: Comisión Nacional de los Derechos Humanos

CoIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CONAPO: Consejo Nacional de Población

CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

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

DDN: Declaración de los Derechos del Niño

DOF: Diario Oficial de la Federación

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

EUA: Estados Unidos de América

INM: Instituto Nacional de Migración

ISN: Interés Superior de la Niñez

LGP: Ley General de Población

LM: Ley de Migración

NNA: Niños, niñas y adolescentes

OEA: Organización de los Estados Americanos

OIM: Organización Internacional para las Migraciones

ONU: Organización de las Naciones Unidas

OPI: Oficiales de Protección a la Infancia

OSC: Organizaciones de la Sociedad Civil

PEM: Programa Especial de Migración

PFS: Programa Frontera Sur

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PND: Plan Nacional de Desarrollo

SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación

SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos

SNDIF: Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia

SUDH: Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

TNC: Triángulo Norte Centroamericano o Triángulo Norte de Centroamérica

Introducción

El interés por los fenómenos migratorios no es de reciente aparición; proviene de los años 2013 y 2014, cuando se registró un aumento significativo y alarmante de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados en México y Estados Unidos, mismo que se ha mantenido oscilante hasta el primer trimestre de 2019.

Cifras proporcionadas por la Embajada estadounidense en México arrojaron que, del 1° de octubre de 2013 al 15 de junio de 2014, se detuvieron alrededor de 52 mil NNA en situación de migración en su ingreso a los Estados Unidos de América, los cuales no contaban con la compañía de algún familiar o adulto ni portaban la documentación necesaria para su legal estancia en el país¹. Esta situación puso de manifiesto la realidad de la niñez migrante, lo que obligó al entonces presidente Barack Obama a admitir la existencia de una crisis humanitaria.

Frente a estos eventos, la mirada se ha colocado en el principal receptor de migrantes², Estados Unidos y su política migratoria; esto desvía el interés de los demás países inmiscuidos en la problemática, primordialmente México y aquellos que conforman el Triángulo Norte de Centroamérica (Guatemala, Honduras y El Salvador), en donde México, particularmente, desempeña un papel específico y trascendental.

Así pues, la presente investigación surge con el fin de dar continuidad a una serie de trabajos y ensayos previos relacionados con la migración, el aumento

¹ Palabras de la ex ministra consejera de la Embajada de los Estados Unidos en México, Laura Dogu, frente al Senado de México sobre el tema de los menores no acompañados. Embajada de los Estados Unidos en México, 9 de julio de 2014; disponible en: <https://goo.gl/Tt4aoy>, consultada el 10 de febrero de 2019.

² Organización Internacional para las Migraciones, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2013. El bienestar de los migrantes y el desarrollo*, Alicante, 2013, pp. 61-62; disponible en: <http://goo.gl/cekfGP>, consultado el 20 de febrero de 2019.

exponencial en el número de eventos donde participa la niñez migrante y su regulación, para así estar en la posibilidad de plantear alternativas integrales y a largo plazo.

El propósito entonces es evaluar, a través del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa, la política migratoria del Estado mexicano en cuanto a la detención y las garantías del debido proceso de las niñas, los niños y los adolescentes migrantes no acompañados en tránsito. Esto para establecer si dicha política es adecuada y acorde a la dinámica actual del país tratándose de derechos humanos y, en su caso, luego de reconocer los aciertos y las oportunidades de mejora, postular las adecuaciones que se consideren pertinentes para fijar una propuesta factible.

La población objetivo de estudio son los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran o se pueden llegar a encontrar durante su recorrido, producto de la suma de condiciones como niños, como migrantes irregulares y al no contar con la compañía de algún adulto que los proteja, los expone potencialmente a sufrir un hecho victimizante³. Esta circunstancia resulta por sí misma imperante de atender.

Por otra parte, hay que comprender el rol de México en la migración. La República Mexicana debe concebirse no solo como país de origen sino también como lugar de destino, tránsito y retorno de miles de personas migrantes. Estas categorías varían en función de las corrientes migratorias de las personas, lo que repercute en la atención que se les debe otorgar.

³ La Ley General de Víctimas, en su artículo 6º, párrafo IX, define el hecho victimizante como: “Actos u omisiones que dañan, menoscaban o ponen en peligro los bienes jurídicos o derechos de una persona convirtiéndola en víctima. Éstos pueden estar tipificados como delito o constituir una violación a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de los que México forme parte”.

La posición geográfica de la República y la realidad socioeconómica y política posibilitan una dinámica migratoria peculiar en la que México aparece como Estado de origen, tránsito, destino y retorno.

Identificar el contexto de movilidad de cada nación y analizar su respectiva corresponsabilidad en el marco de las migraciones ayuda al entendimiento del escenario tan complejo y delicado por el que atraviesan los países que participan de movimientos humanos, y más aún para los Estados que, como México, presentan todas las dimensiones.

Por ende, se estudia el marco de actuación del Estado mexicano (jurídico e institucional) como país de tránsito, excluyendo las modalidades como país de origen, destino y retorno, ya que la responsabilidad que le genera la migración de tránsito es más compleja de resolver, puesto que, como se verá, existen varios factores a analizar antes de implementar cualquier medida.

México es un país que posee un amplio catálogo de derechos humanos de fuente nacional e internacional, los cuales amparan a las personas que están dentro del país. Dichos derechos están delimitados en su contenido para su comprensión y, en caso de ser necesario, su posterior protección. Hablar de derechos humanos implica un sinnúmero de terminologías, concepciones, doctrinas, principios, deberes, instituciones y demás.

De ahí la necesidad de seleccionar únicamente dos derechos ligados entre sí: la libertad y las garantías del debido proceso. Esto sirve para acotar el objeto del estudio; de lo contrario, si se tratara de especificar cada derecho que el Estado mexicano debe procurar al niño, niña o adolescente migrante no acompañado, su contenido, las consecuencias, los límites y la respectiva revisión de cómo las autoridades responsables cumplen con los deberes de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, se rebasaría el propósito de la investigación.

Para lograr el objetivo fijado, el trabajo se estructura en tres capítulos. El primer capítulo, *La regulación jurídica y el marco institucional a nivel nacional sobre la detención y las garantías del debido proceso para el caso de las niñas, los niños y los adolescentes migrantes no acompañados*, obtenido a partir de un estudio hecho con antelación, proporciona el enfoque normativo e institucional mexicano de acuerdo con las atribuciones y las facultades de los tres poderes de la federación y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Aquí, se señalan los indicadores nacionales, los estándares internacionales (Sistema Universal de Derechos Humanos) y regionales (Sistema Interamericano) relacionados con el respeto y el reconocimiento de la libertad y las garantías del debido proceso de la infancia migrante no acompañada.

Es importante resaltar que la política migratoria del periodo comprendido entre 2012 y 2018 es la que se analiza como objeto de estudio, ya que en la fecha de inicio del presente proyecto no se contó con la información respecto de cuál sería la estrategia a seguir para el sexenio en curso. Tampoco se localizó el Programa Especial de Migración 2019-2024.

Basta contrastar la información contenida en el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024⁴ con las acciones que se llevan a cabo dentro del territorio mexicano para corroborar la incertidumbre en las rutas de acción en la materia. (Anexo 1)

El segundo capítulo, *El principio de proporcionalidad*, expone la teoría de la proporcionalidad como método para la producción de soluciones racionales a los conflictos que surgen entre las normas de carácter constitucional. Este principio es distinto al procedimiento de la subsunción que se emplea para resolver las antinomias entre reglas.

⁴ Cfr. Gobierno de la República, *Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024*, México, 2018; disponible en: <https://urlzs.com/c9oBf>, consultado el 1 de mayo de 2019.

Además, contiene los criterios que lo integran: idoneidad, necesidad y ponderación y los fundamentos para su empleo en el Derecho mexicano como técnica de argumentación.

En el capítulo tercero, *El examen de proporcionalidad aplicado a los casos de detención infantil en contexto de migración no acompañada*, y con base en los elementos analizados en el apartado que le precede, se efectúa un ejercicio práctico de identificación y confrontación de principios para valorar, con criterios objetivos, la política migratoria de México.

Finalmente, una vez confrontados los indicadores nacionales y realizado el análisis de caso, se vierten las conclusiones obtenidas a lo largo de la investigación mediante argumentos válidos y se postula la propuesta del proyecto ante un fenómeno de magnitudes complejas.

Antes de dar inicio con el primer capítulo se estima conveniente establecer un panorama general sobre la niñez migrante no acompañada en tránsito por México.

Radiografía de México

México: país de origen, tránsito, destino y retorno

Estadísticamente, el Instituto de los Mexicanos en el Exterior de la Secretaría de Relaciones Exteriores indica que son 35 400 000 las personas mexicanas residentes en los Estados Unidos; 11 714 500 nacidas en México y las otras 23 685 500 en EUA⁵. Esto implica que, de los 55.2 millones de hispanos en dicho país, la población de origen mexicano supone el 63% de toda la comunidad hispana⁶, constituyéndose como el país con mayor representatividad de migrantes residentes en Estados Unidos⁷.

Así, para 2015, México ocupó el segundo lugar a nivel mundial como país de origen, solo por detrás de la India, con 12.3 millones de personas residiendo fuera del país, es decir que 5.1% de los emigrantes internacionales son mexicanos⁸.

Asimismo, un gran volumen de migrantes de origen centroamericano, generalmente en situación irregular, cruza el territorio mexicano con la intención de llegar a EUA, principal país de destino a nivel mundial⁹.

Para las personas migrantes del TNC, México es un puente obligado en su ruta migratoria, especialmente para aquellas que provienen de Honduras y El Salvador.

⁵ Instituto de los Mexicanos en el Exterior, *Estadísticas de mexicanos en el exterior*, México, 2017; disponible en: <https://urlzs.com/aTJ6Q>, consultado el 11 febrero de 2019.

⁶ BBC Mundo, *Las verdaderas cifras de los hispanos en EE.UU. y cuánto poder tienen*, Londres, 15 de marzo de 2016; disponible en: <https://goo.gl/yyRSxg>, consultado el 11 de marzo de 2019.

⁷ Lothar Weiss, Thomas y López Chaltelt, Pedro Arturo, *México. Políticas públicas beneficiando a los migrantes*, México, Organización Internacional para las Migraciones, 2011, p. 8; disponible en: <http://goo.gl/45wenU>, consultado el 6 de febrero de 2019.

⁸ Fundación BBVA Bancomer, Asociación Civil y Secretaría de Gobernación, *Anuario de migración y remesas México 2017*, México, 2017, p. 22; disponible en: <https://urlzs.com/e3upt>, consultado el 10 de febrero de 2019.

⁹ *Ibidem*, p. 23.

Actualmente la migración centroamericana que tiene como destino México es la que se presenta en mayor escala. Esto se debe a tres factores: el primero es el cambio de paradigma en la movilidad humana, ya que en los últimos años ha habido un incremento en las migraciones entre países con economías similares en vías de desarrollo, superando a los movimientos que se dan entre Estados con economías en vías de desarrollo hacia Estados con economías desarrolladas¹⁰; el segundo es el cambio en la toma de decisiones de los migrantes, quienes al ver las dificultades y los obstáculos en su trayecto hacia Estados Unidos eligen quedarse a largo plazo en el país que inicialmente era de tránsito y con ello evitar regresar a su lugar de origen. Finalmente, y ligado al punto anterior, los inconvenientes que se les presentan a las personas migrantes no solo son durante el trayecto; en muchas ocasiones los impedimentos se encuentran en la etapa final de su viaje, justo en el ingreso a la frontera norte. Datos no oficiales señalan que anualmente son cerca de 400 migrantes los que fallecen en su intento por cruzar dicha frontera¹¹.

México también es un país de retorno. Este tipo de movimiento generalmente refleja la culminación de un ciclo dentro del proceso migratorio; ya sea voluntario o forzado, este genera un impacto socioeconómico que debe ser atendido, especialmente el relacionado con la reinserción de la persona en los ámbitos laboral, educativo y comunitario.

Se sabe que en el quinquenio de 2010 a 2015 se registraron 495 434 casos de migrantes mexicanos que retornaron a México¹², mientras que en el periodo comprendido entre 2004 y 2009 se identificaron 636 000 retornos¹³.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Lothar Weiss, Thomas y López Chaltelt, Pedro Arturo, op. cit., p. 10.

¹² Fundación BBVA Bancomer, Asociación Civil y Secretaría de Gobernación, op. cit., p. 94.

¹³ Fundación BBVA Bancomer, Asociación Civil y Secretaría de Gobernación, *Anuario de migración y remesas México 2018*, México, 2018, p. 78; disponible en: <https://urlzs.com/WjTKH>, consultado el 10 de febrero de 2019.

La labor del Estado mexicano se dificulta con las facetas como país de origen, tránsito, destino y retorno, ya que cada una le exige obligaciones y responsabilidades particulares que deben dar respuesta a estas dimensiones. Empero, no solo es la actividad estatal al interior del país para atender al fenómeno, también lo es la intervención a nivel regional, considerando las necesidades específicas en la materia por parte de los países partícipes: Estados Unidos, Guatemala, Honduras y El Salvador, sin dejar de lado la observancia de los tratados internacionales de los que México forma parte.

De esta manera se aprecia la peculiaridad del caso mexicano. Su ubicación estratégica y el flujo migratorio que de ello deviene le generan una serie de retos en cuanto a política y gestión migratoria¹⁴ refiere, aunados a los compromisos adquiridos a nivel internacional sobre derechos humanos.

Esta coyuntura en la que México se encuentra inserto le requiere soluciones diametralmente opuestas entre sí, dada su posición geopolítica primordialmente, coincidentes con las dos grandes vertientes para la regulación de la gestión migratoria: por una parte, una postura restrictiva que prioriza la acción del Estado para un control migratorio destinado a velar por la seguridad y los intereses nacionales y, por otra, una visión enfocada a liberar los controles migratorios para proporcionar seguridad a las personas en situación de movilidad¹⁵.

¹⁴ En lato sensu la gestión migratoria enmarca todas las regulaciones, prácticas y normas estatales relativas a las admisiones, salidas, estancias y residencias de los extranjeros en un territorio determinado. Estas normas, regulaciones y prácticas reflejan y dan cuerpo a la voluntad del Estado y a la administración pública, encargada de operar el control migratorio, al tiempo que fijan los límites de la acción estatal, enmarcados en el Derecho internacional y nacional de derechos humanos: Lothar Weiss, Thomas y Franco, Rodolfo, "La gestión migratoria en México, avances y retos", en Plascencia Villanueva, Raúl (coord.), *México, movilidad y migración*, México, CNDH, 2013, p. 178.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 179.

Causas y motivos de la migración infantil no acompañada

Los motivos que propician las diásporas infantiles no distan de las causas que conducen a migrar a las personas adultas. Así, la vulneración de derechos humanos, la escasez de oportunidades y la violencia generalizada son algunos de los factores que empujan la movilidad humana. Solo por citar un ejemplo, se estima que en Latinoamérica 72 millones de NNA viven en pobreza y uno de cada cuatro homicidios a este sector, a nivel mundial, se ejecuta en esta zona¹⁶.

Tratándose de migración infantil centroamericana, los porqués para emigrar pueden clasificarse en cuatro grandes rubros¹⁷:

1. Pobreza y exclusión;
2. Reunificación familiar;
3. Crimen y violencia;
4. Búsqueda de trabajo.

Informes de la Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación reportan, de enero del 2014 a marzo del 2019, las siguientes cifras sobre el número de eventos de extranjeros presentados ante la autoridad migratoria, según grupos de edad y condición de viaje.¹⁸ (Figura 1):

¹⁶ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Sueños sin fronteras*, 2018; disponible en: <https://goo.gl/jeYDDv>, consultado el 11 de febrero de 2019.

¹⁷ Ceriani Cernadas, Pablo (coord.), *Niñez detenida: Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*, México, Universidad Nacional de Lanús y Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, 2012, pp. 11 y 17; disponible en: <https://goo.gl/hYN6fa>, consultado el 15 de febrero de 2019.

¹⁸ La información se refiere a eventos de migrantes ingresados en las estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración bajo el procedimiento administrativo de presentación por no acreditar su situación migratoria, según lo previsto en los arts. 99, 112 y 113 de la Ley de Migración y en el art. 222 de su Reglamento.

Figura 1: Eventos de extranjeros presentados ante la autoridad migratoria, según grupos de edad y condición de viaje de 2014 a marzo de 2019.

Año	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total de niñas, niños y adolescentes migrantes	23 096	38 514	40 114	18 066	22 174	8 569
De 12 hasta 17 años	14 155	23 857	22 495	10 242	11 527	3 761
De 0 hasta 11 años	8 941	14 657	17 619	7 824	10 647	4 808
Acompañados	7 088	12 200	15 443	7 334	9 909	6 624
No acompañados	1 853	2 457	2 176	490	738	1 945

Fuente: Elaboración propia con datos de la Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación.

Para 2015, 5 de cada 10 niñas migrantes en tránsito tenían entre 0 y 11 años de edad; en el caso de los niños, esta cifra llegó a 3 de cada 10¹⁹. En 2017, la relación que se encontró indicó que 4 de cada 10 niñas migrantes presentadas al Instituto Nacional de Migración tenían entre 0 y 11 años; para el caso de los niños, la proporción fue 3 de cada 10²⁰.

Dadas las políticas restrictivas en la frontera sur de México, las personas en condición de migración se ven obligadas a buscar alternativas en su recorrido hacia los EUA. Estos mecanismos de control fronterizo no impactan en la reducción de los flujos migratorios irregulares, por el contrario, generan movimientos de incertidumbre, peligro y de potencial inseguridad para las personas²¹. En su trayecto en la clandestinidad, los migrantes se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad que los expone a múltiples riesgos.

En su camino, las personas transitan por lugares inhóspitos como el desierto, las montañas, los ríos, las vías del tren, las carreteras, etcétera, para pasar desapercibidos y así evitar ser detenidos. El proyecto *Migración*

¹⁹ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Ficha temática: personas migrantes*, México, 2017, p. 3; disponible en: <http://bit.do/e3KzF>, consultada el 15 de febrero de 2019.

²⁰ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Ficha temática: personas migrantes*, México, 2018, p. 3; disponible en: <http://bit.do/e3KzS>, consultada el 15 de febrero de 2019.

²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Visita in loco a México*, Washington D.C., 2003; disponible en: <https://goo.gl/bdDHcc>, consultado el 7 de febrero de 2019.

*centroamericana en tránsito por México hacia Estados Unidos: Diagnóstico y recomendaciones. Hacia una visión integral, regional y de responsabilidad compartida*²², elaborado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, ubica los autobuses, los camiones de carga y el ferrocarril como los medios de traslado mayormente empleados por las y los migrantes, sin dejar de lado los grandes recorridos que realizan a pie.

Así, ante la premura de huir de un panorama desalentador, los NNA migran de forma irregular. Esto conlleva a que su trayecto se dé entre circunstancias de alto riesgo por las rutas y los medios de transporte que emplean para no ser detectados por las autoridades migratorias, aunado a que viajan sin la compañía de algún adulto. Estos riesgos han de entenderse como:

... la posibilidad que tienen (los NNA) de sufrir daños físicos, emocionales o patrimoniales en mayor o menor intensidad²³.

Debe tenerse en cuenta que:

...el riesgo es un proceso, y como tal, puede modificarse según los contextos particulares en los que se produce. En el mismo sentido, deberán cambiar y adaptarse las acciones que realiza el Estado para disminuirlos²⁴.

Ante este escenario, el cuestionamiento que ineludiblemente se debe hacer es: ¿en qué condiciones se encuentran los NNA en sus países de origen para que, conociendo los riesgos en su travesía, decidan asumirlos y opten por la migración como una alternativa viable?

²² Instituto Tecnológico Autónomo de México, *Migración centroamericana en tránsito por México hacia Estados Unidos: Diagnóstico y recomendaciones. Hacia una visión integral, regional y de responsabilidad compartida*, México, 2014, p. 17; disponible en: <https://goo.gl/igvynz>, consultado el 5 de febrero de 2019.

²³ *Ibidem*, p. 22.

²⁴ *Ídem*.

En México, la parte alícuota de atender es la relativa al tránsito, una de las etapas más complejas en la dinámica migratoria. Si bien es cierto que, en los Estados de origen, los derechos de los NNA están en constante amenaza, la movilidad irregular conlleva nuevos y numerosos peligros, agravando la situación de las y los menores, quienes tienen ínfimas posibilidades para repeler, resistir o confrontar las amenazas.

Lo anterior se complica con la política mexicana de securitización fronteriza. El estudio *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos* revela que existe una correlación directa entre el aumento de los controles migratorios y el incremento de los riesgos²⁵. De igual forma, la dificultad para identificar los orígenes, las consecuencias, así como el efecto que generarán las amenazas en los NNA, son elementos imprescindibles que los Estados han de considerar para dar atención al planteamiento.

Situación migratoria de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados en México

La República Mexicana cuenta con una amplia trayectoria de movimientos humanos arraigada a su historia desde el siglo pasado. Paradójicamente, es hasta el año 2000 que el tema migratorio cobra importancia cuando se incorpora en la agenda pública y se introduce en los debates legislativos. Esta nueva visión trajo como resultado una serie de leyes y consensos de gran impacto en la materia, como la publicación de la Ley de Migración de 2011 y su respectivo Reglamento en el año 2012. Anteriormente era la Ley General de Población la que regulaba, en un único capítulo, lo referente a los extranjeros; este apartado era insuficiente y no consideraba siquiera la complejidad de los flujos humanos, como la inmigración o la emigración.

²⁵ Ceriani Cernadas, Pablo (coord.), *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, Buenos Aires, Center for Gender & Refugee Studies y Universidad Nacional de Lanús, 2015; disponible en: <https://goo.gl/ch1Gtr>, consultado el 15 de febrero de 2019.

El avance normativo y los acuerdos obtenidos en los primeros años del siglo XXI fueron notables. Uno de los más claros se da en 2008, cuando se reforma la LGP y se elimina la criminalización de la migración irregular, convirtiéndose en una falta administrativa. Posteriormente se derogan diversas disposiciones en la LGP y se adicionan a la recién promulgada LM, misma que reconoce un amplio catálogo de derechos de las personas migrantes, independientemente de su situación migratoria.

Sin embargo, varios son los datos arrojados desde la sociedad civil que muestran la realidad que padece la infancia en situación de movilidad en México cuando son detectados por las autoridades migratorias.

Pese a la reforma de 2008 a la Ley General de Población a partir de la cual se despenalizó la entrada irregular de migrantes a México, prevalecen condiciones de alojamiento y procedimientos propios del sistema penal en el tratamiento que se da a las personas extranjeras que entran de manera irregular a territorio nacional.

El tinte claramente punitivo de la política migratoria mexicana...²⁶

Detención y aseguramiento en estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración

Cifras proporcionadas por *Global Detention Project* señalan que México es el segundo país con mayor aumento en el número de detenciones migratorias²⁷,

²⁶ Sin Fronteras, *La detención migratoria: un análisis desde el modelo penitenciario y el gasto público*, México, 2019, p. 23.

²⁷ Datos reportados por El Financiero arrojaron que, al mes de junio de 2019, la tendencia en el número de detenciones de personas migrantes mostró un aumento exponencial de más del 200% en relación con el primer semestre de 2018.; es decir, al cierre del presente estudio, los datos evidencian que el contexto migratorio en el país se ha ido agravando constantemente: El Financiero, *Gobierno de AMLO aumenta 204% detenciones de migrantes tras acuerdo con Trump*, México, 2 de julio de 2019; disponible en: <https://urlzs.com/YpLwN>, consultado el 3 de julio de 2019.

triplicando sus detenciones en un periodo de 6 años²⁸. Por su parte, de 2013 a 2015, Sin Fronteras documentó un incremento del 130% en las aprehensiones de personas migrantes.

Tratándose de NNA migrantes existen registros que demuestran que este sector de la población también se encuentra privado de la libertad.

De 2013 a 2017 ocurrieron 686 545 detenciones, de las cuales 18.65% fueron de menores de 18 años; es decir, casi la quinta parte. Del total de detenciones, la mayoría (604 355) concluyó en una devolución al país de origen²⁹.

En este sentido, y para efectos de la investigación, no solo preocupa el hecho de la aprehensión sino, concretamente, la forma, el modo y las condiciones en las que se lleva a cabo la detención de las niñas, los niños y los adolescentes migrantes; en otras palabras, la privación temporal de la libertad de los menores.

Por ello, en los subsecuentes párrafos se plasmarán datos extraídos sobre la detención y las garantías del debido proceso, reportados por las siguientes OSC: Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A.C.; *International Detention Coalition*; y Sin Fronteras I.A.P. Estas instituciones se consideraron porque cuentan con una amplia trayectoria sobre estudios migratorios, así como con un destacado reconocimiento por su ardua labor en favor de la niñez migrante.

Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A.C.

El informe *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*³⁰, reconoce dos aspectos en cuanto a la detención y las garantías del debido proceso:

²⁸ Global Detention Project, *Mexico Immigration Detention*, Ginebra, 2018; disponible en: <https://urlzs.com/Pdpg>, consultado el 14 de febrero de 2019.

²⁹ Sin Fronteras, *La detención migratoria...*, cit., p. 53.

³⁰ Ceriani Cernadas, Pablo (coord.), *Niñez y migración...*, cit., p. 19.

- *Detención*

México detiene a los migrantes, incluidos los niños no acompañados y las familias, y los retiene en centros de migración. El país no ha aplicado la reforma positiva promulgada en 2011 por la que se requiere al INM que transfiera a los niños al DIF cuando sean aprehendidos. Los niños y los adolescentes detenidos en centros de migración carecen de alimentos comestibles, no tienen privacidad ni acceso a servicios médicos y psicológicos, están constantemente vigilados y están reclusos junto con adultos con los que no tienen relación familiar. Los niños y los adolescentes que buscan asilo están detenidos durante todo el proceso de asilo—que puede durar varios meses—.

- *Falta del debido proceso*

México no ofrece asesoramiento jurídico a los niños y los adolescentes migrantes y no les proporciona ninguna información acerca de sus derechos. Además, México no designa a un tutor o un defensor de la causa de los niños y los adolescentes no acompañados. Las autoridades migratorias entrevistan a los niños y los adolescentes y deciden posteriormente cómo manejar sus casos en función de la información obtenida durante la entrevista; sin embargo, los niños y los adolescentes no tienen acceso a procedimientos legales para recurrir su detención, reclamar sus derechos o solicitar beneficios migratorios. Ante la falta de información y de un abogado u otro adulto que les ayude a navegar el sistema y reclamar sus derechos, los niños migrantes centroamericanos sufren violaciones habituales del debido proceso en México.

Coalición Internacional contra la Detención

En 2012, el estudio *Dignidad sin Excepción: Alternativas a la Detención Migratoria en México*³¹ identificó algunas inconsistencias entre la Ley de Migración y su aplicación en el día a día:

La detención migratoria en México también tiende a ser arbitraria ante la ausencia de mecanismos de defensa, administrativos o judiciales, y de excepciones al plazo máximo de detención. Aunque la normativa migratoria establece plazos perentorios de detención y algunas salvaguardas para velar por su no arbitrariedad, estas no son suficientes. Así por ejemplo, la previsión de la LM relativa al deber de notificar por escrito a la persona sobre las razones y fundamentos para prorrogar la detención por más de 15 días podría, bajo otras condiciones, ser un mecanismo de revisión automática a la detención. No obstante, esto no es así debido a que tal previsión no prevé valorar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida a la luz de las circunstancias de la persona y de la situación que obstaculiza el retorno o la deportación.

La gran mayoría de NNA migrantes no acompañados permanecen en detención en estaciones migratorias o estancias provisionales sin que existan elementos o cambios sustanciales a partir de la promulgación de la LM o el reglamento. Así, en la práctica, la detención de NNA migrantes no acompañados sigue siendo la regla, y la excepción su canalización a una institución especializada en infancia, situación que es necesario corregir.

Por otro lado, los NNA migrantes no acompañados que son efectivamente canalizados por el INM permanecen en establecimientos del DIF a puertas cerradas. En ese sentido, la canalización que llega a hacer el INM no se ha traducido en una alternativa a la detención sino

³¹ International Detention Coalition, *Dignidad sin Excepción: Alternativas a la Detención Migratoria en México*, México, 2013, pp. 118 y 124; disponible en: <https://goo.gl/iYT9iM>, consultado el 15 de febrero de 2019.

que, al no gozar de su libertad personal se trata de una forma alternativa o sustituta de detención.

Sin Fronteras I.A.P.

El proyecto *La ruta del encierro. Situación de las personas en detención en estaciones migratorias y estancias provisionales*³² del año 2013 arroja información sobre el debido proceso, al tiempo que visibiliza las condiciones de los menores en los centros de detención del INM y los albergues del SNDIF:

Un tema preocupante con relación al debido proceso es el concerniente a los niños, niñas y adolescentes (NNA). De acuerdo con la Ley de Migración, el INM debe canalizarlos de manera inmediata al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) (ya sea a los Sistemas Estatales o del Distrito Federal) mientras se resuelve su situación migratoria, y si de manera excepcional son alojados en estaciones migratorias, se les deberá asignar un lugar adecuado.

En algunos estados [...] las autoridades migratorias señalaron haber intentado sin éxito trasladar a los niños, niñas y adolescentes, ante la falta de capacidad del DIF. En Hidalgo los mayores de 13 años no son aceptados por su edad mayor a la de los demás. En Chiapas se aceptan únicamente los menores de 12 años, por lo que las personas entre 13 y 17 permanecen en un área especial dentro de la estación migratoria. [...] En Coahuila el traslado de esta población se ve comprometido por la lejanía de la estación migratoria de Saltillo, que se encuentra a cinco horas de viaje.

Las personas migrantes detenidas en las estaciones migratorias sobreviven enfrentando condiciones deficientes, precarias, que las afectan en diferentes niveles físicos, psicológicos, sociales, culturales y espirituales.

³² Sin Fronteras I.A.P., *La ruta del encierro: Situación de las personas en detención en estaciones migratorias y estancias provisionales*, México, 2013, pp. 50-51 y 55; disponible en: <https://urlzs.com/Sx24w>, consultado el 15 de febrero de 2019.

Como se aprecia, las principales OSC en la materia exhiben el uso indiscriminado de la detención en las estancias migratorias del INM, los vicios en el debido proceso y las condiciones en las que se encuentran las y los niños y adolescentes durante el aseguramiento en dichas estancias. La información de los tres estudios es coincidente, lo que demuestra los grandes retos que existen para la correcta atención de la infancia en situación de movilidad durante su tránsito por México.

Es importante resaltar que hay más evidencias que, siguiendo la tendencia en los datos suministrados con antelación, detallan los abusos cometidos por parte de diversas autoridades, estatales y municipales, que, sin contar con las facultades necesarias, realizan operativos para la detención de migrantes, omisiones que inciden y vulneran los derechos procesales de los NNA, así como malos tratos y deficiencias en los servicios de alimentación, higiene y hacinamiento en las estancias; sin embargo, para el objetivo del presente trabajo, se estima suficiente con la referencia aportada por las tres organizaciones.

CAPÍTULO 1

La regulación jurídica y el marco institucional a nivel nacional sobre la detención y las garantías del debido proceso para el caso de las niñas, los niños y los adolescentes migrantes no acompañados

El contexto de hipermovilidad existente en México reclama acciones específicas e integrales, sobre todo cuando se trata de un sector en situación de vulnerabilidad como la niñez migrante. Es así como, para una adecuada intervención, debe haber coordinación entre los tres poderes del Estado y los distintos órdenes de gobierno.

Así, es fundamental vislumbrar la labor que se realiza desde el Congreso de la Unión, el Ejecutivo Federal, el Poder Judicial y la participación del organismo constitucional autónomo de protección y defensa de los derechos humanos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, tratándose de asuntos migratorios.

1.1 El Estado mexicano y la política migratoria frente a la infancia en situación de movilidad

1.1.1. El Poder Legislativo: marco normativo para la atención y la protección de la niñez migrante no acompañada

La Constitución y las normas que de ella emanan deben interpretarse de modo sistemático–armonizante. Cada precepto consagrado tiene que considerarse en conjunto con las demás cláusulas. No debe ni puede hacerse una segregación o interpretación aislada. El ordenamiento solo se entiende en un contexto de unidad y coordinación para que haya congruencia y correspondencia³³.

³³ Rudzinsky, Javier, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2009; disponible en: <https://goo.gl/xaUF5f>, consultado el 15 de febrero de 2019.

El complejo normativo está vinculado formal y materialmente para una correcta exégesis. En este tenor se estudiarán las leyes en materia de detención y garantías del debido proceso en México relacionadas entre sí³⁴.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En junio de 2011 fue publicada, en el Diario Oficial de la Federación, la reforma más significativa y ambiciosa a la CPEUM en materia de derechos humanos. Esta adecuación tuvo como propósito robustecer el sistema de reconocimiento, protección y garantía de los derechos en México a través de la modificación de 11 artículos³⁵. Destacan:

Artículo 1º

- Apertura al Derecho Internacional al reconocer los derechos humanos contenidos en la Constitución, así como en los tratados internacionales.
- Inclusión del principio de interpretación conforme.
- Incorporación del principio pro persona.
- Obligación del Estado mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

³⁴ Otras leyes que regulan la actuación institucional, pública y privada, así como de las autoridades administrativas y judiciales que participan en la atención y protección de la infancia migrante no acompañada son: Código Civil Federal; Código Federal de Procedimientos Civiles; Código Penal Federal; Código Nacional de Procedimientos Penales; Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Ley de la Policía Federal; Ley de Seguridad Nacional; Ley del Instituto Nacional de las Mujeres; Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; Ley Federal de Derechos; Ley Federal de la Defensoría Pública; Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado; Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos; Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; Ley Federal del Procedimiento Administrativo; Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo; Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; Ley Orgánica del Poder Judicial; Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; y Ley de los Institutos Nacionales de Salud.

³⁵ Morales Sánchez, Julieta, "Reforma constitucional de derechos humanos: hacia un nuevo derecho en México", en *Perseo*, núm. 19, México, PUDH, 2014; disponible en: <https://goo.gl/7ZYcBr>, consultado el 17 de febrero de 2019.

- Identificación de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.
- El deber del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Artículo 11

- Se reconoce el derecho de asilo y refugio por motivos políticos y por razones de carácter humanitario.

Artículo 33

- Se incluye el derecho de audiencia para limitar la facultad discrecional del titular del Ejecutivo para hacer expulsar del territorio nacional a las personas extranjeras.

En términos generales, estas enmiendas suponen para el Estado Mexicano tres aspectos: 1) Reconocer los derechos humanos de todas las personas que están en el territorio; 2) La admisión de la existencia del bloque de constitucionalidad y una jerarquía de igual rango entre la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos; y 3) Obligaciones específicas.

Lo que se traduce para las personas migrantes en poseer los derechos y las garantías reconocidos en la Carta Magna y en los tratados internacionales, independientemente de su estatus migratorio.

La reforma trajo consigo un nuevo paradigma en la concepción y las atribuciones del Estado al actualizar los principios y los criterios de actuación de

los poderes en los ámbitos municipal, estatal y federal. Cada decisión que estos efectúen tendrá que contar con perspectiva en materia de derechos humanos³⁶.

Lógicamente, como todas las reformas constitucionales, la de 2011 debe ir acompañada de políticas públicas y acciones en conjunto de todo el aparato estatal para su materialización.

Los derechos reconocidos en la CPEUM que interesan, para efectos de la investigación, son los relativos a la libertad, al debido proceso y a la detención administrativa contenidos en los artículos 11, 14, 16 y 21. (Anexo 2)

El artículo 11 contiene lo relativo a la libertad de tránsito de la que son titulares todas las personas en México. Estipula los términos para el ingreso y la salida del territorio nacional y la posibilidad de desplazamiento sin la necesidad de portar documentación para ello. El segundo párrafo es el derecho a solicitar asilo por razones humanitarias, de acuerdo a los tratados internacionales y la regulación contenida en la normativa secundaria.

La Constitución no limita la libre circulación de las personas pero tampoco reconoce un derecho de tránsito sin la observancia de normas administrativas contenidas en la legislación correspondiente.

El artículo 14 hace referencia al debido proceso legal; es decir, al conjunto de condiciones y requisitos jurídico-procesales que son necesarios para poder interferir legalmente en los derechos de las personas³⁷ y no dejarlas en estado de indefensión.

³⁶ Murayama Rendón, Ciro, “Nota introductoria”, en Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, 2014, pp. 11-12.

³⁷ Gómez Lara, Cipriano, “El debido proceso como derecho humano”, en González Martín, Nuria (coord.), *Estudios en homenaje a Martha Morineau*, t. II: *Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos*, México, UNAM-IIJ, p. 345; disponible en: <https://goo.gl/aCvrBx>, consultado el 20 de marzo de 2019.

El derecho a la libertad personal queda consagrado en el artículo 16 de la CPEUM. Para Julio Banacloche, esta libertad implica el derecho que tiene un individuo a impedir toda injerencia no deseada en el devenir físico de su existencia a la seguridad personal³⁸. De tal manera que todo acto de molestia debe estar debidamente fundado y motivado por la autoridad competente.

El artículo 21 limita el tiempo de detención a 36 horas por faltas administrativas, como las contenidas en la legislación migratoria.

LEY DE MIGRACIÓN

El concepto de política migratoria se enmarca en el artículo 2 de la Ley de Migración, publicada en el DOF en mayo de 2011, y se define como:

... el conjunto de decisiones estratégicas para alcanzar objetivos determinados que con fundamento en los principios generales y demás preceptos contenidos en la presente Ley, se plasman en el Reglamento, normas secundarias, diversos programas y acciones concretas para atender el fenómeno migratorio de México de manera integral, como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes.

Asimismo, establece que la política debe ser definida por el Poder Ejecutivo en coordinación con los Poderes de la Unión, los gobiernos de los estados y la sociedad civil. También debe ser basada en los derechos humanos, el desarrollo y la seguridad nacional, pública y fronteriza.

Esta política migratoria reconoce a México como país de origen, destino, tránsito y retorno de migrantes. Considera la complejidad y multicausalidad del fenómeno de la movilidad humana. Por ello ha de sustentarse en la igualdad, la no discriminación, la no criminalización de la migración irregular, en los enfoques

³⁸ Banacloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 54-55.

diferencial y especializado, en la corresponsabilidad, la solidaridad y el derecho internacional. Además, pugna por los principios de la unidad familiar y el interés superior de la infancia como criterios prioritarios para la internación y estancia de las personas extranjeras en el país.

La política migratoria de México ha registrado avances en la garantía y el respeto a los derechos humanos al identificar como ejes rectores: a) el respeto y la garantía de los derechos humanos de las personas migrantes, b) el deber de protección a la infancia, y c) la toma de decisiones basada en el interés superior de niños, niñas y adolescentes³⁹; sin embargo, también se aprecian políticas encaminadas al control migratorio que cobran relevancia por encima de los derechos fundamentales.

Así, se encuentra en la LM y su Reglamento la figura de la presentación⁴⁰, una medida de control caracterizada por alojar a las personas en situación de migración irregular en estaciones o estancias provisionales mientras se resuelve su calidad o estatus migratorio.

La presentación se efectúa cuando la autoridad migratoria identifica, en operativos de verificación o revisión, a migrantes en condición de irregularidad, lo que da como resultado el alojamiento o la detención de las personas.

Las agencias Sin Fronteras, Asistencia Legal por los Derechos Humanos y Fundar coinciden en que la presentación y el alojamiento son solo eufemismos lingüísticos para ocultar y distraer del trasfondo real, que es la privación de la libertad.

³⁹ International Detention Coalition, *Dignidad sin Excepción: Alternativas a la Detención Migratoria en México*, op. cit., p. 16.

⁴⁰ La fracción XX del artículo 3º de la Ley de Migración define a la presentación como: “La medida dictada por el Instituto mediante la cual se acuerda el alojamiento temporal de un extranjero que no acredita su situación migratoria para la regularización de su estancia o la asistencia para el retorno”.

En el caso de personas migrantes, al acto de privación de la libertad se le denomina “presentación” y al ingreso al centro de detención “alojamiento”. Sin embargo, en realidad, cuando la persona es “alojada” se encuentra imposibilitada formal y materialmente para “abandonar por voluntad propia el lugar de ‘alojamiento’, encontrándose en todo momento bajo el control directo de las autoridades migratorias”⁴¹.

En la misma tesitura, el documento *Personas en detención migratoria en México: Misión de Monitoreo de Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración*, elaborado por el Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración, puntualiza:

Este juego de palabras es usado para simular la detención y la privación de la libertad, tal como sucede con términos como “presentación” y “alojamiento”.

...

Estos eufemismos disfrazan una realidad que ha sido documentada por organizaciones de la sociedad civil y que es lejana al discurso de las autoridades: las personas migrantes y quienes requieren de protección (solicitantes de la condición de refugiado, por ejemplo) no tienen libertad dentro de las instalaciones pues lo que requieran hacer es solo bajo autorización. Esto ejemplifica que la llamada presentación se asemeja más a una privación de la libertad de estilo carcelaria, dado que las personas están limitadas en cuanto a espacio y actividades, y su permanencia está bastante controlada por el personal de las llamadas estaciones migratorias⁴².

El artículo 68 de la LM establece que la presentación solo se realizará por el INM en los casos previstos por la propia Ley y no podrá exceder el término de 36

⁴¹ Sin Fronteras, *La detención migratoria:...*, cit., p. 24.

⁴² Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración, *Personas en detención migratoria en México: Misión de Monitoreo de Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración*, México, 2017, p. 62; disponible en: <https://urlzs.com/7iXda>, consultado el 11 de marzo de 2019.

horas. Además, durante el procedimiento administrativo migratorio, que consta de la presentación, el alojamiento, el retorno asistido y la deportación, la autoridad deberá respetar los derechos reconocidos a las personas migrantes.

Los artículos 69 y 70 puntualizan los derechos y las garantías del debido proceso que amparan a las y los migrantes al momento de la presentación. Los derechos con los que cuentan son: a ser informados de las prerrogativas y garantías que les concede la legislación aplicable, el motivo de su presentación, los requisitos que necesitan para su admisión, la notificación inmediata de su presentación al consulado del país del cual se presume sea nacional la persona, y la posibilidad de regularizar su situación migratoria.

Por otra parte, las garantías son: la asistencia y/o representación legal, que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente, a ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, el acceso al expediente, a contar con intérprete o traductor, y a que las resoluciones de la autoridad estén debidamente fundadas y motivadas.

El informe *La detención migratoria: un análisis desde el modelo penitenciario y el gasto público* refiere los riesgos existentes en la inobservancia de las garantías del debido proceso por parte de las autoridades del INM:

El acceso al debido proceso requiere una estructura jurídica y administrativa que sea sólida operativamente, para lo cual el derecho a la información constituye un primer escalón. En el presente monitoreo, de 232 personas entrevistadas en las tres localidades, únicamente 31 sabían cuál sería el procedimiento administrativo a seguir (13%). Esto genera que otros derechos vinculados al debido proceso sean vulnerados y de conocimiento casi nulo, como ocurre con el acceso a la asistencia y defensa legal, a contar con un intérprete en caso de necesitarlo, a la

protección consular y a la protección como solicitantes de la condición de refugiados o beneficiarios de visas por razones humanitarias⁴³.

El artículo 107 señala las condiciones que deberán cumplirse en las estaciones migratorias: servicios de asistencia médica, psicológica y jurídica; atención a los requerimientos alimentarios del extranjero con tres comidas al día y verificar las necesidades especiales de nutrición de NNA, mujeres embarazadas o lactantes y personas de la tercera edad, entre otros; mantener separados y con medidas que aseguren la integridad física de las y los extranjeros, a hombres, mujeres y niños; a garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas presentadas; y a mantener las instalaciones en buen estado y evitar el hacinamiento.

Nuevamente es la publicación *La detención migratoria: un análisis desde el modelo penitenciario y el gasto público* la que suministra datos relevantes, a través de un muestreo, sobre las condiciones dentro de las estancias del INM.

En torno a la estructura física de las estaciones migratorias:

... llama la atención que no solamente obedezca a patrones similares a las construcciones carcelarias, sino también que remite imaginariamente a estructuras parecidas a los calabozos, siguiendo un patrón de “arquitectura punitiva” que varios especialistas han analizado como modelos de control territorial y poblacional estatales utilizados desde hace más de dos siglos...

Se trata de espacios poco higiénicos, confinados y de abandono social. Las personas son forzadas a habitarlos y apropiárselos como dormitorio, comedor, tendedero, espacio de esparcimiento y convivencia con los hijos, todo en un mismo espacio...

... los dormitorios replican las estructuras de control que operan en los centros penitenciarios o en algunos hospitales psiquiátricos, para

⁴³ *Ibíd.*, p. 18.

mantener a las poblaciones dentro de un solo lugar y a cargo de sus custodios: puertas metálicas con apenas una ventanilla pequeña para la ventilación y gruesos candados para mantenerlas cerradas⁴⁴.

Otros derechos y garantías se encuentran en el artículo 109. En su ingreso a la estación, las personas tendrán derecho a: conocer la ubicación de la estación en la que se encuentran alojadas; que se les informe el motivo de su ingreso, el procedimiento migratorio, su derecho a solicitar la condición de refugiado o la determinación de apátrida; regularizar su estancia migratoria; solicitar el retorno asistido; interponer un recurso efectivo en contra de las resoluciones del Instituto; recibir protección de su consulado; recibir por escrito sus derechos y obligaciones; no ser discriminadas; recibir un trato digno y humano durante su estancia; que las estaciones migratorias cuenten con espacios separados para NNA migrantes no acompañados para su alojamiento en tanto son canalizados a instituciones en donde se les brinde una atención adecuada.

La situación de los extranjeros deberá resolverse en un plazo no mayor a 15 días hábiles. Empero, en ciertos supuestos el alojamiento podrá ampliarse sin exceder los 60 días hábiles.

El artículo medular de la Ley de Migración es el 112. Contiene lo relativo al procedimiento ante casos de NNA migrantes no acompañados. (Anexo 3)

Este apartado establece que el INM deberá canalizar de manera inmediata a la o el NNA migrante no acompañado al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, estatales y de la Ciudad de México, para una atención adecuada.

Reconoce la posibilidad de que, en casos excepcionales, los NNA sean alojados en estaciones migratorias en tanto son trasladados a las instalaciones del

⁴⁴ Ídem.

SNDIF. En las estaciones se les deberá asignar un espacio específico distinto al de los adultos; asimismo, se deberá dar vista de inmediato a la CNDH y/o a las comisiones estatales de derechos humanos.

La postura del Consejo Ciudadano del INM en materia de detención infantil en situación de movilidad es clara: la privación de la libertad no debe realizarse, ya que genera efectos nocivos para el desarrollo psicoemocional de las y los menores. De igual forma registra casos de NNA que permanecen detenidos por más de 60 días en las estaciones migratorias, contrariando a lo establecido en la Constitución y la Ley migratoria.

La detención —nunca apropiada para los niños— es particularmente problemática para aquellos que quieren solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado. Los niños reportaron que los agentes del INM les dijeron que la simple solicitud de asilo resultaría en la prolongación de su detención, ya fuera en instalaciones administradas por el INM o en los centros del DIF, mientras sus casos eran evaluados. Nos contaron sobre situaciones en que niños y padres decidieron no presentar una solicitud, o retirarla, porque no querían permanecer encerrados. El ACNUR [Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados] y otros grupos informaron sobre hallazgos similares. Algunos niños permanecieron en centros de detención migratoria durante un mes o más, y aquellos que deciden ejercer su derecho a apelar las decisiones adversas en sus solicitudes de asilo pueden permanecer recluidos durante seis meses o más⁴⁵.

A los menores se les tendrá que informar el motivo de la presentación, sus derechos dentro del procedimiento migratorio y los servicios a los que tiene derecho.

⁴⁵ Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración, op. cit., p. 45.

Cuando se estime conveniente para los intereses del NNA migrante se dará aviso a su consultado, salvo en los casos donde exista la presunción de asilo o de la condición de refugiado.

Al respecto, Sin Fronteras señala:

En las visitas realizadas a los tres centros de detención se pudo constatar que casi tres años después de la emisión de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes hay una presencia considerable de esta población en situación de privación de la libertad. Esta práctica violatoria de los estándares internacionales y de la normatividad nacional, que promueven el interés superior de la niñez, no ha logrado erradicarse. Al margen de la no privación de la libertad de niñez.

... en los centros de detención, la niñez no recibe una alimentación adecuada, no se cumple con la obligación de brindarles educación ni actividades recreativas, no existen espacios adecuados para su esparcimiento ni una adecuada atención médica⁴⁶.

Por su parte, el Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración también proporciona datos relevantes al respecto:

En México, la mayoría de los centros de detención migratoria son espacios físicos cerrados que no logran garantizar la protección y la promoción de los derechos humanos de NNA extranjeros durante su permanencia en ellos.

...

... situaciones críticas en centros de control migratorio que no presentan espacios y condiciones mínimas para la estadía segura de NNA detenidos, solos o acompañados, en tanto esperan ser trasladados a

⁴⁶ Ibídem, pp. 21 y 32.

instituciones en donde se les brinde una atención adecuada, conforme lo señalan los arts. 107 y 109 de la LM.

...

Condiciones graves de hacinamiento, carencia de luz natural y falta de ventilación e higiene, aunado a que la población adulta varonil estaba mezclada con los NNA varones en una misma habitación.

...

...las condiciones del lugar proyectan un ambiente de castigo a las y los menores, no de “alojamiento”⁴⁷.

LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Los artículos 82 y 83 del capítulo décimo octavo reconocen los derechos y las garantías del debido proceso que les asisten a las y los NNA, así como las obligaciones a cargo de las autoridades encargadas de garantizar la protección y la prevalencia del ISN: de proporcionar información sencilla y comprensible sobre el procedimiento correspondiente; de asignar un representante al niño, niña o adolescente; de dar asistencia de un intérprete o traductor cuando así se requiera; de garantizar el acompañamiento de quien ejerza sobre ellos la patria potestad, tutela, guarda o custodia durante la sustanciación de todo el procedimiento; y la imposibilidad de mantener a los menores en espacios compartidos con personas adultas, principalmente.

Los artículos contenidos en el capítulo décimo noveno de la Ley General enumeran las acciones específicas de protección que las autoridades deberán emplear para garantizar los derechos de los NNA migrantes.

Reitera, en consonancia con la Ley de Migración (Anexo 4), que será el Sistema Nacional DIF el encargado de brindar la protección adecuada al NNA migrante en tanto el INM determine la condición migratoria. Para ello, el ISN será

⁴⁷ Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración, op. cit., p. 140-141.

considerado en las decisiones que se requieran tomar durante el procedimiento administrativo migratorio.

El artículo 92 señala las garantías del debido proceso que han de observarse para el caso de NNA migrantes: el derecho a la notificación del inicio del procedimiento, derecho a la información de los derechos que les corresponden, que el proceso sea llevado por un servidor público especializado, el derecho de los menores a ser escuchados y de participar en las etapas procesales, el derecho a un intérprete o traductor, el derecho a la asistencia consular, el derecho de asesoría jurídica, la observancia del ISN en las decisiones de la autoridad, el derecho de impugnación ante la autoridad jurisdiccional competente, y la celeridad en el procedimiento.

En aras de garantizar la protección integral de las niñas, los niños y los adolescentes migrantes, el SNDIF habilitará espacios de alojamiento o albergues para su recepción distintos a los destinados para las personas adultas.

Investigaciones de *Human Rights Watch* muestran que:

Incluso aquellos que se alojan en refugios del DIF se ven privados de su libertad, aunque en instalaciones que son significativamente más limpias y más humanas que los centros de detención migratoria de México. Los refugios del DIF son instalaciones de custodia, y los que están alojados allí no tienen permiso para salir libremente, a menos que acepten el retorno a sus países de origen. Los refugios del DIF son, por tanto, lugares de detención de acuerdo a cómo se utiliza este término en las normas internacionales. El gobierno habla de los refugios del DIF como si fueran alternativas a la detención⁴⁸.

⁴⁸ Human Rights Watch, *Puertas cerradas: El fracaso de México en la protección de niños refugiados y migrantes de América Central*, Estados Unidos, 2016, pp. 87-88.

A destacar el artículo 96 que prohíbe la devolución, la expulsión, la deportación, el retorno en la frontera o la no admisión de NNA migrantes cuando su vida seguridad y/o libertades estén en peligro por causas de persecución, amenaza, violencia, vulneración a los derechos humanos o cuando puedan ser sometidos a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Finalmente, la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en concordancia con la normativa internacional y la Ley de Migración, reafirma la no criminalización de la migración⁴⁹.

Hasta aquí se han identificado los derechos y las garantías del debido proceso que la Constitución y la legislación secundaria reconocen a las niñas, los niños y los adolescentes no acompañados en situación de movilidad. No obstante, resulta necesario conocer la reglamentación y los acuerdos que provienen desde la esfera administrativa para su mejor comprensión y posterior aplicación.

Estos ordenamientos tienen como eje rector el interés superior de la niñez⁵⁰ y la aparente prohibición de la privación de la libertad en las estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración. En la implementación se tienen hallazgos de lo contrario, ya que hay una visible ausencia de coordinación institucional, así como la falta de recursos técnicos, materiales y presupuestales en las dependencias encargadas de atender el tema. De igual forma son

⁴⁹ Artículo 101 de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: “En ningún caso una situación migratoria irregular de niña, niño o adolescente, preconfigurará por sí misma la comisión de un delito, ni se prejuzgará la comisión de ilícitos por el hecho de encontrarse en condición migratoria irregular”.

⁵⁰ Catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social, en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, página 2188, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I.5o.C. J/16; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, página 2133.

inexistentes las alternativas a la detención de las y los niños migrantes no acompañados.

... no se encontró ningún documento o testimonio que evidenciara el proceso y la valoración del interés superior de la niñez en resoluciones migratorias tomadas en casos de NNA que contaban con medidas urgentes de protección o especiales...⁵¹

México debe tomar medidas para poner fin a la detención migratoria de niños y debe hacer un mayor uso de las alternativas a la detención, medidas que ya están disponibles bajo la ley mexicana⁵².

1.1.2. El Poder Ejecutivo: reglamentación institucional e instrumentos de políticas públicas para la atención y la protección de la niñez migrante no acompañada

El desarrollo del ordenamiento jurídico mexicano no solo le corresponde al poder legislativo, el titular del Ejecutivo está facultado para reglamentar las leyes que emanan del Congreso y con ello posibilitar su ejecución y exacta observancia.

REGLAMENTO DE LA LEY DE MIGRACIÓN

El título séptimo del Reglamento enuncia las pautas para la protección de las personas migrantes que transitan por el territorio mexicano.

Para el tratamiento de la infancia migrante no acompañada, el Reglamento prima el interés superior de la niñez en las decisiones que les aquejen, especialmente en casos de reunificación familiar, regularización de su estancia, reconocimiento de la condición de refugiado, y de retorno asistido. La valoración

⁵¹ Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración, op. cit., p. 147.

⁵² Human Rights Watch, op. cit., p. 141.

La detención de la niñez migrante en México: un análisis a través del principio de proporcionalidad del ISN se realizará a través de una entrevista⁵³ efectuada por personal capacitado y especializado.

La custodia le corresponderá al INM cuando los NNA migrantes no acompañados sean puestos a su disposición o este inicie el procedimiento administrativo para resolver la situación migratoria de los menores.

El INM tiene la obligación de canalizar inmediatamente a la niña, niño o adolescente migrante no acompañado a la instancia correspondiente, en tanto deberá implementar las medidas necesarias para resguardar la integridad física y psicológica del menor.

La organización *Human Rights Watch* registra fallas e irregularidades durante la canalización de NNA a los albergues del SNDIF.

... la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) y organizaciones que trabajan con migrantes nos dijeron que los agentes del INM apuntan con frecuencia a la falta de espacio disponible como una razón para no transferir a los niños a refugios del DIF⁵⁴.

La estancia y la asistencia social para la protección de la infancia migrante deberán ser proporcionadas por el SNDIF, los sistemas estatales DIF y el de la Ciudad de México; aunque se reconoce la posibilidad de que el Instituto Nacional de Migración aloje NNA migrantes no acompañados en otras instituciones, públicas o privadas, cuando se imposibilite la canalización a los Sistemas DIF o incluso, en casos excepcionales, en estaciones migratorias, donde no podrán compartir espacios con personas adultas.

⁵³ En 2016, se publicó el “Protocolo de evaluación inicial para la identificación de indicios de necesidades de protección internacional en niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados”, con el objetivo de brindar elementos prácticos a los funcionarios encargados de realizar la evaluación inicial para identificar a NNA con necesidades de protección internacional: SEGOB, et. al., México, 2016, pp. 6-7; disponible en: <https://goo.gl/rMNqXV>, consultado el 25 de febrero de 2019.

⁵⁴ Human Rights Watch, op. cit., p. 89.

Como dato se tiene que:

...de forma habitual, la estadía de los menores en los centros migratorios se llega a prolongar debido a problemas de tipo operativo y a circunstancias excepcionales, a pesar del mandato del INM de canalizar de manera inmediata a los NNA al Sistema DIF (art. 112 del Protocolo de Actuación). Por ejemplo, tomamos nota de que el INM no puede gestionar su traslado a albergues del DIF o a centros alternos cuando estos tienen problemas de sobrepoblación, lo que sucede con frecuencia...⁵⁵.

El artículo 230 estipula los derechos que les asisten a las niñas, los niños y los adolescentes alojados en las estancias migratorias o provisionales del INM: el traslado inmediato a las instituciones adecuadas para su desarrollo físico y emocional; la prevalencia de la unidad familiar; la posibilidad de participar en actividades recreativas, educativas, culturales, deportivas y de esparcimiento acordes a sus necesidades; de convivencia; y, de contar con la compañía de personal capacitado y especializado en derechos de la infancia durante el procedimiento administrativo.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

El título noveno desarrolla lo referente a la niñez en situación de movilidad. Como primer enunciado, mandata al INM a coordinarse con la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes adscrita al Sistema Nacional DIF a emitir un Protocolo para asegurar que en los procedimientos migratorios se respeten los principios y derechos de las y los menores, privilegiando el interés superior de la niñez.

⁵⁵ Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración, op. cit., p. 148.

Asimismo, el Instituto Nacional de Migración deberá dar aviso a la Procuraduría cuando se dé inicio al procedimiento administrativo migratorio, para que esta última ejerza las atribuciones que la Ley y el propio Reglamento le confieren.

Por último, en una contradicción evidente con el Reglamento de la Ley de Migración, el Reglamento de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece, en su artículo 111, la prohibición de que los NNA migrantes, acompañados o no, sean privados de la libertad en Estaciones Migratorias o en cualquier otro centro de detención migratoria.

Es importante destacar que el Reglamento de la Ley General reconoce como privación de la libertad y como centros de detención a la presentación y a las estaciones/estancias migratorias, respectivamente.

ACUERDO POR EL QUE SE EMITEN LAS NORMAS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LAS ESTACIONES MIGRATORIAS Y ESTANCIAS PROVISIONALES DEL INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN

La Secretaría de Gobernación, facultada para emitir disposiciones administrativas, expidió, en 2012, un Acuerdo para la regulación de las actividades en las Estaciones Migratorias y las estancias provisionales, en un marco de respeto y protección a los derechos humanos de las y los migrantes, con especial atención a grupos en situación de vulnerabilidad, como los NNA migrantes no acompañados⁵⁶.

En armonía con la Ley y el Reglamento, el Acuerdo establece los criterios que se deberán observar cuando las personas sean alojadas en las estancias y/o

⁵⁶ Cfr. *Acuerdo por el que se emiten las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración*; disponible en: <https://goo.gl/2oXLdm>, consultado el 20 de febrero de 2019.

estaciones del Instituto. Se reconoce el deber de prestar atención adecuada a los grupos con necesidades especiales. Asimismo, reafirma la imposibilidad de que las niñas, los niños y los adolescentes compartan áreas con las personas adultas; para ello deberán contar con espacios separados del resto de la población alojada.

El artículo 25 enlista los derechos de la infancia migrante en casos de alojamiento en estancias migratorias o estancias provisionales; estas prerrogativas incluyen: el traslado a instituciones adecuadas para su desarrollo físico y emocional; que se privilegie la unidad y reunificación familiar; a participar en actividades recreativas, educativas, culturales, deportivas y de esparcimiento que fomenten la convivencia con otros niños; y, el acompañamiento en el procedimiento administrativo migratorio por un Oficial de Protección a la Infancia.

Este acuerdo hace referencia por primera vez a los Oficiales de Protección a la Infancia, agentes de migración que tienen como propósito asegurar el respeto a los derechos humanos de los NNA migrantes y acompañarlos durante el procedimiento administrativo migratorio.

ACUERDO POR EL QUE SE EMITEN LOS LINEAMENTOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN A MIGRANTES DEL INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN

Este documento se expidió con el objetivo de enmarcar las acciones y las capacidades del Estado mexicano para la protección de los derechos de los migrantes, en concreto de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad⁵⁷. Resulta contrastante observar que la mayoría de los rubros van dirigidos a regular el retorno asistido de los NNA migrantes no acompañados, siendo contrario a la tendencia actual en materia de derechos humanos y de ponderación del ISN, si se consideran los motivos por los cuales la infancia migra

⁵⁷ Cfr. *Acuerdo por el que se emiten los Lineamientos en materia de Protección a Migrantes del Instituto Nacional de Migración*; disponible en: <https://goo.gl/QD4mRH>, consultado el 20 de febrero de 2019.

La detención de la niñez migrante en México: un análisis a través del principio de proporcionalidad de sus países. Ante este panorama, debiera prevalecer la reunificación familiar y/o el reconocimiento de la calidad de refugiado por encima del retorno.

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2013-2018

Fue el documento orientador de la política pública y los programas gubernamentales durante el quinquenio de 2013 a 2018. Guía los objetivos y establece las acciones específicas para su consolidación, además de contener los indicadores que permiten la medición y posterior evaluación de las metas fijadas.

En él se señala que anualmente son cerca de 140 000 las personas que se internan de manera indocumentada en el país con la intención de llegar a Estados Unidos. De ahí la importancia de atender la migración a través de un nuevo modelo de gestión y ordenamiento fronterizo, así como de protección a los derechos humanos⁵⁸.

A través de tres metas nacionales y cuatro objetivos se detallan las líneas de acción que den cumplimiento con las estrategias en materia migratoria. (Anexo 5)

PROGRAMA ESPECIAL DE MIGRACIÓN 2014-2018

El PEM es un mecanismo para la generación y consolidación de una política de Estado en materia migratoria, el cual considera la tetradimensión de México como país de origen, tránsito, destino y retorno para una atención integral de los asuntos relativos a la movilidad humana⁵⁹. Es una articulación del PND 2013-2018 que ayuda a consolidar las labores de la Administración Pública a

⁵⁸ Gobierno de la República, *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*, México, 2013; disponible en: <https://goo.gl/LFk5Cy>, consultado el 20 de febrero de 2019.

⁵⁹ Cfr. *Programa Especial de Migración 2014-2018*; disponible en: <https://goo.gl/7MA6ad>, consultado el 20 de febrero de 2019.

La detención de la niñez migrante en México: un análisis a través del principio de proporcionalidad

través de la coordinación con los Poderes de la Unión, los distintos niveles de gobierno y la sociedad civil.

Se integra por 5 objetivos, 26 estrategias, 195 líneas de acción y 11 indicadores para su evaluación que en su conjunto pretenden mejorar las causas que propician la dinámica migratoria.

Es un proyecto ambicioso que plantea gestionar la migración desde la óptica de la seguridad humana, contraviniendo al concepto de seguridad nacional establecido en la Ley de Migración.

Acertadamente reconoce que el fenómeno migratorio debe contar con la cooperación regional de los países vecinos de Norte y Centroamérica. Señala, además, que el fomento de oportunidades impactará positivamente en la disminución de la migración irregular más que la tendencia actual de emplear políticas de securitización para la restricción de los movimientos.

Tratándose de migración infantil no acompañada, las obligaciones a cargo de las autoridades son: promover los derechos de los NNA migrantes no acompañados; agilizar los mecanismos para la regularización de las y los menores, privilegiando la unidad familiar y el interés superior; alfabetización de este sector; y la elaboración de instrumentos para la atención especializada.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA ASEGURAR EL RESPETO A LOS
PRINCIPIOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y
ADOLESCENTES EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS MIGRATORIOS

Este Protocolo se emitió con el objetivo de salvaguardar el respeto a los principios y a la protección de los derechos de los NNA migrantes durante los procedimientos migratorios, estableciendo para ello las competencias que les

La detención de la niñez migrante en México: un análisis a través del principio de proporcionalidad corresponden a las autoridades, específicamente a los OPI. Es un documento procedimental a seguir durante los trámites migratorios⁶⁰.

1.1.2.1. Dependencias de la Administración Pública Federal intervinientes en el tratamiento de la migración infantil no acompañada

INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN: CREACIÓN, OBJETO, ATRIBUCIONES Y FACULTADES

El 19 de octubre de 1993 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto de creación del Instituto Nacional de Migración, un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación al cual le corresponde la aplicación de la normativa migratoria en el país.

Tiene por objeto la planeación, ejecución, control, supervisión y evaluación de las actuaciones realizadas por las autoridades migratorias y la instrumentación de la política de Estado en la materia⁶¹.

Sus atribuciones están plasmadas en el artículo 20 de la Ley de Migración, entre las que se reconocen: la instrumentación de la política migratoria; la vigilancia de la entrada y salida de personas al país; la tramitación y la resolución sobre el internamiento, estancia y salida de los extranjeros; el conocer, resolver y ejecutar las deportaciones o el retorno asistido de las personas migrantes; la imposición de sanciones; el poder presentar en las Estaciones Migratorias, o en los lugares habilitados para tal fin, a los extranjeros que no acrediten su estatus regular; y la de proporcionar información contenida en las bases de datos de los

⁶⁰ Cfr. *Protocolo de actuación para asegurar el respeto a los principios y la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos migratorios*; disponible en: <https://goo.gl/f5v5eZ>, consultado el 20 de marzo de 2019.

⁶¹ Wolf, Sonja, "El INM: pasado y presente", *Boletín 1*, 2013, p. 2; disponible en: <https://goo.gl/Z2AuVD>, consultado el 22 de marzo de 2019.

La detención de la niñez migrante en México: un análisis a través del principio de proporcionalidad

distintos sistemas informáticos que administra a las diversas instituciones de seguridad nacional que así lo soliciten.

Las facultades que la Ley le otorga al Instituto para cumplir con sus funciones son: el control, la verificación y la revisión migratoria.

En 2013 fue publicado el Plan Estratégico del Instituto Nacional de Migración 2013-2018, que establece como misión la protección de los derechos y la seguridad de los migrantes nacionales y extranjeros, reconociéndolos como sujetos de derecho, a través de una gestión migratoria eficiente, con base en el marco legal y con pleno respeto a la dignidad humana⁶².

Instancia de seguridad nacional

El 8 de mayo de 2005 se publicó en el DOF el Acuerdo por el que se reconoce al Instituto Nacional de Migración como instancia de seguridad nacional. En consonancia, la Ley de Migración de 2011 señala que la movilidad humana debe atenderse a partir de un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, así como de preservación de la soberanía y la seguridad nacionales⁶³.

Como instancia encargada de velar por la seguridad nacional el INM debe: participar en la creación y ejecución de políticas, acciones y programas en la

⁶² Cfr. Secretaría de Gobernación, *Plan Estratégico del Instituto Nacional de Migración 2013-2018*, México, 2013; disponible en: <https://urlzs.com/G4YkJ>, consultado el 26 de marzo de 2019.

⁶³ El artículo 3º de la Ley de Seguridad Nacional señala: "...por Seguridad Nacional se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, que conlleven a: I. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país; II. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio; III. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno; IV. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; V. La defensa legítima del Estado Mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional, y VI. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes".

materia; coadyuvar en la formulación del Programa para la Seguridad Nacional y la definición de la Agenda Nacional de Riesgos; y brindar información y apoyar en el desarrollo de las actividades de inteligencia y contrainteligencia que las instancias de Seguridad Nacional realicen para investigar amenazas a la seguridad del país.

Programas

Oficiales de Protección a la Infancia

Creados en marzo de 2008, los Oficiales de Protección a la Infancia son agentes de migración especializados en brindar atención a NNA en situación de movilidad. Tienen una doble función: la de control y verificación y la de protección a grupos vulnerables⁶⁴. Los OPI tienen que asegurar que se satisfagan las necesidades inmediatas de las personas migrantes. Actualmente hay 322 OPI distribuidos en las 32 Delegaciones Federales del INM.

Si se consideran los datos de la Unidad de Política Migratoria, en 2015 se detuvieron 38 514 niños, lo que equivale a 120 niños por cada OPI; aun con cifras menos abultadas como los 9 630 NNA detenidos en 2013, la relación es de 30 a 1. Para 2018, la equivalencia es de 69 niños por oficial, ya que se detuvieron 22 174 menores. Esto refleja la insuficiencia en el número de personal a cargo de la representación de las y los niños y adolescentes migrantes.

Varios son los señalamientos y las observaciones en torno a esta figura adscrita al Instituto Nacional de Migración. Entre otras, destacan su doble naturaleza como agentes de migración y de protección a la infancia, así como la falta de personal para realizar las labores correspondientes:

⁶⁴ Wolf, Sonja, “Los OPIS: ¿Protectores de personas en situación de vulnerabilidad o de la imagen del INM?”, *Boletín 8*, México, 2013, pp. 1-2; disponible en: <https://goo.gl/p1UpXJ>, consultado el 22 de noviembre de 2018.

... resulta preocupante este hecho de que sean representados “formalmente” por los OPI, mismos que en la mayoría de los casos cumplen dentro del procedimiento tanto el papel de autoridad investigadora y juzgadora como el de agente de protección.

...

Una primera dificultad es el papel contradictorio que asumen en la detención, en tanto actúan como agentes federales de migración que participan en la detención o aseguramiento de los menores, clasificándolos y tratándolos en función de su situación migratoria –antes de considerarlos como menores de edad–, y luego en el retorno asistido o deportación. Y por otro lado, su misión como agentes responsables de garantizar el cumplimiento de los derechos de NNA migrantes. Esta doble función de los OPI –en la detención y deportación migratoria y en la protección de sus derechos– dificulta que sean reconocidos por los NNA como referentes de confianza.

Finalmente, señalamos que existen varias limitaciones que afectan negativamente la capacidad de los OPI para vigilar la protección de los derechos de NNA durante su detención en centros migratorios o de asistencia social, y que esta se debe no solo a la diversidad de roles que desempeñan; también debe considerarse que el número de oficiales en las 32 Delegaciones Federales es insuficiente para atender la población de NNA migrantes detenidos en el país. Sin duda, ésta limitada cifra muestra que las acciones de protección de derechos de NNA deben fortalecerse y ser prioritarias en la política migratoria actual del país⁶⁵.

Frontera Sur

En 2014 fue presentado el Programa Frontera Sur con el propósito de gestionar el flujo migratorio proveniente de Centroamérica. Se integra de cinco líneas de acción: 1) La emisión de una Tarjeta de Visitante Regional para personas provenientes de Guatemala y Belice para un paso regular y ordenado; 2) La regulación fronteriza para proporcionar seguridad a las personas en contexto

⁶⁵ Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración, op. cit., pp. 77 y 151.

La detención de la niñez migrante en México: un análisis a través del principio de proporcionalidad de movilidad; 3) La protección a favor de los migrantes y la mejora de los alberges y las Estaciones Migratorias; 4) La necesidad de cooperación regional para la atención del fenómeno; y 5) La creación de la Coordinación Interinstitucional para la Atención Integral de la Migración en la Frontera Sur⁶⁶.

Con la implementación del Programa se pretendió garantizar el respeto a los derechos humanos de las y los migrantes en tránsito por México; sin embargo, desde su aplicación se ha constatado un aumento significativo en los operativos de verificación y de las medidas de aseguramiento hacia personas migrantes por parte de las autoridades migratorias.

*SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA:
CREACIÓN, OBJETO Y ATRIBUCIONES*

Con fecha del 13 de enero de 1977 se publicó en el DOF el Decreto por el que se crea un organismo público descentralizado denominado Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

Su mandato queda establecido en diversas leyes pero puede resumirse a la promoción de la asistencia social y a la prestación de servicios asistenciales para la protección y la atención de los grupos más vulnerables.

Sus atribuciones están contenidas en 36 fracciones del Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; resaltan: el promover y prestar los servicios de asistencia social a los que se refieren la Ley General de Salud y la Ley de Asistencia Social; y la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en los términos de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

⁶⁶ Castañeda, Alejandra, “¿Qué es el Programa Frontera Sur?”, en *Observatorio de legislación y política migratoria*, COLEF-CNDH, *Boletín 1*, México, 2016, pp. 1-2; disponible en: <https://goo.gl/bLmPvR>, consultado el 20 de marzo de 2019.

Programas

Programa Interinstitucional de Atención a Menores Migrantes y Fronterizos

El programa contiene acciones orientadas a la coordinación institucional para dar cumplimiento a los compromisos adquiridos a nivel regional sobre la repatriación segura y ordenada de los NNA migrantes. De igual forma busca que los albergues proporcionen servicios de calidad para la atención de las y los menores⁶⁷.

Estrategia de Prevención y Atención a Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes y Repatriados no Acompañados

Se creó con la intención de prestar atención y garantizar los derechos de la infancia en situación de migración. Una de sus directrices es la de consolidar una red de módulos y albergues dedicados al resguardo de NNA migrantes no acompañados⁶⁸.

1.1.3. El Poder Judicial: protocolos de actuación y posicionamiento en torno a la detención migratoria y las garantías del debido proceso

El mandato del Poder Judicial de la Federación es el de la impartición de la justicia. Su papel es fundamental en los pesos y contrapesos. Fija los límites y las fronteras de la Constitución, establece el alcance del ordenamiento jurídico y vigila la actuación del resto de los poderes públicos; de ahí el valor de conocer su posicionamiento en torno a los asuntos migratorios.

⁶⁷ Desarrollo Integral de la Familia, *Descripción e informe de resultados del programa de protección a la infancia en el ejercicio 2006*, México, 2006, p. 1; disponible en: <https://goo.gl/aQwTv4>, consultado el 1 de abril de 2019.

⁶⁸ Cfr. *Estrategia de Prevención y Atención a Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes y Repatriados no Acompañados*, México, 2012; disponible en: <https://urlzs.com/AroQb>, consultada el 25 de marzo de 2019.

En ocasiones, como resultado de la labor judicial, los tribunales postulan criterios, a través de la interpretación normativa, ante omisiones o lagunas legislativas o cuando el texto normativo carece de claridad y debe hacerse un pronunciamiento al respecto. A ese estudio interpretativo se le conoce como jurisprudencia y/o tesis aislada; la primera es vinculatoria para los administradores de justicia, mientras que la segunda es meramente orientadora.

La participación que interesa por parte del Poder Judicial es la relativa a la emisión de tres tesis aisladas, una jurisprudencia y el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a personas migrantes y sujetas de protección internacional*.

La jurisprudencia a analizar es sobre el contenido de las garantías del debido proceso⁶⁹. La SCJN reconoce un núcleo duro que debe aplicarse en cualquier procedimiento de índole jurisdiccional, las llamadas formalidades esenciales, que incluyen: la notificación, el ofrecimiento y desahogo de pruebas, los alegatos, que exista una resolución que dirima las controversias, y el derecho de impugnación. Por otra parte están las garantías mínimas que deben acompañar a toda persona cuya esfera jurídica puede verse afectada por la actividad estatal; estas son: el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo, a conocer la causa del procedimiento sancionatorio, el derecho a la notificación y a la asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.

⁶⁹ Época: Décima Época; Registro: 2005716; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.); Página: 396: DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO.

Sobre la detención en materia migratoria, son dos las tesis⁷⁰ que señalan la importancia de adoptar medidas alternativas a la detención, atendiendo a la legislación internacional y nacional en materia de derechos humanos. Así, en situaciones en donde el acto reclamado sea la detención de un migrante por orden de la autoridad migratoria, el juez deberá conceder la libertad provisional de la persona en aras del principio de máxima protección de los derechos de las personas; sin embargo, si se trata de NNA migrantes, el operador podrá adoptar medidas para su aseguramiento.

Entre las garantías que amparan el acceso efectivo a la justicia por parte de extranjeros se encuentra la garantía de audiencia. En esta tesis⁷¹ se puntualiza que las personas extranjeras gozarán de la tutela judicial efectiva reconocida a nivel nacional e internacional; por tanto, le corresponde al Estado, como garante, dotar a la persona de las medidas necesarias e idóneas para facilitar el ejercicio pleno a su derecho.

⁷⁰ Época: Décima Época; Registro: 2016679; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 53, Abril de 2018, Tomo III; Materia(s): Común; Tesis: I.7o.P.7 K (10a.); Página: 2250: MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA SUSPENSIÓN. PARA SU OTORGAMIENTO Y EFECTIVIDAD, CUANDO SE CONCEDE CONTRA LA ORDEN DE LA AUTORIDAD MIGRATORIA QUE DECRETA EL ALOJAMIENTO DE UN MENOR EXTRANJERO PARA RESOLVER SU SITUACIÓN MIGRATORIA, DEBE ATENDERSE A LAS REGLAS ESTABLECIDAS EN LA LEY DE AMPARO Y ARMONIZARLAS CON LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y CON LA LEY DE MIGRACIÓN. Y, Época: Décima Época; Registro: 2008688; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 16, Marzo de 2015, Tomo III; Materia(s): Común; Tesis: I.9o.P.3 K (10a.); Página: 2431: MIGRANTES. SI EN AMPARO RECLAMAN SU DETENCIÓN POR ORDEN DE LA AUTORIDAD MIGRATORIA, ES LEGAL QUE EL JUEZ DE DISTRITO, AL CONOCER DEL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN CORRESPONDIENTE, LES CONCEDA LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN, DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE LA MATERIA Y EL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.

⁷¹ Época: Décima Época; Registro: 2002790; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2; Materia(s): Constitucional; Tesis: III.3o.T.4 K (10a.); Página: 1360: EXTRANJEROS. SU DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA SE ENCUENTRA GARANTIZADO POR EL ESTADO MEXICANO, POR LO QUE ÉSTE DEBE PROVEER LAS MEDIDAS NECESARIAS E IDÓNEAS PARA PERMITIRLE SU EJERCICIO PLENO.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS
QUE INVOLUCREN A PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN
INTERNACIONAL

Contiene las reglas, los principios y los instrumentos a seguir para garantizar la observancia de los derechos humanos que mayor protección les confiere a las personas en situación de movilidad. Es un documento que sirve como herramienta para los jueces y los magistrados encargados de aplicar los principios de máxima protección y pro persona a las personas migrantes, apegado a los estándares internacionales y nacionales⁷².

Su implementación facilita la emisión de criterios con perspectiva en materia de derechos humanos y posibilita el reconocimiento de las personas en contexto de movilidad como sujetos de derecho.

El capítulo sexto indica los derechos necesarios para hacer efectivo el acceso a la justicia; destacan: el derecho a la información, a la asistencia legal, el derecho a un intérprete o traductor y la asistencia consular.

El cumplimiento del debido proceso se encuentra inserto en las reglas generales de actuación. Se describe como una garantía primordial para la defensa efectiva de los derechos; por ende, las decisiones de las autoridades deben estar debidamente fundadas y motivadas. Se señalan como requisitos del debido proceso: la asistencia consular, el derecho a un intérprete o traductor y la representación legal.

Entre las reglas específicas de actuación del capítulo octavo se encuentran:

⁷² Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que afecten a personas migrantes y sujetas de Protección Internacional*, México, 2013; disponible en: <https://urlzs.com/5eKWb>, consultado el 22 de marzo de 2019.

Las directrices para atender a personas migrantes y sujetas de protección internacional en detención:

- *Excepcionalidad de la detención:* La migración irregular no es un delito, es una falta administrativa. En este sentido, la detención es una medida indeseable que solo estará justificada por motivos excepcionales mediante fundamentación jurídica establecida en la Ley.
Se debe privilegiar la libertad personal de las personas migrantes.
- *Proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la privación de la libertad:* La detención migratoria no debe tener una connotación punitiva, de tal manera que debe realizarse solo ante casos necesarios, en apego al principio de proporcionalidad y de persecución de un fin legítimo e idóneo, así como asegurar que sea realizada durante el menor tiempo posible.
- *Verificación de las condiciones de la detención:* Se debe vigilar que la detención se realice en condiciones dignas, se evite el hacinamiento, la población se encuentre dividida entre hombres y mujeres y se garantice el derecho a la salud, a la alimentación y a la recreación.

Las reglas de actuación para casos que involucren a niños, niñas y adolescentes migrantes:

- *El papel del niño, niña o adolescente dentro del proceso:* Los NNA migrantes deben participar en el proceso administrativo migratorio; para ello deben tener la información necesaria y comprender las opciones jurídicas y sus respectivas consecuencias. Asimismo, es fundamental que entiendan el sentido de la resolución y las subsecuentes acciones. Para

garantizar este derecho es necesario que cuenten con el apoyo de un representante legal o tutor desde el inicio del procedimiento.

Lo anterior debe brindarse a través de mecanismos adecuados y acordes a la edad y la madurez de las y los menores de edad.

- *Prioridad, no privación de la libertad y asistencia legal:* La actuación estatal debe privilegiar el beneficio directo de los NNA y considerar su interés superior.

Por otra parte, la condición de migrante no es justificación suficiente para efectuar la detención; el alojamiento entonces deberá emplearse como último recurso y durante el menor tiempo posible.

Finalmente, la designación de un representante legal que acompañe a la niña, el niño o el adolescente migrante durante el procedimiento es de vital importancia para hacer efectivos sus derechos.

Las reglas de actuación para atender a personas migrantes y sujetas de protección internacional que se encuentren en otra situación especial de vulnerabilidad:

- *Mínima estancia dentro de la estación migratoria:* El dictamen de la detención debe realizarse luego de un estudio a detalle del caso en concreto y considerando si la persona se encuentra en situación de vulnerabilidad. Si la privación de la libertad trae como consecuencia efectos negativos pero no existe una alternativa menos lesiva, la detención procederá como excepción, garantizando en todo momento a la persona una atención adecuada y asegurando su bienestar.

El Protocolo de actuación, la jurisprudencia y las tesis aisladas del Poder Judicial evidencian el carácter garantista en materia de derechos humanos de este órgano. Estos documentos ponen a la persona, a sus derechos y a sus garantías como un eje transversal a considerar ante la posible inferencia en su esfera jurídica por cualquier acto de autoridad.

Como intérprete del ordenamiento jurídico fija postura sobre la privación de la libertad de las personas migrantes y aconseja el empleo de alternativas a la detención menos dañinas para la integridad personal. Reconoce que la detención debe ser una medida excepcional y no la regla ante la migración irregular. De igual manera pone énfasis en el respeto y la observancia de las garantías del debido proceso.

El Máximo Tribunal admite la potestad del Estado para la regulación migratoria y la estancia de las personas en el territorio nacional, pero recuerda la existencia de los tratados internacionales como límites a la actividad estatal.

Cabe destacar que la postura garantista del Poder Judicial de la Federación en materia migratoria irradia a los poderes locales. Como ejemplo se tiene que, en fechas cercanas a la elaboración de esta investigación, el Vigésimo Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa de la Ciudad de México ordenó al Instituto Nacional de Migración, a través de una sentencia sin precedentes, liberar a todos los NNA detenidos en la estación migratoria de Las Agujas en la Ciudad de México, con el propósito de que sean canalizados a otros sitios más aptos para su alojamiento mientras se resuelve su estatus migratorio. Asimismo, instó a las autoridades mexicanas a implementar, de manera urgente, un plan para asegurar alternativas a la detención de niñas, niños y adolescentes privados de su libertad en Estaciones Migratorias. (Anexo 6)

1.1.4. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos: quejas, recomendaciones e informes especiales al Instituto Nacional de Migración

Es la institución de carácter autónomo encargada de la defensa, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos contenidos en la CPEUM, los tratados internacionales y las leyes.

Una de las funciones de la CNDH es la de emitir *recomendaciones* cuando se determinan violaciones a los derechos humanos; en caso de que persistan las acciones u omisiones lesivas para la esfera jurídica de las personas, la CNDH puede rendir *informes especiales*. Asimismo, existen las *recomendaciones generales*, dirigidas a las autoridades nacionales con el propósito de que modifiquen o adecuen sus marcos normativos y prácticas que constituyan o fomenten las violaciones a los derechos humanos.

Los asuntos migratorios son atendidos desde la Quinta Visitaduría General, donde se encuentra inserto el Programa de Atención a Migrantes, dirigido a la defensa y a la promoción de los derechos de las personas en situación de movilidad irregular, nacionales y extranjeras. Las actividades con las que cuenta el Programa tienen como propósito la atención integral del fenómeno migratorio⁷³.

La CNDH reportó, del 1 de enero del 2013 al 31 de diciembre de 2017, 2 650 expedientes de queja en contra del INM referentes a violaciones a los

⁷³ Recepción de quejas, o el inicio de quejas de oficio, por presuntas violaciones a los derechos humanos de los migrantes por parte de autoridades federales; la realización de los procedimientos para la solución del caso mediante conciliación entre las partes y, en su caso, la formulación de los proyectos de Recomendación; la difusión de los derechos humanos de los migrantes; las actividades necesarias para la atención de los migrantes en materia de derechos humanos, como visitas a las estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración y a los diversos puntos en los que se registra una alta concentración y tránsito de migrantes; la vinculación con organizaciones no gubernamentales dedicadas a la atención de migrantes para recabar información, detectar posibles violaciones a los derechos humanos y operar una estrecha colaboración; el estudio del fenómeno migratorio para elaborar propuestas de soluciones de fondo a fin de sustituir la cultura del abuso y la discriminación por una cultura de respeto a los derechos fundamentales: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Programa de Atención a Migrantes*; disponible en: <https://goo.gl/WubHHy>, consultado el 25 de marzo de 2019.

La detención de la niñez migrante en México: un análisis a través del principio de proporcionalidad derechos humanos de las personas en contexto de migración. De esos expedientes, 15 concluyeron en recomendaciones para el Instituto⁷⁴; 6 de las 15 recomendaciones son referentes a la infancia migrante centroamericana y han sido aceptadas por parte del Instituto Nacional de Migración⁷⁵.

En 2006 se expidió la recomendación general No.13/2006 “Sobre la práctica de verificaciones migratorias ilegales”, dirigida a los Secretarios de Gobernación, de la Defensa Nacional y de Marina, al Procurador General de la República, a la Señora y los Señores Gobernadores de las Entidades Federativas y al Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

Para junio de 2019, la Comisión ha emitido dos recomendaciones: la No. 37/2019 y la No. 40/2019, dirigidas al INM y a los Sistemas Estatales para el Desarrollo Integral de la Familia de Tlaxcala y San Luis Potosí, respectivamente; ambas por vulnerar los derechos humanos a la integridad personal y seguridad jurídica, y la inobservancia al principio del interés superior de la niñez de menores en contexto de migración internacional.

Este Organismo, además, ha emitido tres informes especiales en materia migratoria: “Informe especial de la CNDH sobre la situación de los derechos humanos en las Estaciones Migratorias y lugares habilitados del Instituto Nacional de Migración en la República Mexicana” de 2005; “Informe sobre la problemática de niñas, niños y adolescentes centroamericanos en contexto de migración internacional no acompañados en su tránsito por México, y con necesidades de protección internacional” de 2016; y “Los desafíos de la migración y los albergues como oasis” de 2017.

⁷⁴ Folio INFOMEX: 351000070318.

⁷⁵ Cfr. Recomendaciones 17/2014; 27/2015; 35/2017; 51/2017; 59/2017; y, 80/17: Instituto Nacional de Migración, *Recomendaciones Dirigidas al INM: Recomendaciones que en materia de Derechos Humanos, No Discriminación y/o Equidad de Género, ha recibido la institución, y su curso de acción*, México, 2019; disponible en: <http://bit.do/e3KMZ>, consultada el 31 de julio de 2019.

Un instrumento más es la publicación *Migrante: una guía de tus derechos humanos*⁷⁶. A través de veintiséis hojas, este documento proporciona orientación e información precisa sobre derechos humanos y trámites en materia migratoria. Asimismo, contiene un directorio con las instancias que pueden brindar ayuda, asistencia, atención y protección a las personas en contexto de movilidad internacional, como son: las Comisiones Estatales de Derechos Humanos, la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas y la propia CNDH.

Para la Comisión Nacional, la promoción y la garantía de los derechos de las personas migrantes son un tema prioritario de atender. Su participación activa en la atención y la defensa efectiva de este grupo orienta el quehacer de las y los servidores públicos y las autoridades, especialmente en los actos de naturaleza administrativa.

Los esfuerzos de la CNDH para combatir la impunidad y contrarrestar las injusticias a lo largo de 27 años sitúan al organismo como una institución que goza de la confianza y plena legitimidad por parte de la población. Por ende, su desempeño no debe ni puede considerarse como un obstáculo para ningún proyecto de Nación; por el contrario, tiene que entenderse como una pieza fundamental y un aliado en la búsqueda de una sociedad democrática.

Hoy más que nunca, y ante el complejo contexto actual, el país exige y requiere de instituciones robustas y fortalecidas que, como la Comisión, sean verdaderos contrapesos del poder público. La labor de la Comisión Nacional es de suma importancia; por ello se deben redoblar esfuerzos, a fin de reconocer su trabajo y su autonomía, y, sobre todo, dotarle de las herramientas y los medios que le permitan continuar desarrollando sus actividades en favor de las personas, vitales para la consecución de un sistema constitucional de derechos.

⁷⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Migrante: una guía de tus derechos humanos*, 2a ed., México, 2018; disponible en: <https://urlzs.com/rjX6z>, consultada el 25 de marzo de 2019.

1.2. Marco jurídico internacional para la atención y protección de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados

1.2.1. Sistema Universal de Derechos Humanos

La comunidad internacional, a través de tratados, protocolos, normas de Derecho, entre otras normas de carácter sustantivo y procedimental, ha desarrollado progresivamente los principios contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Bajo ese esquema, la Organización de las Naciones Unidas creó el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, con el propósito de orientar y vigilar a los Estados en su actuar.

El Sistema Universal se integra por:

Tratados: Instrumentos jurídicos que cimientan el Derecho Internacional para la protección de los derechos humanos.

Órganos: Se integran por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Consejo de Derechos Humanos, los Comités, expertos independientes, relatores especiales, y grupos de trabajo⁷⁷.

De esta forma, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se integra de un cuerpo normativo, procedimientos e instituciones que los Estados han de observar para el pleno respeto de los Derechos Humanos⁷⁸.

A continuación se describe el aparato jurídico internacional aplicable que el Estado mexicano ha suscrito y ratificado para la atención y protección de niñas,

⁷⁷ Examen ONU Venezuela, *El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos*, Venezuela, 2015; disponible en: <https://urlzs.com/2Q2Y7>, consultado el 19 de agosto de 2019.

⁷⁸ Chipoco Cáceda, Carlos, *La protección universal de los Derechos Humanos una aproximación crítica*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 172-173; disponible en: <https://goo.gl/mrvEh1>, consultado el 19 de agosto de 2019.

niños y adolescentes no acompañados en contexto de movilidad, específicamente en los temas de libertad y garantías del debido proceso.

De los 30 artículos consagrados en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, son 8 los que destacan: el artículo segundo, que otorga a todas las personas, sin distinción alguna, los derechos y las libertades contenidos en la propia Declaración; el artículo sexto, sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el artículo séptimo, sobre la igualdad formal y material; el artículo octavo, que señala que todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo que les proteja en contra de actos que vulneren sus derechos fundamentales; el artículo noveno, que prohíbe la detención arbitraria; el artículo 12, que prohíbe las injerencias arbitrarias; el artículo 13, que habla de la libertad de tránsito; y, finalmente, el artículo 14, que postula el derecho de asilo.

La *DDN* de 1959 postula que la niñez necesita protección y cuidados especiales. A través de diez principios concede a la infancia una serie de derechos para su atención; establece que el ISN deberá ser el principio rector de actuación para quienes tienen a su cargo a niños, niñas o adolescentes.

Un instrumento fundamental es el *PIDCP* de 1966. Su artículo noveno estipula que todas las personas tienen derecho a la libertad y seguridad personales; nadie puede ser sometido a la detención o prisión arbitraria ni ser privado de su libertad, salvo las causas fijadas por la ley y en observancia del procedimiento previamente establecido. Ese mismo artículo señala el derecho de las personas a ser informadas al momento de su detención de las causas de la misma y a que le sea notificada la acusación formulada en su contra.

Las personas privadas de su libertad, en virtud de detención o prisión, tienen el derecho a recurrir ante un tribunal para que este decida sobre la legalidad de la detención y ordene su libertad en caso de que fuera ilegal. La persona que ha sido detenida o presa ilegalmente tiene derecho a la reparación.

El artículo 10 del Pacto enumera los derechos mínimos de las personas privadas de su libertad. Para el caso de NNA procesados, estos deben estar separados de los adultos y deben ser llamados ante los tribunales con la mayor prontitud para su enjuiciamiento.

El artículo 14 refiere las garantías del debido proceso. Las personas en juicio tienen derecho a: ser oídas y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial; la presunción de inocencia; que les sea informada, sin demora y en un idioma que comprendan, la naturaleza y causas de la acusación en su contra; una defensa adecuada; ser juzgadas sin dilación; una representación legal; y contar con un intérprete o traductor. La prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la esfera jurídica de las personas está reconocida en el artículo 17.

El primer párrafo del artículo 24 indica el derecho de protección especial que le corresponde a la infancia por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

La *Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven* de 1985 reconoce que la protección de los derechos y las libertades fundamentales deben ser garantizadas también para las personas que no son nacionales del país en que residen. La Declaración admite la potestad legislativa de los Estados para gestionar sus fronteras, siempre que las normas no sean contrarias a las obligaciones jurídicas de índole internacional, particularmente las de derechos humanos.

Asimismo, los extranjeros gozarán del derecho a la seguridad personal. Ninguna persona extranjera podrá ser arbitrariamente detenida o arrestada ni ser privada de su libertad, salvo las causas fijadas por la ley y con arreglo del procedimiento anteriormente establecido en ella.

Las garantías procesales que se enmarcan en la Declaración son: la asistencia de un intérprete o traductor para las actuaciones de carácter jurisdiccional y el derecho a la asistencia consular.

El *Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión*⁷⁹ de 1988 engloba una serie de mandatos de optimización que los Estados han de observar para el respeto de los derechos de las personas que han sido privadas de su libertad. Este documento puntualiza que las personas detenidas deben ser tratadas humanamente y con respeto a su dignidad humana; prohíbe la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Solo en cumplimiento de la ley y por funcionarios facultados se podrá llevar a cabo el arresto. La detención, la prisión y las medidas que afecten a los derechos humanos deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad competente.

Al momento del arresto, la persona deberá ser informada del motivo de la aprehensión, así como la acusación formulada en su contra. Todo acto de autoridad deberá estar debidamente fundado y motivado.

Las garantías procesales que se reconocen, entre otras, son: a ser oídas por un juez u otra autoridad, a la asistencia jurídica, a ser informadas de sus derechos, a la asistencia de un intérprete o traductor, a la asistencia consular, a una defensa adecuada, a tener contacto con el mundo exterior, a la atención

⁷⁹ Uno de los elementos de importancia de este documento radica en la definición que da de los conceptos de arresto, persona detenida, detención y juez o autoridad: "a) Por "arresto" se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad; b) Por "persona detenida" se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito; [...] d) Por "detención" se entiende la condición de las personas detenidas tal como se define supra; [...] Por "un juez u otra autoridad" se entiende una autoridad judicial u otra autoridad establecida por ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia".

médica en caso de ser necesaria, y el derecho de impugnación. Si se trata de NNA será necesaria la asignación de un tutor.

La *CDN* de 1989 considera el derecho al cuidado y la protección especiales de las que son sujetos las niñas, los niños y los adolescentes⁸⁰; por tanto, las medidas provenientes desde las instituciones, públicas o privadas, de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deberán considerar el interés superior de la niñez.

Las instancias encargadas del cuidado y/o la protección de NNA deben cumplir con las normas en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como proporcionar supervisión adecuada.

El artículo 10 privilegia el derecho a la reunificación familiar para los niños cuyos padres vivan en un Estado distinto al de ellos.

La oportunidad de los NNA de ser escuchados en los procedimientos judiciales o administrativos que les afecten está plasmada en el artículo 12, mientras que la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en su esfera jurídica se enlista en el artículo 16.

Los NNA que soliciten a un Estado el reconocimiento de la condición de refugiado, o que ya hayan sido reconocidos, gozarán de la asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de los derechos contenidos en la Convención y demás instrumentos de derechos humanos.

Con relación a la privación de la libertad, el artículo 37 establece que ningún niño podrá ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención deberá

⁸⁰ El artículo 1 de la Convención apunta: “Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

realizarse de conformidad con las leyes y se utilizará como la *ultima ratio* durante el periodo más breve que proceda. Queda prohibida la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El niño privado de la libertad tiene derecho a ser tratado con humanidad. Los menores detenidos deberán permanecer en sitios distintos de los destinados para los adultos mayores.

Los infantes privados de su libertad tendrán derecho a la asistencia jurídica y a impugnar la legalidad de la detención.

La *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* de 1990 es un instrumento vital para la garantía y la protección de los derechos de las personas migrantes durante todo el proceso migratorio. Este ordenamiento reconoce las dificultades que devienen de la migración irregular e insta a los Estados a adoptar medidas para evitar y reducir los movimientos y el tránsito clandestino de los trabajadores.

El artículo 14 prohíbe las injerencias ilegales y/o arbitrarias en los bienes jurídicos tutelares de las personas.

El artículo 16 contiene lo referente a la libertad y a la seguridad personales. En este sentido, el Estado deberá proporcionar protección en contra de cualquier daño o amenaza por parte de funcionarios públicos o de particulares. Las verificaciones migratorias deberán realizarse en apego a los procedimientos establecidos por la Ley. Queda prohibida la detención o prisión ilegal o arbitraria. Las personas migrantes tienen derecho a ser notificadas del motivo de su detención y las acusaciones en su contra.

Las garantías procesales son: la asistencia y la representación consular, la asignación de un intérprete o traductor, y que un tribunal analice el caso para verificar la legalidad de la detención; de no ser así, la Convención otorga el derecho a una indemnización.

El artículo 17 estipula el trato humanitario que debe recibir la persona que ha sido privada de la libertad. Los migrantes contarán con los mismos derechos de los que gozan los nacionales. En los procedimientos de verificación migratoria los gastos no correrán bajo ninguna circunstancia por cuenta del migrante.

Otro instrumento de trascendencia son *las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*⁸¹ de 1990, que establece las normas mínimas de Naciones Unidas para protección de los NNA privados de la libertad, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En este documento se aconseja que la privación de la libertad sea decidida como último recurso para los casos excepcionales y por el menor tiempo posible. Ningún menor deberá ser ingresado a un centro de detención sin una orden fundada y motivada por la autoridad judicial o administrativa competente.

La detención solo podrá efectuarse bajo condiciones que consideren las necesidades, situaciones concretas y los requisitos especiales de cada NNA.

El alojamiento deberá satisfacer todas las exigencias de higiene y de dignidad humana, incluyendo la alimentación, las actividades recreativas y de esparcimiento, la intimidad y privacidad, la atención médica adecuada, el acceso a medicinas, entre otras. El personal de los centros deberá ser competente y contar con un número suficiente de especialistas, quienes deberán respetar y proteger la dignidad y los derechos fundamentales de los menores.

⁸¹ El inciso b del artículo 11, define: “Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

1.2.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Surge al amparo de la Organización de los Estados Americanos con la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

En 1956 se creó la CIDH, con sede en Washington, D. C., Estados Unidos; un órgano encargado de la promoción, vigilancia y protección de los derechos humanos. Para cumplir con sus mandatos la Comisión tiene la potestad de realizar visitas *in loco*; recibir denuncias sobre posibles violaciones a los derechos humanos, o lo que es el llamado sistema de protección individual; y crear relatorías sobre asuntos prioritarios de atender en la región⁸².

En 1969 se aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que contiene una serie de principios y de mecanismos de protección de los mismos.

Para 1979 se dispuso la instauración y el funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este Tribunal tiene la facultad de interpretar la CADH y cualquier otro tratado internacional en materia de derechos humanos que haya sido ratificado por un Estado parte. Posee también una atribución de índole contenciosa que deviene de los casos que le remite la CIDH sobre las violaciones a los derechos humanos de los Estados que han suscrito y ratificado la Convención Americana⁸³. De esta labor jurisdiccional, la Corte puede emitir sentencias y determinar la responsabilidad internacional del Estado que ha vulnerado derechos humanos, así como solicitar la reparación integral del daño a favor de las víctimas.

⁸² Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *México y el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos*, México, 2016, p. 5.

⁸³ *Ibíd.*, p. 6.

El SIDH brinda protección con base en que los derechos fundamentales de la persona no son prebendas que otorgan los Estados, sino atributos que le devienen por el hecho de ser seres humanos. Es un Sistema complementario y coadyuvante para el derecho doméstico de los países americanos.

Tal y como se identificó la normativa del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, corresponde ahora lo referente al ordenamiento jurídico a nivel regional para el continente americano sobre la libertad y el debido proceso para el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados.

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de 1948 es un instrumento que contiene una amplia gama de prerrogativas y libertades; es el documento base para la protección de los derechos de todas las personas en el continente. Consagra derechos civiles, políticos, económicos y sociales, así como prerrogativas, además de poseer un capítulo exclusivo de los deberes u obligaciones de las personas.

El artículo 17 establece que toda persona tiene derecho a ser reconocida como sujeto de derechos y de obligaciones. El acceso a la justicia se encuentra en el artículo 18: los Estados deben dotar de procedimientos sencillos y sumarios a las personas para que puedan acudir ante los tribunales y hacer exigibles sus derechos. La libertad y seguridad jurídicas se plasman en el artículo 25. Finalmente, el derecho de asilo se enmarca en el artículo 27.

La Declaración enlista algunas prerrogativas relacionadas a la administración de justicia y las garantías procesales, como la igualdad formal y la protección en contra de las detenciones ilegales.

En la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969, el artículo quinto habla sobre la integridad personal: la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; y el trato digno a las personas que estén

privadas de su libertad. Para el caso de menores procesados, estos deben estar separados de los adultos y deben ser llevados ante los tribunales con la mayor celeridad posible.

La libertad y seguridad personales del artículo séptimo protegen a la persona en contra de actos de la autoridad, como la detención o el encarcelamiento arbitrarios. Las personas detenidas deberán ser informadas de los motivos de su detención y ser llevadas sin dilación ante un juez o funcionario para que las juzgue o absuelva dentro de un plazo razonable; y deben tener la posibilidad de recurrir ante un juez o tribunal competente que verifique la legalidad del arresto o la detención.

Las garantías judiciales están plasmadas en el artículo octavo: el derecho de toda persona a ser oída dentro de un plazo razonable por un juez competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad en la ley en la sustanciación de cualquier acusación o para la determinación de sus derechos de cualquier índole.

El artículo 19 postula los derechos del niño a gozar de las medidas de protección que su condición le requiere. Finalmente, el derecho a buscar y recibir asilo y la protección judicial están enmarcados en los artículos 22 y 25, respectivamente.

De la síntesis anterior se aprecia la similitud entre la normativa internacional y regional para el reconocimiento y la protección de los derechos, esto obedece a las características de complementariedad y de garantía mínima del Derecho Internacional.

El principio de complementariedad implica que el Derecho Internacional es subsidiario a la protección y defensa de los derechos que cada Estado reconoce a las personas en su territorio. Para que proceda una petición ante un órgano

internacional, es necesario que la persona haya interpuesto y agotado los recursos jurisdiccionales en el ámbito interno.

La garantía mínima significa que los tratados ofrecen una base o piso de protección a las personas y un límite al poder del Estado. La normativa internacional no agota el ámbito de protección de los derechos⁸⁴. Cada país tiene el deber de desarrollar las prerrogativas y ampliar las garantías que los instrumentos internacionales reconocen.

⁸⁴ Gutiérrez de Colmenares, Carmen María, *Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito del Derecho Interno de Guatemala*, pp. 71-71; disponible en: <https://goo.gl/rArQDg>, consultado el 20 de agosto de 2019.

CAPÍTULO 2

El principio de proporcionalidad

La proporcionalidad⁸⁵ es un método para la resolución de controversias ante la eventual colisión entre derechos fundamentales; es decir, es el procedimiento a seguir para aplicar principios y lograr dirimir las posibles confrontaciones que puedan llegar a existir entre dichos principios y aquellos que, como señala Carlos Bernal Pulido, juegan en sentido contrario⁸⁶.

Así pues, resulta indispensable situarse en el contexto actual del neoconstitucionalismo y las implicaciones que esta teoría conlleva en relación con la concepción e integración del Derecho, para posteriormente conocer el método de la subsunción como técnica de aplicación de reglas y, con ello, tener los elementos suficientes que permitan ahondar en el principio de la proporcionalidad.

De tal manera que, luego de un sucinto repaso por la evolución de los diversos conceptos que constituyen la noción actual del Derecho, necesarios para comprender el argumento de fondo, se profundizará en el análisis de la proporcionalidad, su estructura y el objeto o materia de su aplicación. Finalmente, se identificarán las críticas y las objeciones que se le han realizado a este principio y cómo es que se ha introducido en la doctrina jurídica mexicana.

⁸⁵ A esta herramienta jurídica también se le suele identificar como razonabilidad, ponderación o interdicción de la arbitrariedad.

⁸⁶ Bernal Pulido, Carlos, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en Cáceres, Enrique, et. al. (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM-IIJ, 2005, p. 19.

2.1. Conexión entre Derecho y moral

La proporcionalidad tiene una estrecha relación con pautas de índole política y moral, especialmente en lo referente a la interpretación de la Constitución.

Para Alexy, dependiendo de la forma de concebir la vinculación entre moral y Derecho se podrá comprender la Constitución y su forma de interpretación; la Constitución tiene muchas y muy distintas aristas, las cuales varían de acuerdo a la conexión Derecho-moral que se defiende⁸⁷.

Esta dicotomía, moral-Derecho, data de la antigua Roma, en donde se distinguieron las particularidades de los dos objetos de estudio para su mejor entendimiento y comprensión, concluyendo con la existencia de una relación mutualista entre ambos preceptos. Posteriormente, Tomás de Aquino delimitó el contenido jurídico de las demás normatividades sin fragmentarlas del todo. Años después, a finales de la Edad Media y principios del Renacimiento, fue cuando se vio disuelta esta armónica correlación.

Con las reformas protestantes de Lutero y Calvino, ambos preceptos se contrapusieron, dando inicio a una nueva corriente filosófica que pretendió separar la moral del Derecho. Un importante punto de quiebre para este argumento lo aportó Maquiavelo, quien sin negar la moral cristiana la relegó al plano de lo individual y la segregó de lo colectivo; pero no es sino hasta Kant que el Derecho y la moral se plantearon como disciplinas oponibles y en constante tensión.

En este sentido, el debate sobre la vinculación o, en su caso, la separación entre Derecho y moral no es un tema reciente; por el contrario, ha sido tratado a lo largo de la

⁸⁷ López Cadena, Carlos Alberto, “La interpretación constitucional”, en Correa Henao Magdalena, et. al. (eds.), *Lecciones de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 522.

historia por diversos teóricos y filósofos del Derecho. De tal modo que existen diversas tendencias y posturas, entre las que destacan y se agrupan⁸⁸:

1. *Tesis de la inclusión*: afirma que el Derecho se halla inmerso en la moral. Como ejemplo de esta tesis se aprecia la unión que existió entre las normas de carácter religioso, moral y jurídico en algunas sociedades de la antigüedad y que actualmente se siguen empleando en culturas como la islámica, donde se aplica el Corán como marco de regulación.
2. *Tesis de la separación*: esta idea niega rotundamente la posibilidad de que la moral y el Derecho estén vinculados. Para los teóricos de esta corriente, el Derecho y la moral son objetos completamente distintos y separados entre sí.
3. *Tesis de la vinculación*: admite que existe un entronque entre las dos ciencias, al grado que ambas se ven recíprocamente influenciadas entre sí.

Contrastantemente, después de múltiples estudios filosófico-jurídicos, esta discusión no ha logrado verse superada y varios juristas en la actualidad continúan teorizando al respecto. Algunos de los enfoques contemporáneos sobre dicho debate han sido conjuntados por Ernesto Garzón Valdés en el texto *Derecho y moral*⁸⁹.

Garzón Valdés inicia su obra con el estudio realizado por Hart *El concepto de Derecho*. Hart ubica dos caras del Derecho: una interna y una externa, indispensables para obedecer razonablemente al Derecho.

⁸⁸ Pérez Valera, Víctor M., "Relación entre Moral y Derecho", en *Revista Jurídica anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 33, año 2003, p. 211; disponible en: <https://urlzs.com/SWqHH>, consultado el 27 de marzo de 2019.

⁸⁹ Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, "Derecho y moral", en Laporta San Miguel, Francisco Javier (coord.), *El Derecho y la justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2000, cit. por Pérez Valera, Víctor M., op. cit., p. 217.

Para Hart, la visión interna supone una correlación de las normas jurídicas con los principios morales; es decir, Hart reconoce la relación entre moral y Derecho, a pesar de que establece cuatro aspectos de diferenciación entre una y otro.

1. Importancia: la moral posee primacía sobre el Derecho.
2. Mutabilidad: el Derecho es más variable que la moral.
3. Imputabilidad: cada normatividad sigue reglas distintas.
4. Coacción: la forma de presión para el cumplimiento cambia entre ambas ciencias.

Garzón también analiza los postulados de Alexy, quien emplea la *pretensión de corrección* como elemento indispensable en la noción de Derecho, fijando su postura en torno a la necesaria relación entre Derecho y moral. Para Alexy, la pretensión de corrección es el elemento que impide que existan actos injustos⁹⁰.

Por último, escribe Garzón, Carlos Santiago Nino estableció que la vinculación entre las normas morales y jurídicas constituye un teorema fundamental en la teoría general del Derecho⁹¹.

De lo anterior se desprende que el estudio del Derecho se ha abordado con base en dos grandes doctrinas: la del Derecho natural y la del Derecho positivo. La primera establece que existe un Derecho natural originario (principios de justicia prepositivos) que requiere ser positivizado⁹² y, por otra parte, la corriente iuspositivista que justifica la existencia del Derecho solo a partir de fuentes legisladas, basado en un escepticismo ético que metodológicamente le impide aceptar un conocimiento objetivo de elementos morales como la justicia⁹³.

⁹⁰ López Cadena, Carlos Alberto, op. cit., p. 530.

⁹¹ Pérez Valera, Víctor M., op. cit., p. 219.

⁹² Saldaña, Javier, *Derecho natural tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, UNAM-IIJ, 2012, p. 67.

⁹³ *Ibidem*, p. 71.

El análisis del Derecho se ha realizado a través de dos posturas: la iusnaturalista⁹⁴, que afirma la existencia de ciertos derechos innatos al hombre cuya validez es independiente de lo dispuesto por los sistemas positivos; y la postura iuspositivista, que crítica, a través de dos de sus más grandes exponentes, Kelsen y Ross, al iusnaturalismo, pues sostiene que los juicios morales son conceptos subjetivos y relativos que solamente expresan el estado emocional de quienes los formulan, además de que carecen de procedimientos objetivos para demostrar la verdad o falsedad de tales juicios⁹⁵; por lo tanto, el Derecho debe excluir los juicios de valor.

Javier Saldaña enfatiza que ambos sistemas se presentan como dos clases diferentes de Derecho, independientes, diferentes y paralelos⁹⁶. Él propone reconocer al Derecho “como una unidad, compuesta por un elemento natural y otro positivo... [ya que] no son dos constructos de Derecho separados”⁹⁷.

Es a partir de la incorporación de principios a las Normas Fundamentales que se da la conexión entre Derecho y moral; son los vehículos que fundamentan al Derecho como un sistema jurídico de base moral. Dichos principios no garantizan una moral buena o correcta, sino una conexión del tipo moral social o mayoritaria.

Actualmente, la conexión entre Derecho y moral se postula en su totalidad, específicamente en los procedimientos: la norma será justa, además de legal, si pertenece a un ordenamiento jurídico que ha sido creado conforme a los procedimientos de producción normativa según las reglas democráticas.

⁹⁴ Entendida como el conjunto de teorías que aceptan la existencia del Derecho natural.

⁹⁵ Orozco Henríquez, J. Jesús. “Los derechos humanos y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo”, en Tamayo y Salmorán, Rolando y Cáceres Nieto, Enrique (coords.), *Teoría del Derecho y conceptos dogmáticos*, México, UNAM- IJ, 1987, pp. 23-39.

⁹⁶ Saldaña, Javier, op. cit., p. 66.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 67.

2.2. Tipos de normas: las reglas y los principios

Otro tema que se debate con ahínco entre los especialistas en Derecho es el relacionado con la contraposición: reglas y principios, íntimamente ligado con el tópico expuesto con antelación.

El filósofo de origen finlandés Von Wright explicó que las normas pueden distinguirse por su carácter, su contenido y por la condición de su aplicación. Señaló, además, que las normas jurídicas poseen singularidades como el sujeto destinatario o los ámbitos de validez que las diferencian de entre otras normas.

El carácter, es decir, la clasificación de determinadas acciones como obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas. El contenido, la acción o acciones afectadas por dicho carácter, es decir, lo prohibido, lo permitido, etcétera. La condición de aplicación, las circunstancias que deben presentarse para que exista la prohibición, la obligación, o permisión de realizar el contenido de la norma. Los tres anteriores elementos integran el *núcleo normativo* de las normas. Las jurídicas, además, presentan otros elementos: la autoridad que dicta la norma; el sujeto normativo o destinatario; la ocasión, que es el ámbito de validez temporal y espacial de la norma; la promulgación y la sanción⁹⁸.

En este tenor, el jurista austriaco Hans Kelsen estableció en sus múltiples estudios que el sistema jurídico se constituye única y exclusivamente por reglas, dejando de lado a los principios.

Para Kelsen, las normas jurídicas son proposiciones que prescriben una conducta. Estas normas jurídicas son coactivas y válidamente formales en tanto que su

⁹⁸ Cfr. Von Wright, G.H. "Norma y acción. Una investigación lógica", Madrid, Ed. Tecnos, 1970, cit. por Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, 2a ed., México, UNAM-IJ, 2007, pp. 108-109.

proceso de creación es acorde al procedimiento previamente establecido y aprobado por el órgano competente o facultado⁹⁹.

Alexy, por su parte, establece que las reglas son normas que ordenan algo definitivamente y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Son normas que pueden o no cumplirse¹⁰⁰.

Las reglas, pues, son normas determinadas provistas de una estructura condicional hipotética. Están integradas por un supuesto de hecho y una sanción claramente diferenciadas¹⁰¹: *Si A, entonces debe ser B*.

En contraposición, Ronald Dworkin sostuvo que el Derecho no puede entenderse únicamente como un agregado de reglas, sino también de principios; estos pueden dividirse en directrices y principios en *strictu sensu*: los primeros fijan pautas de carácter social, político o económico, mientras que los segundos son exigencias morales que establecen prerrogativas.

En este sentido, Alexy definió a los principios como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas¹⁰² que juegan en sentido contrario¹⁰³.

Esta gradualidad es definida por Luis Arroyo Jiménez en dos aspectos:

Primero, a la intensidad con la que se cumple el mandato que expresa la norma, gradualidad como intensidad en la aplicación; segundo, a la frecuencia con la que ese principio se impone frente a otros con los que entra en conflicto,

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 57.

¹⁰⁰ Alexy, Robert, "La fórmula del peso", en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a ed., México, UNAM-IIJ, 2018, p. 2.

¹⁰¹ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹⁰² Estas normas no prescriben una conducta concreta, sino solo la obligación de perseguir ciertos fines cuya plena satisfacción tampoco se exige: Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 91.

¹⁰³ Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Carbonell, Miguel, et. al. (coords.), *Serie Estado de Derecho y función judicial: Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM-IIJ, 2006, p. 2.

gradualidad como frecuencia en la aplicación. Los principios admiten un cumplimiento gradual porque se aplican en mayor o en menor medida, o porque se aplican más o menos frecuentemente¹⁰⁴.

La gradualidad, entonces, no solo refiere al cumplimiento del mandato sino también a la frecuencia con la que un determinado principio desplaza a otros.

Una definición más de principios la proporcionó Baquerizo Minuche, estableciéndolos como enunciados deónticos carentes de condición de aplicación, los cuales no describen cuándo y cómo han de ser aplicados¹⁰⁵.

Para Prieto Sanchís, los principios son las normas que no describen de manera exhaustiva los casos y las excepciones en que procede su uso, de manera que su colisión no puede resolverse mediante el criterio de la subsunción. Asimismo, establece que las directrices son otro tipo de normas que imponen un determinado comportamiento, sin precisar las modalidades o la intensidad que debe revestir ese comportamiento o el umbral mínimo de resultados que deben esperarse¹⁰⁶.

En palabras de Rubén Sánchez Gil, los principios tienen una formulación abstracta que permite su aplicación en un sinnúmero de supuestos concretos y ordena otro tanto de conductas para ellos. Las reglas, por su parte, “son aplicables cuando un conjunto de hechos fácticos ocurre y prescribe una determinada conducta”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Arroyo Jiménez, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a ed., México, UNAM-IIJ, 2018, pp. 250-251.

¹⁰⁵ Baquerizo Minuche, Jorge, “Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación”, *Revista de Derecho Público*, núm. 1, Ed. de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2009, p. 28.

¹⁰⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*, México, Ubijus, 2016, p. 43.

¹⁰⁷ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM-IIJ, 2017, p. 27.

Así pues, los principios, a diferencia de las reglas, no son preceptos del “todo o nada”, ya que poseen una dimensión de peso o ponderación y forman parte del ordenamiento jurídico por su contenido, no por su origen¹⁰⁸.

En resumen, las diferencias básicas que tienen los principios respecto a las reglas son:

1. Las pautas que contienen principios están formuladas con un lenguaje vago e indeterminado.
2. El contenido normativo de los principios es más general y tiende a dirigir actitudes.
3. Los principios son normas categóricas desprovistas de un ámbito específico de aplicación.
4. Los principios se distinguen por el fundamento que otorgan a las normas, además de brindar identidad al ordenamiento en su conjunto.
5. Los principios no pueden ser interpretados literalmente, ya que son conceptos orientadores; por ello, requieren una técnica de aplicación distinta a la de las reglas.
6. Los principios pueden satisfacerse en gradualidades.

Cabe precisar que, para algunos teóricos, los enunciados pueden operar a veces como reglas y a veces como principios; su operatividad o funcionamiento es sustancialmente distinto. Para Alexy, por ejemplo, las reglas y los principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Cfr. Dworkin, Ronald, “Los derechos en serio”, Barcelona, Ed. Ariel, 1984, cit. por Cárdenas Gracia, Jaime, op. cit., p. 110.

¹⁰⁹ Prieto Sanchís, Luis, op. cit., p. 87.

Es importante mencionar que la diferencia entre reglas y principios se percibe hasta el momento de la interpretación y la aplicación.

2.3. El neoconstitucionalismo

Luego de la II Guerra Mundial, el modelo clásico constitucional dio un giro drástico al integrar nuevos componentes en su estructura. Las Constituciones comenzaron a incorporar principios complejos e indeterminados como la justicia, la democracia, el interés superior de la niñez y la igualdad, entre otros, identificados primordialmente con los derechos fundamentales, mismos que se situaron en una posición jerárquica superior al resto de las normas y decisiones jurídicas. Ello dio como resultado un nuevo arquetipo jurídico: el neoconstitucionalismo¹¹⁰.

Este nuevo constitucionalismo propugnó por un equilibrio entre el Derecho natural y el Derecho positivo, y dejó de lado la tesis central meramente positivista que hasta antes de la II Guerra Mundial se había empleado. A partir de ese momento, los ordenamientos ingresaron normas de índole axiológico. Estos valores suponen, para Pedro Salazar, la incorporación de la moral al Derecho¹¹¹.

El constitucionalismo de la posguerra, llamado también por Ferrajoli como “ola de constitucionalismo democrático”¹¹², trajo consigo las siguientes características:

¹¹⁰ El Neoconstitucionalismo implica la existencia de sistemas normativos encabezados por una Constitución –imbuida por un esquema particular de separación de poderes– que pretende condicionar de modo importante las decisiones de las mayorías a través de su carga axiológica y de las instituciones jurisdiccionales que garantizan su supremacía y en donde, a consecuencia de lo anterior, el protagonismo en la concreción de las disposiciones constitucionales no corresponde al legislador sino a los jueces: Núñez Leiva, J. Ignacio, “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 10, núm. 2, 2012, p. 515.

¹¹¹ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional una radiografía teórica*, México, UNAM-IIJ-FCE., 2006, p. 6.

¹¹² Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Revista internacional de filosofía política*, núm. 17, España, 2001, cit. por Salazar Ugarte, Pedro, *El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción*, México, UNAM-IIJ, 2010, disponible en: <https://urlzs.com/ZXPX4>, consultado el 5 de abril de 2019.

- Constituciones escritas consideradas como normas supremas, diferenciadas de las demás por su rigidez para ser reformadas.
- El reconocimiento de un amplio listado de derechos fundamentales estructurados a través de formulaciones aptas para ser interpretadas¹¹³.
- El principio de la división de poderes.
- Mecanismos de control y garantías constitucionales tutelados por tribunales constitucionales especializados.
- La constitucionalización de instituciones y reglas características de los gobiernos democráticos.

Para Susanna Pozzolo, las cualidades del neoconstitucionalismo son: a) la adopción de la Constitución como un concepto axiológico; b) el reconocimiento de que el Derecho se integra por principios susceptibles de interpretación; c) la idea de que el Derecho debe de interpretarse y aplicarse bajo la técnica de la proporcionalidad; y d) el papel de la jurisprudencia como función creativa e integradora del ordenamiento jurídico¹¹⁴.

Por su parte, Prieto Sanchís resume al neoconstitucionalismo en cinco postulados: 1. Constitucionalismo en lugar de legalismo, 2. Conflictualismo en lugar de coherentismo, 3. Principios en vez de reglas, 4. Ponderación frente a subsunción, y 5. Argumentación antes que discrecionalidad¹¹⁵.

Con el neoconstitucionalismo se transitó del Estado de leyes, caracterizado por concebir al legislador como fuente primaria y casi exclusiva del Derecho, al Estado constitucional, donde la ley se subordina a la Constitución. La validez de las normas secundarias dependerá ahora de criterios formales y materiales. En otras palabras, la

¹¹³ Ídem.

¹¹⁴ Cfr. Susanna Pozzolo, "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico", Torino, Ed. Giappichelli, 2001, cit. por Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional...*, cit., pp. 198-199.

¹¹⁵ Prieto Sanchís, Luis, op. cit., p. 33.

pertinencia de una norma ya no pende únicamente de su promulgación, sino de que reúna también determinadas condiciones en su contenido¹¹⁶.

La Constitución ya no es solo una regla del juego sino parte del mismo a través de la inclusión de numerosas disposiciones materiales o de principio, en suma, cláusulas materiales o con denso contenido axiológico que pretenden incidir en la agenda política en áreas diversas¹¹⁷.

Pozzolo señala que, para poder navegar en el neoconstitucionalismo, se debe asumir una postura completamente antipositivista¹¹⁸, ya que, para defender la incorporación de derechos fundamentales en la Constitución, la filosofía positivista que excluye a la moral del Derecho no proporciona respuestas, por lo que se debe entonces acudir a un nuevo modelo axiológico normativo ajustable a las exigencias surgidas por la constitucionalización del Derecho¹¹⁹. El positivismo, al ser formalista, es anacrónico, puesto que la ley ha dejado de ser la fuente por antonomasia del Derecho.

El neoconstitucionalismo, pues, tiene que abandonar al positivismo, ya que la vinculación formal entre Derecho y moral, surgida a partir de la inclusión de principios en las constituciones, es un hecho inexorable que requiere de un renovado método de estudio y análisis propio de los nacientes sistemas jurídicos. Esto trae como consecuencia la necesidad de nuevas técnicas de interpretación y de aplicación del Derecho como la ponderación, la proporcionalidad, el juicio de razonabilidad, la proyección horizontal de los derechos, el principio pro persona, etcétera, al tiempo que impacta en una mayor libertad de actuación para los jueces constitucionales. Esta libertad no debe entenderse como libertinaje judicial, puesto que las decisiones de este poder deberán expresarse forzosamente mediante argumentos racionales. El

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 54.

¹¹⁷ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, 2009.

¹¹⁸ Pozzolo, Susana, "Un constitucionalismo ambiguo", en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 187-210.

¹¹⁹ Para los neoconstitucionalistas, la separación entre Derecho y moral, base del positivismo jurídico, debe abandonarse, ya que los ordenamientos jurídicos han dejado de ser nomodinámicos y la Constitución ha pasado a ser una norma de conducta que contiene principios sustanciales.

neoconstitucionalismo se entrelaza con la argumentación jurídica y la convierte en su mejor aliada para lograr uno de sus objetivos fundamentales: la legitimación.

Por lo anterior, los siguientes puntos son fundamento para estudio del principio de la proporcionalidad:

- La inminente vinculación entre el Derecho y la moral;
- La concepción del Derecho como una unidad compuesta por un elemento natural y otro positivo, debiendo equilibrarse la postura iusnaturalista con la iuspositivista;
- El reconocimiento del paradigma del neoconstitucionalismo, concretamente el relacionado con la incorporación de principios y valores en la Constitución;
- La necesidad y el planteamiento de crear un nuevo modelo axiológico normativo que se ajuste a las exigencias surgidas por la constitucionalización de principios;
- El nuevo rol del juez como intérprete de dichos principios.

El Derecho se constituye ya no solo por reglas sino también por principios, valores y directrices, entre otros¹²⁰. Es por ello que el neoconstitucionalismo surge como una alternativa para dar soluciones a las contradicciones de índole constitucional dentro de la cultura jurídico-política, ya que los sistemas tradicionales se han visto rebasados para dar respuestas.

2.4. Las antinomias o contradicciones normativas

Las antinomias pueden ser entendidas como colisiones o contradicciones entre normas jurídicas. Se presentan cuando en un mismo presupuesto de hecho se soportan

¹²⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, op. cit., p. 96.

orientaciones incompatibles que no pueden lograrse simultáneamente¹²¹. Estas confrontaciones se dan ante dos posibles supuestos: a) que las normas en conflicto pertenezcan al mismo ordenamiento, o b) que las normas tengan el mismo ámbito de validez.

De tal manera, las antinomias jurídicas son situaciones en las que dos normas son incompatibles dentro de un mismo ordenamiento o de un ámbito de validez similar¹²². Son reflejo del dinamismo en los sistemas jurídicos, así como la falta de técnica en el legislador.

Cuando en el ordenamiento jurídico se presentan estas situaciones, varios son los criterios aplicables para tratar de colmar dicho conflicto; a saber:

- Criterio cronológico: la ley posterior deroga la anterior;
- Criterio jerárquico: ante dos normas incompatibles prevalece aquella con rango jerárquico superior;
- Criterio de especialidad: la ley especial deroga a la general;
- Criterio de favorabilidad: ante una situación de colisión entre normas se debe preferir la norma que conceda una libertad y no aquella que imponga una obligación;
- Criterio de prevalencia: se debe resolver la antinomia atendiendo al órgano que emite la norma o el acto.

Empero, existen casos en los que los conflictos no se pueden resolver empleando los criterios establecidos, por lo que entonces se debe recurrir a la interpretación, en dónde las posibilidades se reducen a tres alternativas: a) eliminar una de las dos normas, b) eliminar ambas normas, o c) conservar las dos normas. Esta última opción es la vía empleada con mayor frecuencia por los aplicadores del Derecho,

¹²¹ Baquerizo Minuche, Jorge, op. cit., p. 23.

¹²² Cárdenas Gracia, Jaime, op. cit., p.126.

ya que implica utilizar técnicas de argumentación, mismas que deberán vincular el sentido de una norma con el resto de las reglas en un ordenamiento.

2.4.1. La subsunción

Ante una eventual colisión entre reglas, el método por excelencia para aplicar los criterios previamente referidos es el de la subsunción, una operación lógica del operador jurídico para determinar si el hecho específico concreto coincide con el hecho específico legal, así como si la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere con lo pretendido¹²³.

Bernal Pulido explica:

La subsunción es un silogismo integrado por dos premisas y una conclusión. La premisa mayor es la norma con su estructura condicional hipotética:

Si A entonces B

La premisa menor es un enunciado subsuntivo de la forma:

x es A

Y finalmente la conclusión, que se deriva de las premisas mayor y menor y establece que debe aplicarse la sanción “y” al caso “x”, por ser un caso de A¹²⁴.

Es importante señalar que la subsunción fue tradicionalmente entendida como la única forma para aplicar las reglas que integran el ordenamiento, postura que se vio alterada al reconocer la existencia de principios dentro de los sistemas jurídicos. Como producto de esta nueva concepción, la proporcionalidad se perfiló como la nueva técnica de aplicación de dichos principios.

¹²³ Cfr. Aragoneses, Pedro, “Proceso y derecho procesal”, en *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, México, Porrúa, 1998, p. 96.

¹²⁴ Bernal Pulido, Carlos, op. cit., p. 18.

2.4.2. La proporcionalidad

La considerable inclusión de principios y valores en las Constituciones de la posguerra hizo necesaria la búsqueda de nuevas técnicas de argumentación, como la ponderación y el principio de proporcionalidad, para lograr dar respuesta a los conflictos entre derechos y principios.

Los principios constitucionales se concretizan en reglas que fijan conductas a seguir en casos en particular, no obstante su abstracción propicia un sinnúmero indeterminado y abierto de estas. Un principio, entonces, puede dar lugar a una infinidad de reglas para un caso en concreto; en algunos casos, dichas reglas pueden ir en contra de otra norma resultante de un principio distinto o incluso del mismo del que proviene. Esto da como resultado un conflicto entre reglas y una colisión entre los principios¹²⁵.

En esta tesitura, la proporcionalidad es el método de resolución de conflictos ante eventuales antinomias entre principios. Dichas antinomias se caracterizan por los siguientes aspectos:

1. Porque no existe una superposición de los supuestos de hecho de las normas (reglas) –de manera que es imposible catalogar en abstracto los casos de posible conflicto, como ocurre con la igualdad o con los derechos fundamentales– o porque, aun cuando pudieran identificarse las condiciones de aplicación, se trata de mandatos que ordenan observar una conducta en la mayor medida posible, siendo así que la determinación de lo exigible dependerá de la concurrencia de otros principios o mandatos.

¹²⁵ Sánchez Gil, Rubén, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a ed., México, UNAM-IIJ, 2018, p. 283.

2. Porque, dada la naturaleza constitucional de los principios en conflicto y el propio carácter de estos últimos, la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguna de las normas, pero tampoco concibiendo una de ellas como excepción permanente a la otra.
3. Porque, en consecuencia, cuando en la práctica se produce una de estas contradicciones, la solución puede consistir bien en el triunfo de una de las normas, bien en la búsqueda de una solución que procure satisfacer a ambas, pero sin que pueda pretenderse que en otros casos de conflicto el resultado deba ser el mismo¹²⁶.

Los principios poseen un peso o una importancia característica no visible en las reglas, así, cuando dos principios entran en conflicto, ambos permanecen válidos, lo que no ocurre con las reglas. Ante una colisión de principios bajo ciertas circunstancias, se establece una relación de preferencia condicionada.

Los derechos que entran en colisión con otros derechos no son absolutos; por ende, deben y pueden ser limitados. La proporcionalidad y la ponderación¹²⁷ son una ruta para saber cómo y hasta qué punto pueden ser acotados dichos derechos. Son fórmulas que tienen como propósito garantizar y expandir el ámbito de protección de los derechos, en la medida de lo posible, de manera armoniosa e integral¹²⁸.

¹²⁶ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, "Justicia constitucional y derechos fundamentales", Madrid, Ed. Trotta, 2015, pp. 183-184, cit. por Cárdenas Gracia, Jaime, op. cit., p. 130.

¹²⁷ Es importante aclarar que no existe un criterio homogéneo a nivel doctrinal para determinar la relación ponderación-proporcionalidad. En ocasiones se presentan como procedimientos alternativos y en otras como denominaciones concurrentes de un mismo método. Al respecto véase Arias Ruelas, Salvador, "El principio de proporcionalidad y la tutela de derechos fundamentales en sede legislativa", CIJUREP, *Revista de garantismo y derechos humanos*, Textos jurídicos y políticos, Año 6, núm. 7, enero-junio, Tlaxcala, 2018, pp. 26-27; disponible en: <https://urlzs.com/4oYu7>, consultado el 24 de abril de 2019. Para efectos de esta investigación se considerará que la ponderación es el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, la que es llamada también proporcionalidad *stricto sensu*.

¹²⁸ Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a ed., México, UNAM-IIJ, 2018, p. XI.

En otras palabras, en caso de conflicto entre principios, solo para el caso concreto, el juez otorgará preferencia a uno de los dos principios, con el único límite de que la decisión final haya sido formulada mediante argumentos racionales.

Este principio implica parámetros de solución a los conflictos entre principios constitucionales, lo que garantiza la objetividad del operador jurídico mediante resoluciones basadas en decisiones racionales¹²⁹. Es una tarea fundamentalmente judicial.

La proporcionalidad no brinda respuestas únicas para todos los supuestos; por el contrario, otorga preferencias relativas a los casos en concreto que no excluyen una respuesta distinta a otro caso con supuestos similares. Se está ante una jerarquía móvil.

Todo ello requiere de una sólida argumentación por parte de los operadores jurídicos para validar sus resoluciones y posicionamientos y dejar de lado la arbitrariedad y el voluntarismo¹³⁰.

Amén de lo anterior, algunas características de la proporcionalidad son:

En las antinomias, la ponderación de los principios presupone que los dos principios involucrados sean interpretados en el sentido de que las clases de supuestos de hecho regulados por ellos se superpongan solo parcialmente.

La segunda característica sobresaliente consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios de que se trate.

La tercera característica nos indica que para establecer la jerarquía axiológica, el juez no valora los dos principios en abstracto, si no que valora el impacto de su aplicación al caso concreto. La jerarquía establecida entre los principios en

¹²⁹ Sánchez Gil, Rubén, “El principio de proporcionalidad en la...”, cit., p. 283.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 18-19.

conflicto es una jerarquía móvil, mutable, dependiendo de los casos concretos¹³¹.

La proporcionalidad se emplea para determinar el alcance de los derechos constitucionales entre sí o frente a otros principios del mismo rango, así como en la delimitación de competencias entre los poderes del Estado en los tres órdenes de gobierno¹³². Es un parámetro para el control de los derechos constitucionales y un estándar de control de la actividad estatal en la intervención de dichos principios¹³³.

Ignacio Villaverde Menéndez enfatiza que el principio de proporcionalidad garantiza que la intensidad de la intervención o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo, de manera que el límite cumpla con su propósito¹³⁴.

La subsunción y la ponderación no son métodos contrapuestos para aplicar el Derecho; son dos herramientas que se aplican a diferentes situaciones. La subsunción es el ideal de las reglas y la aplicación de consecuencias jurídicas bajo un esquema silogístico; la ponderación o proporcionalidad es el método para resolver conflictos entre principios¹³⁵.

¹³¹ Cárdenas Gracia, Jaime, op. cit., p. 95.

¹³² Cfr. Sánchez Gil, Rubén, "Estudio preliminar", en Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, México, UNAM-IIJ, 2017, p. XV.

¹³³ Arroyo Jiménez, Luis, op. cit., p. 264.

¹³⁴ Villaverde Menéndez, Ignacio, "La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad", en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a ed., México, UNAM-IIJ, 2018, p. 107.

¹³⁵ Prieto Sanchís, Luis, op. cit., p. 45.

2.5. El principio de proporcionalidad

2.5.1. Herramienta argumentativa

La proporcionalidad se concibe como una herramienta hermenéutica para llevar a cabo la interpretación y aplicación de principios de índole constitucional. Es un método que impone pautas de decisión a los operadores jurídicos que se encuentran ante una confrontación de principios o bienes jurídicos mediante un análisis objetivo y racional que logre contener, en la medida de lo posible, la subjetividad y/o arbitrariedad¹³⁶. La argumentación jurídica, por su parte, es una actividad lingüística que facilita la obtención de soluciones racionales mediante un discurso práctico¹³⁷.

Para Rubén Sánchez Gil, la proporcionalidad no es una teoría jurídica sino una regla que o se cumple o se incumple. Esta regla propicia a la justa solución de fricciones entre los derechos fundamentales y otros principios constitucionales¹³⁸.

La proporcionalidad permite asegurar la supremacía constitucional de los derechos fundamentales frente a las intervenciones en su regulación por parte del poder legislativo. De este modo, las labores del legislador que limiten o restrinjan un principio constitucional deberán ser solo en la medida de lo indispensable para alcanzar un fin lícito constitucional y así estar en posibilidad de determinar si es legítima o no dicha intromisión.

El principio de proporcionalidad es un aliado en la metodología para determinar si una adecuación legislativa es legítima; asimismo, permite una armónica relación entre los principios constitucionales en juego ante casos concretos.

¹³⁶ Sánchez Gil, Rubén, “El principio de proporcionalidad en la...”, cit., p. XV.

¹³⁷ González Maldonado, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, México, Novum, 2011, p. 35,

¹³⁸ *Ibidem*, p. 5.

La proporcionalidad, al establecer el límite de los límites de los derechos fundamentales en las colisiones que se presentan en los casos concretos, es un instrumento vital para la garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales que da contención a las excesivas restricciones y para que las limitaciones impuestas vacíen el contenido normativo.

Sánchez Gil identifica que es un principio que implica que, para que un derecho constitucional sea intervenido, debe hacerse solo en la medida más indispensable de lo posible y el beneficio obtenido es compensado de manera equivalente o superior.

2.5.2. La estructura del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad en *lato sensu* se integra por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en *stricto sensu* o ponderación. Así, para verificar si una intervención a un derecho constitucional es legítima, es necesario aprobar el examen de cada uno de estos subprincipios. Con un subprincipio que no se apruebe, la intervención se tendrá por desmedida e ilegítima.

Estos subprincipios son condiciones de racionalidad que todas las medidas deben cumplir. Son límites a las actuaciones del legislador que este debe observar¹³⁹.

2.5.2.1. Idoneidad

Indica la aptitud que debe poseer la intervención de un derecho fundamental para contribuir a la consecución del fin legítimo que busca la medida¹⁴⁰.

¹³⁹ Sánchez Gil, Rubén, op. cit., p. 39

¹⁴⁰ Klatt, Matthias y Meister, Moritz, op. cit., p. XXIV.

Se realiza en dos sentidos:

1. Fin legítimo: al regular un derecho fundamental, el legislativo debe intentar alcanzar un fin lícito constitucional. La intervención será legítima cuando el fin perseguido esté permitido por la norma suprema y tienda a satisfacer un principio plasmado en la Constitución.
2. Objetivamente idónea: implica que la medida debe contribuir y facilitar de cualquier manera a la realización del fin que persigue. Basta que la medida ayude o coopere de cualquier manera a la realización del fin legislativo en el momento que se ordenó.

El fin legítimo es aquel que no se encuentra expresamente prohibido por el texto constitucional, de tal modo que la finalidad debe estar adscrita a un principio de la Constitución para que se justifique la intromisión en el derecho o principio.

2.5.2.2. Necesidad

Conlleva a que la medida o intervención legislativa que limita un derecho fundamental sea estrictamente indispensable para conseguir el fin que se busca. Esto porque es la menos gravosa para el derecho intervenido, entre otras alternativas igualmente idóneas para conseguir el fin; o porque no hay alternativas para satisfacer el fin perseguido o, habiéndolas, afectan en mayor grado al derecho constitucional¹⁴¹.

No basta con que la medida sea la que menor intervención tenga sobre un derecho, también es necesaria en correspondencia, que se produzca una mayor satisfacción del fin.

¹⁴¹ Sánchez Gil, Rubén, op. cit., p. 45

2.5.2.3. Ponderación

Bernal Pulido indica que el término ponderar proviene del latín *pondus*, que significa 'peso'; por lo tanto, etimológicamente, esta palabra hace referencia a la labor que el juez debe realizar cuando pondera, ya que su función radica en pesar los principios que concurren al caso concreto [...] La ponderación es, entonces, la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determinará la solución para el caso [en concreto]¹⁴².

La ponderación, dice Alexy, es la optimización relativa a principios contrapuestos¹⁴³. La ponderación es determinar cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto¹⁴⁴.

Para Guastini, la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor y, como resultado de esta, un principio desplaza al otro y resulta aplicable¹⁴⁵.

Una definición más la proporciona Alfonso García, quien puntualiza que la ponderación radica en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de los elementos en conflicto en el caso que se juzga, tratando de buscar una solución armonizadora; una solución que, en definitiva, optimice su realización en este supuesto concreto¹⁴⁶.

¹⁴² Bernal Pulido, Carlos, op. cit., p. 19.

¹⁴³ Alexy, Robert, op. cit., p. 2.

¹⁴⁴ Cfr. Alexy, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, cit. por Galindo Sifuentes, Ernesto, "Un caso de ponderación judicial", *Reforma judicial revista mexicana de justicia*, julio-diciembre, México, UNAM-IIJ, 2007, p.115.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 115-116.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

La ponderación implica valorar entre derechos fundamentales o principios constitucionales y el fin legislativo que da origen a la intervención, mediante un análisis de magnitud de las afectaciones que se imponen de manera recíproca, para así reconocer si el beneficio obtenido por la medida justifica la intensidad en el menoscabo de aquellos. En palabras de R. Alexy, es “determinar cuál de los intereses en conflicto, de igual jerarquía en abstracto, tiene mayor peso en el caso en concreto”¹⁴⁷.

Para lograr identificar la relación de procedencia condicionada entre los principios en conflicto, son necesarios tres elementos que constituyen la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación¹⁴⁸.

Sánchez Gil considera que la ponderación se realiza cuando es inevitable el conflicto en la realización de un caso particular de determinados principios constitucionales.

Ponderar es sopesar la importancia de las posiciones jurídicas en un caso concreto para reconocer cuál es la que requiere una mayor protección. Esa valoración se determina por una ley de ponderación que refleja la relación objetiva entre ambos principios¹⁴⁹.

a. Ley de ponderación

Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia o realización del otro¹⁵⁰.

Si se sigue este argumento, la ponderación se divide en tres pasos¹⁵¹:

¹⁴⁷ *Ibíd*em, p. 49.

¹⁴⁸ *Ibíd*em, p. 21.

¹⁴⁹ Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *op. cit.*, p. XXVI.

¹⁵⁰ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, p. 9.

1. Definir el grado de la no satisfacción o de afectación de los principios en juego.
2. Establecer la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
3. Señalar si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

*b. Fórmula del peso*¹⁵²

Es el esquema deductivo a partir del cual se puede inferir la solución correcta¹⁵³.

Implica asignar grados de preferencia entre los distintos principios en disputa¹⁵⁴.

Rubén Sánchez explica la fórmula de la siguiente forma:

El peso del derecho constitucional y el del *principio adversario* reflejan la importancia que tienen en el caso en concreto y que deben ser valorados en el procedimiento. Esta valoración se realiza a través de una escala triple: leve, media y grave a los cuales corresponden los números 1, 2 y 3. Por su parte el peso concreto de cada principio resulta de la asignación de una cantidad correspondiente a la afectación o realización de: la *intensidad* con que el principio es cumplido o incumplido; el *peso abstracto* que cada uno tenga en el sistema jurídico constitucional; y la *certeza* que se tenga de que la afectación y realización se producirá. Cada principio además, posee un valor numérico,

¹⁵¹ Moreso, Juan José, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a ed., México, UNAM-IIJ, 2018, p. 53.

¹⁵² La fórmula se expresa de la siguiente manera:

$$G_{Pi,jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

¹⁵³ Gorra, Daniel, *Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy: Sistema de ponderación de principios*, p. 4; disponible en: <https://urlzs.com/eQp9Q>, consultado el 5 abril de 2019.

¹⁵⁴ González Maldonado, op. cit., p. 40.

mismos que se multiplican, este producto es el que se confronta con el principio oponente¹⁵⁵.

La *intensidad* es la graduación de la insatisfacción que impacta al derecho constitucional al efectuarse el principio oponible y, correlativamente, al mismo concepto en relación con este último, y el incumplimiento que le generaría el respeto a aquel derecho. El *peso abstracto* es la interpretación que se realiza al analizar la normativa constitucional que establece la importancia que tiene cada principio dentro del sistema jurídico. Finalmente, la *certeza* implica tener seguridad objetiva sobre la realización de la intervención sobre los principios constitucionales en discordia.

Para Alexy, lo anterior se traduce en el siguiente postulado: Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención¹⁵⁶.

Al respecto, Bernal Pulido señala:

La fórmula de peso no es un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta. Este modelo reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante¹⁵⁷.

c. Cargas de argumentación

Operan cuando, luego de aplicar la fórmula de peso, se obtiene un empate entre los valores; es decir, cuando son idénticos los pesos de los principios. Ante esta situación, Alexy propuso, en un inicio, realizar una carga argumentativa en pro de la

¹⁵⁵ Klatt, Matthias y Meister, Moritz, op. cit., p. XXIX.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. XXXI.

¹⁵⁷ Bernal Pulido, Carlos, "La racionalidad de la ponderación", en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a ed., México, UNAM-IIJ, 2018, p. 48.

libertad jurídica y la igualdad: Ningún principio opuesto a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica podría prevalecer sobre ellas¹⁵⁸. Por lo tanto, en caso de empate, se debe optar en favor de la libertad e igualdad jurídica.

15 años después de esta tesis, Alexy cambió de postura y estableció que, “en los casos de empate, se debe apostar por el acto que se enjuicia [...] Los empates ya no serán en pro de la libertad e igualdad jurídica, sino en favor del legislador y del principio democrático”¹⁵⁹.

La legitimidad de la ponderación depende de la racionalidad; es la estructura de la ponderación clave para esa racionalidad¹⁶⁰. Entonces, para que sea un ejercicio exitoso, debe hacerse con minucia la identificación de los principios en colisión, ya que a partir de esa pauta se dará inicio con la materia de estudio y de ello dependerán los resultados.

2.5.3. Objeciones al principio de proporcionalidad

La ponderación, al reconocer la existencia de un margen de subjetividad en la decisión del intérprete jurídico, ha sido fuertemente atacada; por ello, resulta necesario mencionar las críticas¹⁶¹ en su contra, hallando, entre otras, las siguientes:

- Es un método irracional porque carece de criterios racionales y objetivos para determinar los órdenes jerárquicos.
- Es un procedimiento arbitrario que queda a discreción del intérprete sin ser posible su racionalidad mediante parámetros objetivos.

¹⁵⁸ Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como...”, cit., p. 26.

¹⁵⁹ Ídem.

¹⁶⁰ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, cit., p. 1.

¹⁶¹ Galindo Sifuentes, Ernesto, op. cit., pp. 121-122.

- La jerarquía establecida no es suficiente para resolver litigios; lo que se plantea en estos es la pretensión de cada una de las partes y no la colisión de principios.
- Implica el sacrificio de un derecho¹⁶².
- La ponderación de valores no se puede realizar en números, porque siendo principios constitucionales no existe una jerarquía que determine cual principio tiene más valor.
- La ilegitimidad de los operadores jurídicos para aplicar principios a través de la ponderación.
- No proporciona una única respuesta correcta.
- La falta de neutralidad moral presupone un tipo de utilitarismo¹⁶³.

Otro señalamiento que se le hace a la proporcionalidad es el relativo a la inconmensurabilidad; es decir, que no puede existir una escala común para valorar los principios y valores en tensión. Esto se da en dos escenarios: la imposibilidad de ciertos derechos imposibles de cuantificar y la negación de tener un solo parámetro o escala para su medición. Tsakyrakis expresa que, si esto fuera así y realmente existiera una escala común, no sería necesaria la ponderación, puesto que ya habría una relación previa de preferencia.

Sobre esta objeción, resulta imposible pensar en un esquema jerárquico inamovible que incluya todas las posibles consecuencias de los principios jurídicos. Una escala de criterios comunes implicaría adoctrinar ideológicamente a la sociedad e impediría su evolución¹⁶⁴.

¹⁶² “Una cosa es ponderar dos principios, es decir, *sopesarlos*, para decidir cuál de los dos, por tener mayor peso o valor debe ser aplicado y de cuál, por tener menor peso, debe prescindirse; otra es *atemperar* dos principios: Araujo Rentería, Jaime, “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, México, UNAM-IIJ, 2006, p. 865.

¹⁶³ Klatt, Matthias y Meister, Moritz, op. cit., p. 40.

¹⁶⁴ González Maldonado, op. cit., p. 51.

La proporcionalidad también es debatida en cuanto a su aplicación. Para sus adversarios, este es un principio mecanicista que se pretende emplear mediante un falso rigor matemático que no cuenta con una estructura jurídica precisa, lo cual impacta en la imposibilidad de brindar objetividad y certeza jurídica.

El Derecho, al integrarse por reglas y principios, propicia que la proporcionalidad contenga elementos morales, puesto que se trata de un examen de valores jurídicos. Bernal Pulido acepta que hay razón en las críticas que señalan que este método no excluye las apreciaciones subjetivas del juez. Empero, no por ello la ponderación es irracional. Es la indeterminación de los principios la que permite las apreciaciones de los operadores jurídicos. En este sentido, también hay subjetividad en la subsunción. El juez siempre goza de un margen de deliberación¹⁶⁵.

La proporcionalidad es una herramienta que identifica problemas y los confronta objetivamente, en la medida de lo posible, a través de un proceso de argumentación coherente que brinda soluciones racionales que fundamentan la decisión¹⁶⁶.

2.5.4. La proporcionalidad en el Derecho mexicano

Si bien no existe cláusula expresa que refiera al principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico mexicano, y en general en cualquier ordenamiento constitucional de occidente, su fundamentación se da mediante cuatro postulados: 1. Disposiciones constitucionales que lo impliquen; 2. La estructura y naturaleza de los derechos fundamentales, que mandatan optimizar su eficacia normativa; 3. El principio del Estado de Derecho; y, 4. Las prohibiciones de arbitrariedad¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la...”, cit., p. 32.

¹⁶⁶ González Maldonado, op. cit., p. 51.

¹⁶⁷ Sánchez Gil, Rubén, op. cit., p. 33

Para Bernal Pulido, el fundamento principal de la proporcionalidad es el que deviene del concepto implícito del carácter jurídico en los derechos fundamentales, si se entiende a estos como límites del poder público.

México, como Estado constitucional y democrático de Derecho, busca otorgar a los principios o derechos fundamentales la máxima satisfacción que permitan las circunstancias jurídicas y fácticas. Esta optimización se desprende de la interpretación del artículo 1º de la Constitución, donde prevalece el aseguramiento de los derechos fundamentales en los términos más amplios. Asimismo, postula que las limitaciones deberán ser excepcionales cuando se consideren restrictivas.

Los derechos constitucionales deben gozar de una máxima efectividad, ello implica que se opongan a intervenciones o menoscabos; así, dicha efectividad solo será posible a través de medidas estrictamente necesarias para alcanzar un fin legítimo o proporcionado.

La proporcionalidad también se fundamenta en el artículo 16 de la Constitución como limitante a las atribuciones legislativas en la intervención en los derechos fundamentales. Más precisamente en el párrafo primero, que indica que se requiere que las medidas de intervención en un derecho tengan una correcta motivación.

Recientemente, el poder judicial ha empleado de manera implícita el principio de proporcionalidad como herramienta para determinar la constitucionalidad de las restricciones a los derechos fundamentales, tal como se aprecia en la siguiente tesis aislada:

TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. SUS ELEMENTOS. Conforme a la teoría de los principios, cuando dos derechos fundamentales o principios entran en colisión, los juzgadores deben resolver el problema atendiendo a las características del caso concreto, ponderando cuál de ellos debe prevalecer y tomando en cuenta

tres elementos: I) La idoneidad; II) La necesidad y III) La proporcionalidad. El primero se refiere a que el principio adoptado como preferente sea el idóneo para resolver la controversia planteada; el segundo consiste en que la limitación de cierto principio sea estrictamente necesaria e indispensable, es decir, no debe existir alternativa que sea menos lesiva; y el tercer elemento se refiere a que debe primar el principio que ocasione un menor daño en proporción al beneficio correlativo que se dé u obtenga para los demás, en otras palabras, cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro¹⁶⁸.

Algunos expertos, como Rubén Sánchez Gil, reconocen el avance jurídico en el ámbito judicial, donde en las últimas décadas se ha incorporado el principio de proporcionalidad como herramienta hermenéutica en la emisión de jurisprudencias; sin embargo, también identifica la necesidad de una mayor difusión e investigaciones de fondo, ya que frecuentemente este principio se ve reducido solo a la ponderación como un mero balance de los principios en conflicto¹⁶⁹.

El Máximo Tribunal Constitucional del país ha utilizado la proporcionalidad y los subprincipios como herramienta en la interpretación que solventa la regularidad constitucional.

INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que existen dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. El primero debe realizarlo el juez constitucional en los asuntos que no incidan directamente sobre los derechos humanos y exista un amplio margen de

¹⁶⁸ Tesis 177124. I.4o.A.60 K., Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, Pág. 1579.

¹⁶⁹ Klatt, Matthias y Meister, Moritz, op. cit., p. XI.

acción y apreciación para la autoridad desde el punto de vista normativo, como ocurre en la materia económica o financiera. En cambio, el escrutinio estricto se actualiza cuando el caso que se tenga que resolver involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales, o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno. En este sentido, si bien las diferencias en la intensidad del control constitucional y el uso del principio de proporcionalidad han derivado de precedentes relacionados sólo con el principio de igualdad, ello no es impedimento para utilizar esta clasificación jurisprudencial y el respectivo test de proporcionalidad (fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) para casos que no estén estricta y únicamente vinculados con el aludido principio constitucional. Lo anterior, porque el juzgador realiza indirecta y cotidianamente diversos grados de análisis constitucional dependiendo si se trata, por ejemplo, de la afectación de un derecho humano o del incumplimiento de una norma competencial de contenido delimitado o de libre configuración, aun cuando la materia del caso no sea la violación estricta del derecho de igualdad. Así, el principio de proporcionalidad irradia y aplica sobre la totalidad de los derechos humanos con fundamento en el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁷⁰.

En resumen, el Poder Judicial ha importado el principio de proporcionalidad y lo ha reconocido como medio para resolver colisiones entre derechos y/o principios constitucionales, así como criterio para la delimitación de los mismos.

Como ya se señaló, la proporcionalidad se integra por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. No obstante existen voces que difieren,

¹⁷⁰ Tesis 2004712. 1a. CCCXII/2013, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXV, octubre de 2013, Pág. 1052.

estableciendo que cada uno de estos elementos son, en realidad, principios únicos y diversos; es decir, elementos o criterios inconexos que pueden o no seguir un orden determinado. Independientemente de la postura que se elija, esta triada ayuda a reconocer si una intervención legislativa en un derecho constitucional es legítima o no.

Al respecto, el poder judicial en México es partidario de la corriente que considera a cada uno de estos elementos como criterios autónomos. La jurisprudencia de la SCJN los emplea de manera aislada y no como un sistema articulado¹⁷¹.

¹⁷¹ Sánchez Gil, Rubén, “El principio de proporcionalidad en la...”, cit., p. 285.

CAPÍTULO 3

El examen de proporcionalidad aplicado a los casos de detención infantil en contexto de migración no acompañada

Hasta aquí se ha analizado la política migratoria que el Estado mexicano ha implementado en los últimos años para la atención de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados.

Se aprecia con claridad que existe una evidente disonancia entre la Ley y la implementación de la misma, ya que, si bien el congreso normativo en la materia permite en casos excepcionales la detención de NNA en situación de movilidad no acompañada, la realidad que detallan las distintas organizaciones de la sociedad civil y los organismos no gubernamentales demuestra que la privación de la libertad de la infancia migrante es la regla y no la excepción. Asimismo, con frecuencia el procedimiento administrativo migratorio se ve viciado por el incumplimiento de las garantías mínimas del debido proceso por parte de las autoridades intervinientes.

La detención y la inobservancia de las garantías del debido proceso contravienen no solo al ordenamiento jurídico doméstico, sino también al Derecho Internacional y regional de los que México forma parte.

Aquí cabe precisar que, al ser mínima la normativa internacional en asuntos migratorios, no se contempla ninguna figura que evoque la facultad de migrar como un derecho humano. Ese reconocimiento queda en la competencia soberana de cada uno de los países, quienes frecuentemente imponen restricciones a los extranjeros que desean ingresar a su territorio¹⁷².

¹⁷² Herrera-Lasso, Luis y Artola, Juan, "Migración y seguridad: dilemas e interrogantes", en Natalia Armijo Canto (ed.), *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia A.C., 2011, pp. 12-13; disponible en: <https://goo.gl/PoSJNH>, consultado el 5 de junio de 2019.

El *Informe Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de movilidad humana en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, publicado el 30 de diciembre del 2013 por la CIDH, establece que, en consonancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los estándares interamericanos sobre la libertad personal, la presentación y el alojamiento son medidas que impiden a las personas disponer de su libertad de movimiento, lo que las convierte en formas de privación de la libertad personal.

Al respecto, la Comisión cita los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*:

[C]ualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.

Por otra parte, la *Opinión consultiva OC-21/14: “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”*, emitida el 19 de agosto de 2014 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala, respecto de las garantías del debido proceso en los asuntos migratorios, que los

Estados, independientemente de la materia de la que se trate, deben garantizar que los procesos estén adaptados a las necesidades de los NNA y sean accesibles para asegurar el acceso a la justicia y velar por el ISN.

Para la ColDH, las garantías mínimas que deben estar presentes en todo proceso son: el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y el plazo razonable de duración del proceso.

Sobre el uso de la detención bajo el principio de la última ratio como medida cautelar en los procedimientos en que participan niños y niñas, la Corte considera que no se pueden asemejar las infracciones relacionadas con el ingreso y la permanencia en un país, a las que derivan de la comisión de un delito. Las finalidades procesales en materia migratoria difieren de las penales; por ende, los Estados no pueden recurrir a la privación de la libertad para solventar los procesos migratorios ni pueden fundar la decisión en la irregularidad del ingreso y la permanencia, ya que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas. La libertad es la regla mientras se resuelve la situación migratoria o se procede a la repatriación.

En este sentido, las medidas alternativas por motivo de irregularidad migratoria deben estar contempladas en la legislación de cada Estado y se debe reglamentar el procedimiento, mismo que debe respetar, como mínimo, las siguientes garantías: contar

con una autoridad administrativa o judicial competente; tomar en cuenta las opiniones de niñas y niños sobre su preferencia; velar por que el interés superior de la niña o del niño sea una consideración primordial al tomar la decisión; y garantizar el derecho a revisión de la decisión en caso de considerarse que no es la medida adecuada, la menos lesiva o que se está utilizando de forma punitiva.

Finalmente, la Corte puntualiza que los Estados tienen el deber de diseñar e incorporar medidas no privativas de la libertad que prioricen la protección integral de los NNA acordes a los derechos humanos y al principio de legalidad. Asimismo, las condiciones de los espacios de alojamiento que deben observarse son: la separación de las personas migrantes de las personas acusadas o condenadas por delitos; se debe respetar el principio de la unidad familiar y el del interés superior; y el régimen debe darse en un ambiente no privativo de la libertad.

A primera vista parece incuestionable afirmar que la política migratoria mexicana y su implementación son violatorias de derechos humanos y son contrarias a los tratados internacionales que México ha suscrito y ratificado, puesto que existe una notoria divergencia entre la legislación progresista de reconocimiento a los derechos fundamentales de las personas migrantes y la ejecución administrativa de dichas leyes.

Es innegable, además, que las diversas voces especialistas en la materia provenientes de la sociedad civil, así como autoridades nacionales e internacionales, requieren y exigen al Estado mexicano la implementación de alternativas a la privación de la libertad; sin embargo, surgen algunos planteamientos que han de ser abordados a continuación para establecer, con criterios sólidos, si verdaderamente dicha política es errónea y si existen alternativas que puedan ser implementadas de manera armónica y permanente al contexto que se vive hoy en día en el país.

Para ello, se empleará el principio de la proporcionalidad como método para el análisis y la generación de argumentos que permitan dilucidar una conclusión objetiva aplicable al fenómeno de la infancia migrante que transita por la República mexicana.

Como ya se advirtió en el capítulo precedente, la proporcionalidad ayuda a fijar los linderos de los derechos fundamentales. Es un método de gran utilidad para definir el contenido de dichos derechos ante restricciones y limitaciones en su regulación por parte del legislador, de tal manera que, para que la intromisión sea legítima, esta deberá hacerse solo en la medida de lo indispensable para la consecución de un fin lícito constitucional.

En este caso, el derecho fundamental que ha sido acotado por el legislador es el de la libertad personal. Entonces, ¿es la detención migratoria una interferencia desproporcionada y por tanto ilegítima para el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados?

3.1 Idoneidad

La exposición de motivos de la Ley de Migración no hace referencia a por qué se emplearán la presentación y el alojamiento como medidas para la atención de la movilidad irregular, aunque sí señala que la realidad del país exige una política migratoria que contemple las múltiples dimensiones y complejidades del fenómeno en México mediante una visión democrática apegada a los derechos humanos, atendiendo la seguridad nacional y pública y, al mismo tiempo, velando por la seguridad humana de los migrantes nacionales y extranjeros. Considera que la despenalización de la migración irregular en el país ha sido uno de los más grandes avances en relación a la protección y el reconocimiento de los derechos de las personas migrantes¹⁷³.

¹⁷³ Cfr. *Exposición de motivos*, Sistema de Consulta de Ordenamientos, México, 2010; disponible en: <https://urlzs.com/K3S8v>, consultado el 10 de junio de 2019.

Es por ello que la iniciativa de Ley fue bien recibida en su momento por las principales OSC del país, las cuales reconocieron la importancia de regular la migración desde un enfoque de derechos humanos y celebraron el esfuerzo y el compromiso del Congreso para generar cambios sustanciales en el tratamiento de la misma¹⁷⁴.

La promulgación de la Ley fue congratulada también por la Organización Internacional para las Migraciones:

Este nuevo marco legal contempla los compromisos internacionales adquiridos por México, responde positivamente a la necesidad de una gestión migratoria ordenada, humana y segura dentro de una dinámica internacional cada vez más compleja y permite fortalecer los esfuerzos del gobierno mexicano por garantizar un trato humano y digno a todos los y las migrantes¹⁷⁵. (Anexo 7)

Basta consultar la Ley de Migración para encontrar que el Título Segundo, denominado “Derechos y obligaciones de los migrantes”, contiene un vasto catálogo de prerrogativas en favor de las personas en situación de movilidad, siendo un dispositivo referente a nivel regional por su visión garantista. No se deje de lado, además, que en ese mismo año, 2011, la Constitución fue modificada por la que se conoce como la reforma más importante y trascendental en materia de derechos humanos por su carácter progresista.

Se infiere, entonces, que la intención y el ánimo del legislador son auténticos y con plena convicción de reconocer los derechos de las personas migrantes. En otras palabras, verdaderamente el Congreso de la Unión tuvo la genuina voluntad de

¹⁷⁴ Camacho Servín, Fernando, “Aplauden grupos civiles iniciativa para reformar la Ley de Migración”, *La Jornada*, México, 2010; disponible en: <https://urlzs.com/8qWvh>, consultado el 10 de junio de 2019; Ramos, Jorge, “Calderón promulga Ley de Migración”, *El Universal*, México, 2011; disponible en: <https://urlzs.com/k2rRo>, consultado el 10 de junio de 2019.

¹⁷⁵ Organización de las Naciones Unidas, “Boletín ONU: Promulgación Nueva Ley de Migración en México”, *Comunicado No. 11/127*, 2011; disponible en: <https://urlzs.com/W43Mp>, consultado el 10 de junio de 2019.

posicionar a los derechos humanos en la política del Estado en materia migratoria, sin dejar de lado la realidad y el contexto del país.

El tercer párrafo del artículo 1º de la CPEUM establece las obligaciones del Estado mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. A su vez, el párrafo octavo del artículo 4º señala que:

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.

De lo anterior se desprende que México tiene compromisos y obligaciones puntuales de proteger y garantizar los derechos humanos, específicamente aquellos que les corresponden a las niñas y niños, como son: la salud, la educación, la alimentación y el esparcimiento. Todos independientemente del estatus migratorio de los menores.

Si se retoma la afirmación de que los derechos no son absolutos y que para su garantía y desarrollo requieren ser acotados, claramente existe un fin legítimo constitucional que permite interferir en la libertad personal de las y los niños migrantes no acompañados. Como ejemplo se encuentra la siguiente tesis aislada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde establece que sí es posible intervenir el derecho a la libertad personal:

LIBERTAD PERSONAL. ATENTO AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, ES ILEGAL APLICAR LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO A LOS ACTOS QUE DERIVEN DE PROCESOS INICIADOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

TRADICIONAL, AUN CUANDO EL GOBERNADO AFIRME QUE AQUÉLLAS LE OTORGAN UNA MAYOR PROTECCIÓN PARA EL EJERCICIO DE DICHO DERECHO. ... la libertad personal sí es dable limitarla por el ejercicio de las facultades de la autoridad judicial en casos de responsabilidad criminal o civil; de ahí que afirmar que es un derecho humano, implicaría aceptar que los juzgadores están impedidos para emitir cualquier acto encaminado a restringirlo, como serían las órdenes de aprehensión, autos de formal prisión, penas privativas de la libertad, entre otros¹⁷⁶.

La tesis en comento no hace referencia a la materia administrativa sino a asuntos de índole penal o civil. Empero, es un precedente importante que admite la limitación a un derecho fundamental.

Para la Primera Sala de la SCJN, la interferencia en la libertad personal por parte de una autoridad cuenta con tres niveles o grados. (Anexo 8)

a) simple intermediación entre el agente de seguridad y el individuo, para efectos de investigación, identificación o prevención; b) restricción temporal del ejercicio de un derecho, como pueden ser la libertad personal, propiedad, libre circulación o intimidad, y c) detención en sentido estricto.

En otros términos, la vinculación entre una autoridad de seguridad y una persona se cataloga en: a) primer contacto; b) restricción temporal; c) intercepción, aprehensión y/o captura; y d) tutela, resguardo y/o custodia. A partir del inciso c se considera que existe plenamente una detención.

A lo largo del presente trabajo se han plasmado las diversas expresiones, nacionales e internacionales, que instan al gobierno de México a poner fin a las

¹⁷⁶ Tesis: I.10o.P.13, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XLIV, julio de 2017, Pág. 1043.

detenciones de NNA migrantes, estableciendo que existen alternativas menos lesivas o gravosas. (Anexo 9)

Estos expertos cuestionan y critican la ejecución de medidas como la presentación y el alojamiento e indican que cualquier conducta que tenga como consecuencia la limitación en el ejercicio de la libertad personal será entendida como detención.

El elemento más importante que debe considerarse respecto de la privación a la libertad de personas migrantes (a la que, por cierto, la legislación migratoria se refiere eufemísticamente con los términos de “presentación” o “alojamiento”), es que no está prevista en la Constitución. La norma máxima contempla distintas formas de detención y señala plazos máximos para cada una de ellas, sin que la detención administrativa con fines de control migratorio encuadre en alguna de ellas, además de que excede cualquiera de los plazos conferidos a la autoridad administrativa para privar de la libertad a una persona. Toda privación de la libertad que no esté de conformidad con la legislación nacional será ilegal o arbitraria, tanto con respecto a la legislación nacional como con el derecho internacional¹⁷⁷.

Otro testimonio es el de *International Detention Coalition*, que indica:

Por lo general, los países no cuentan con modelos o mecanismos adecuados para prevenir la detención, evaluar y determinar el interés superior del niño por encima de consideraciones de consideraciones migratorias, ni para remitir a los niños, niñas y adolescentes a lugares de acogida públicos o privados que

¹⁷⁷ Carrillo Soubic, Alejandra, et. al., “Migrantes y su detención en México: el desastre en derechos humanos”, *Nexos: El juego de la Suprema Corte*, México, 2014; disponible en: <https://urlzs.com/X2XsC>, consultado el 15 de junio de 2019.

garanticen la protección de sus derechos, conforme a un modelo de gestión de casos y, en esquemas no privativos de la libertad¹⁷⁸.

El *Informe regional: Detención migratoria y alternativas a la detención en las Américas*, publicado también por *International Detention Coalition*, extrae un párrafo de la Opinión consultiva OC-21/14 de la CoIDH que exhorta:

Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños 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 ...¹⁷⁹.

Si se sigue esta lógica de manera lisa y llana y se hace uso de la literalidad en los argumentos, se entiende que las autoridades, al tener un avistamiento de NNA migrantes no acompañados, solo pueden tener un primer contacto y efectuar una restricción temporal, pero no pueden ni deben hacer nada más que permitir y facilitar el libre tránsito de las y los menores; cualquier intromisión en automático se convertiría en una detención arbitraria y/o ilegal.

En atención al cuestionamiento esbozado con antelación, ¿es la detención una interferencia desproporcionada e ilegítima para el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados?, se estima que, tal y como se efectúa en la actualidad, sí es contraria a la Carta Magna y a los tratados internacionales; por tanto, es excesiva.

¹⁷⁸ International Detention Coalition, *¿Qué esperamos del futuro? Detención migratoria y alternativas a la detención en las Américas*, Melbourne, 2017; p.73. disponible en: <https://urlzs.com/qZRPR>, consultado el 13 de junio de 2019.

International Detention Coalition, *Informe regional: Detención migratoria y alternativas a la detención en las Américas*, p. 44; disponible en: <https://urlzs.com/4Erik>, consultado el 3 de junio de 2019.

¹⁷⁹

Si bien existe un fin legítimo para acotar la libertad de tránsito con el propósito de asegurar otros bienes para las y los menores, la detención en las Estaciones Migratorias del INM por tiempos indefinidos, compartiendo espacios con personas adultas, en condiciones que se asemejan a las de las prisiones y sin vigencia de las garantías del debido proceso, entre otros, vulnera a los derechos de este sector. A pesar de ello, permanecen las obligaciones de México de proteger a las y los niños migrantes no acompañados, así como de garantizar sus derechos de salud, educación, alimentación y esparcimiento. Ante este mandato constitucional, ¿cómo puede el Estado mexicano brindar asistencia y protección a la infancia no acompañada en situación de movilidad?

La legislación a nivel internacional sobre migración se reduce a un solo instrumento: la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. La regulación es escasa y laxa¹⁸⁰, entendida como criterios y/o parámetros orientadores más que como reglas de carácter imperativo vinculante, lo que deriva en un amplio margen de apreciación para los Estados; sin embargo, dada la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos, hay principios esenciales que sí forman parte del *ius cogens* (igualdad, no discriminación, libertad, etc.) que le imponen una obligación directa de observancia y protección a los países.

Los Estados democráticos y constitucionales de Derecho cuentan con la capacidad de gestionar sus políticas migratorias en el ejercicio de su soberanía,

¹⁸⁰ Los principales instrumentos de derechos humanos relacionados con la protección de migrantes son: Convención sobre la Condición de los Extranjeros [1928]; Declaración Universal de Derechos Humanos [1948]; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados [1951]; Declaración de los Derechos del Niño [1959]; Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial [1965]; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [1966]; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [1966]; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [1966]; Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven [1985]; Convención sobre los Derechos del Niño [1989]; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares [1990]; Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire [2000]; Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños [2000]; y Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional [2000].

siempre con el deber de respetar los derechos esenciales de las personas migrantes, independientemente de la calidad migratoria que tengan. En el día a día, los Estados deben encontrar un equilibrio entre la administración de sus fronteras y los derechos humanos. Hasta el momento, ningún país cuenta con una política migratoria de puerta abierta que permita el libre ingreso y tránsito de las y los migrantes.

De lo anterior resulta que la respuesta al planteamiento de cómo el Estado ha de prestar asistencia y protección a las y los menores migrantes es simple: mediante la detención, entendida como la medida de intercepción y resguardo para la salvaguarda y tutela de la seguridad y los derechos de las y los menores migrantes por parte del Estado.

Es ilógico siquiera concebir un país que, teniendo índices de movimientos migratorios, ignore el fenómeno y permita que estos continúen libremente. Más aún si, como México, cuentan con cifras elevadas de criminalidad, violaciones a los derechos humanos y peligros diversos que exponen a las personas migrantes a sufrir o padecer potencialmente un hecho victimizante¹⁸¹; o que su participación se reduzca a un simple primer contacto para la obtención de información estadística. Este sería un Estado omiso e irresponsable a nivel internacional y sin visión humanitaria.

De esta manera, para procurar la seguridad y la garantía de los derechos fundamentales en casos de NNA migrantes, es indispensable una medida de resguardo en donde el Estado provea los elementos mínimos vitales para su cuidado y desarrollo integral.

La Monumental Plaza de Toros México tiene capacidad para 41 262 personas. El número de niños presentados ante la autoridad migratoria en 2016 fue de 40 114. ¿Cómo dar atención y lograr satisfacer las necesidades de cada una de esas personas?

¹⁸¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Recomendación No. 80/2013*, México, 2013; disponible en: <https://urlzs.com/T2CX9>, consultado el 1 de junio de 2019.

Así, aunque la detención erróneamente evoque un contenido negativo, no es una medida sancionadora ni de castigo, puesto que los menores migrantes no están cometiendo ninguna conducta delictiva. Es una acción que tiende a dotar a los menores migrantes de las atenciones y los cuidados necesarios en tanto se resuelve su condición migratoria. La detención, entonces, tiene que efectuarse por un tiempo determinado y expresamente definido en la normativa respectiva, observando en todo momento las garantías del debido proceso.

Llama la atención que las y los especialistas consideren la canalización de niñas, niños y adolescentes migrantes a los Sistemas DIF como una alternativa a la detención, ya que dicha medida implica *per se* una intervención en la libertad personal.

En este tenor, por ejemplo, nadie discute que, además de niños migrantes, el DIF albergue y proporcione atención integral a los niños y niñas en situación de vulnerabilidad del país, brindándoles alimento, vestido, atención médica, psicológica, recreativa, nutricional y educativa. No se cuestiona sobre si los infantes están o no privados de su libertad, puesto que su condición de vulnerabilidad exige que el Estado vele por su integridad por encima de su libertad personal.

Cabe señalar que, aunque se tiene información de que el alojamiento en dichos Sistemas es parecido al que se vive en las Estaciones Migratorias, esto no debe ni puede pasar desapercibido. Los contextos en los que permanecen internados los menores no tienen por qué asemejarse a figuras penitenciarias.

Por lo anterior, las normas nacionales que en concreto quedan satisfechas con la aplicación de la medida limitadora son: el párrafo tercero del artículo 1º y el párrafo octavo del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos a las obligaciones del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, en correspondencia con la observancia del interés superior de la

niñez y la satisfacción de los derechos, en específico los de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para el desarrollo integral de las y los menores.

Asimismo, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los artículos que se garantizan mediante la intervención son: 2º, sobre considerar el principio del ISN en las decisiones que involucren NNA; 10º, en relación al deber de las autoridades de brindar medidas de protección especial a menores en situación de vulnerabilidad; 13º, que reconoce los derechos a la integridad personal y de protección a la salud; 14º, sobre el derecho que tienen las y los niños y adolescente a que se les preserve la vida, a la supervivencia y al desarrollo; 17º, referido al derecho de recibir protección y socorro en cualquier circunstancia; 46, en atención al derecho a una vida libre de violencia y al resguardo de la integridad personal; 47, que obliga a las autoridades competentes de los tres órdenes de gobierno a tomar las medidas necesarias para prevenir, atender y sancionar los casos en que las niñas, los niños y los adolescentes se vean afectados por conductas delictivas; 50, que reconoce el derecho a la salud; y 103, que obliga a quien esté a cargo del cuidado de los menores a garantizar los derechos alimentarios, que comprenden esencialmente la satisfacción de las necesidades de alimentación y nutrición, habitación, educación, vestido, atención médica y psicológica preventiva integrada a la salud, asistencia médica y recreación, así como a protegerlos contra toda forma de violencia, maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, venta, trata de personas y explotación; entre otros.

A nivel internacional, las normas que se satisfacen mediante la implementación de la medida limitadora son: de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 25, que reconoce el derecho que tiene toda persona a un nivel de vida adecuado mediante la satisfacción de la salud, la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica; y el derecho de las y los infantes a cuidados y asistencias especiales.

Por otra parte, de la Declaración de los Derechos del Niño, los principios dos, cuatro, seis y ocho, relacionados con la protección especial; el derecho a la alimentación, vivienda y servicios médicos; el deber de las autoridades públicas de cuidar de los niños; a la observancia del principio del interés superior; y al derecho de recibir protección y socorro, respectivamente.

De la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, se atiende a lo dispuesto en el artículo 8º, que establece el derecho a la protección sanitaria, atención médica, seguridad social, servicios sociales y de educación.

Asimismo, de la Convención sobre los Derechos del Niño, se observa la satisfacción de los artículos, 3º, 6º, 20, 24, 28, 34, 35, y 36; relativos a: la atención por parte del Estado del interés superior de la niñez; el derecho de asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar; el deber de que las instituciones encargadas de la protección y el cuidado de los niños cumplan con medidas en materia de seguridad y proporcionen supervisión adecuada. El artículo 6º, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño. El artículo 20, a la protección especial por parte del Estado a niños privados, temporal o permanentemente, de su medio familiar. El 24, sobre el reconocimiento del derecho del niño a la salud. Y los artículos 34, 35 y 36, referentes a la protección del niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales, el secuestro, la venta o la trata de niños y demás formas de explotación que interfieran en su bienestar.

Finalmente, en el ámbito regional, la intervención satisface los artículos 1º y 11º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sobre los derechos a la seguridad e integridad de la persona y salud, alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, respectivamente. Y al artículo 19º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce los derechos del niño a las medidas de protección a cargo del Estado que su condición de menor le requieren.

La detención, entonces, no solo tiene un fin legítimo constitucional (el aseguramiento personal y la satisfacción de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes migrantes), sino que también permite la satisfacción y el cumplimiento de obligaciones y deberes de carácter regional e internacional, suscritos y ratificados por el Estado mexicano; además de que es objetivamente idónea al permitir prestar el cuidado y las atenciones vitales mediante el acotamiento de la libertad deambulatoria.

En conclusión, la detención será una medida idónea siempre y cuando se realice en apego a los estándares constitucionales y convencionales:

LIBERTAD PERSONAL. LA AFECTACIÓN A ESE DERECHO HUMANO ÚNICAMENTE PUEDE EFECTUARSE BAJO LAS DELIMITACIONES EXCEPCIONALES DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL. La libertad personal se reconoce y protege como derecho humano de primer rango tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 1o., 14 y 16), como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 7); de ahí que su tutela debe ser la más amplia posible, conforme a la fuente jurídica que mejor la garantice y *sólo puede limitarse bajo determinados supuestos de excepcionalidad, en concordancia con los sistemas constitucional y convencional*, es decir, a partir del estricto cumplimiento de *requisitos y garantías de forma mínima a favor de la persona*; de lo contrario, se estará ante una detención o privación de la libertad personal prohibida tanto a nivel nacional como internacional¹⁸².

3.2 Necesidad

Otra inquietud que surge es sobre si la detención es la única medida disponible para proteger y garantizar la seguridad e integridad personales y satisfacer las

¹⁸² Tesis: 1a. CXCIX/2014, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VI, mayo de 2014, Pág. 547.

necesidades básicas de alimentación y nutrición, habitación, vestido, atención médica y psicológica y recreación.

En México, la legislación en la materia contempla distintas alternativas a la detención para el caso de personas adultas en situación de movilidad¹⁸³:

- Custodia y garantía sujetas a otras condiciones, como control periódico de firmas o permanencia en determinada zona geográfica o lugar específico.
- Liberación condicionada (regularización por vínculo familiar con mexicano, vencimiento de plazo de detención en supuestos establecidos u otro).
- Liberación condicionada (regularización por razones humanitarias).
- Liberación con estancia temporal (solicitantes de asilo).

Tratándose de menores no acompañados, la alternativa se reduce a una: la canalización de manera inmediata de la niña, niño o adolescente migrante no acompañado al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, a los Sistemas Estatales DIF o de la Ciudad de México.

Sorpresivamente para la Coalición Internacional contra la Detención, tal medida de intervención sigue siendo perfectible por la afectación que se da a la libertad de las y los menores:

Estas canalizaciones suelen producir cierto nivel de institucionalización de la infancia y adolescencia en albergues a cargo de las autoridades en materia de infancia y, por lo general, tienen lugar en condiciones privativas de la libertad. Esto último ocurre ya sea a consecuencia de su 'institucionalización' por la autoridad de niñez, por la coordinación que se establece con la dependencia migratoria que refuerza la idea de la restricción a su libertad personal y de movimiento o simplemente porque, como pasa en México, la intervención de la autoridad en materia de infancia se limita a proveer de atención y cuidado, pero

¹⁸³ International Detention Coalition, *Informe regional: Detención...*, cit., p. 49.

el INM mantiene una medida de detención migratoria sobre ellos aunque se encuentren en albergues de las instituciones de infancia. De tal suerte que sin importar el lugar, los niños, niñas y adolescentes siguen privados de su libertad¹⁸⁴.

A nivel internacional, algunos ejemplos de alternativas a la detención son:

En Costa Rica... [los] menores de edad serán puestos a disposición del Patronato Nacional de la Infancia, con el objeto de investigar su situación migratoria.

De manera similar, la no detención de la infancia migrante se contempla en Panamá [y] República Dominicana. En Canadá, se establece que la detención de un niño, niña o adolescentes debe ser utilizada de manera excepcional y como medida de último recurso y, adicionalmente, se prohíbe por ley utilizar la detención como una medida de protección para niños, niñas y adolescentes. Esto es relevante como medida preventiva porque muchas veces las autoridades migratorias o de infancia justifican la detención de la infancia como una medida de protección a su integridad y seguridad física o emocional¹⁸⁵.

Argentina y Estados Unidos son los países con las mejores prácticas sobre no detención y protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes, según estudios de la Coalición Internacional contra la Detención:

[Han] adoptado medidas alternativas que no están basadas en la institucionalización de los niños, niñas y adolescentes y están acompañadas de modelos de gestión comunitaria y protección a derechos esenciales como la unidad familiar¹⁸⁶.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 57.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 56.

¹⁸⁶ *Ídem*.

Para esta organización no gubernamental la alternativa idónea y correcta, atendiendo a los estándares internacionales, es aquella que no condiciona ni impone ninguna restricción a la libertad personal o de movimiento.

Como ya se estableció en reiteradas ocasiones, en 2016 la autoridad migratoria presentó a 40 114 menores, mismos que debían ser atendidos en sus necesidades vitales. Así, la integración de los NNA migrantes en las comunidades parece compleja por el elevado número de personas que requieren de la inserción.

De igual forma, se estima que las labores de control y vigilancia exceden por mucho la capacidad institucional del Estado mexicano, quien, aún con el apoyo de las OSC del país, es el principal responsable de velar por la seguridad de esos niños. Así, con frecuencia, servidores públicos tendrían que dar seguimiento e incluso realizar visitas para verificar las condiciones en las que se encuentran los niños, niñas y adolescentes.

¿Cuántas organizaciones de la sociedad civil se requieren para brindar una adecuada atención a más de 40 mil NNA en contexto de migración? Cada uno con necesidades específicas y una historia propia de vida. ¿Cuánto personal a cargo del Estado se necesita para inspeccionar la inserción y el desenvolvimiento de más de 40 mil infantes en las distintas comunidades a lo largo y ancho de todo el territorio nacional?

Por otra parte, si es técnica y materialmente inviable dar cabida a 40 mil niños, pero sí es posible dárselo a unos cuantos, se debe determinar cuáles serían los criterios de elegibilidad para acceder a dichas medidas sin que se presenten casos de discriminación, pues todos los candidatos son personas que poseen las categorías de vulnerabilidad al ser menores migrantes irregulares no acompañados.

Si bien las alternativas sobre los modelos de gestión comunitaria resultan, en algunos casos, gradualmente menos lesivas que la detención al restringir mínimamente la libertad de movimiento, estos modelos de gestión están diseñados para las migraciones de destino, en donde las personas deben comenzar a generar arraigos y vínculos con la sociedad en la que se pretenden establecer.

Para los movimientos transitorios, estos mecanismos no resultan procedentes, puesto que la estancia en el país es temporal en tanto se resuelve la condición migratoria de las y los niños y adolescentes, quienes tienen como meta la reunificación familiar en los Estados Unidos.

Asimismo, se reitera que la obligación y los deberes de garantía y protección, en este contexto, corren a cargo del Estado, no de la sociedad civil ni de los particulares. En el país se registran casos atroces como el albergue “Casitas del Sur”, en donde fue destapada una red de tráfico de menores en el año 2008. Esta asociación civil estaba a cargo del pastor cristiano Alonso Emmanuel Cuevas Castañeda¹⁸⁷; para 2014 aún permanecían desaparecidos 14 niños.

Otro ejemplo es el del orfanato “La Gran Familia”, a cargo de Rosa del Carmen Verduzco Verduzco, quien fuera denunciada penalmente en 2014 por delitos diversos como secuestro, maltrato infantil, abusos sexuales, trata de personas y delincuencia organizada¹⁸⁸.

Más recientemente se encuentra el caso de la “Comisión Unid@s vs Trata AC”, presidida por la ex diputada federal del Partido Acción Nacional, Rosa María de la Garza Ramírez, quien ha sido señalada por actos de corrupción, extorsión y

¹⁸⁷ Milenio, *El caso “Casitas del Sur”*, México, 2014; disponible en: <https://urlzs.com/cAQJJ>, consultado el 7 de junio de 2019.

¹⁸⁸ Siscar, Majo, “Mamá Rosa, entre dos historias”, *Animal Político*, México, 2014; disponible en: <https://urlzs.com/WLLck>, consultado el 14 de junio de 2019.

explotación, así como por haber obtenido beneficios personales a través de sus relaciones políticas¹⁸⁹.

Lo anterior, aunque no es un muestreo con representatividad, pone de manifiesto que existen organizaciones de la sociedad civil que no están exentas de malas prácticas y ponen en riesgo la integridad de los menores bajo su resguardo. Cuando esto acontece, es el Estado el que debe intervenir para dar atención y contención a los infantes violentados en su esfera jurídica.

Finalmente, el activismo y la labor de las ONG y/u OSC dependen, en gran medida, de diversos apoyos y donativos. Su trabajo está supeditado a fondos variables que no siempre son estables; esto genera incertidumbre al momento de proporcionar asistencia, ya que es imposible establecer con certeza el número de casos que puedan atender. No así el Estado, quien tiene la capacidad presupuestal para cumplir con sus obligaciones.

La gestión comunitaria, entonces, resulta improcedente por tres aspectos: 1. Aunque la medida privilegie la libertad de tránsito, esta no garantiza la seguridad e integridad personales; 2. No hay elementos suficientes que den certeza de que se pueda dar atención plena al volumen de niños que anualmente transita por México; y 3. Falta de recursos materiales, técnicos y de presupuesto para dar atención a las elevadas cifras de menores.

En relación a la política de unidad familiar, se aprecia que es una medida adecuada, ya que los deberes de cuidado y protección corren a cargo de la institución de la familia, principal sujeto obligado en relación con las necesidades de las y los menores.; sin embargo, resulta inoperante en el esquema actual de la política migratoria mexicana. La detención de personas adultas migrantes es la regla; motivo por el cual el

¹⁸⁹ Flores, Efrén, “El Gobierno federal retira a Rosi Orozco un departamento de lujo que pertenecía a los mexicanos”, *Sin Embargo*, México, 2019; disponible en: <https://bit.ly/2M27BiS>, consultado el 13 de junio de 2019.

niño, la niña o el adolescente permanecerá privado de la libertad, únicamente con el beneficio de estar en el seno familiar. Así pues, esta alternativa sería propicia únicamente en condiciones donde la familia o la persona a cargo del menor no este privada de su libertad.

Además, el grueso poblacional se trata de NNA en contexto de movilidad no acompañada, los cuales emigran de sus países de origen en condiciones de vulnerabilidad extrema. Huyen en la precariedad con el propósito de reunificarse con sus familias en los Estados Unidos. En otras palabras, en el mayor número de casos, los parientes de las y los menores residen ya en Estados Unidos, motivo por el cual es un porcentaje mínimo el que puede beneficiarse de dicha alternativa, al tratarse de niños, niñas y adolescentes que viajan sin la compañía de su familia o persona a cargo de su cuidado.

Es entonces la unidad familiar una medida que no atiende el problema en cuestión, puesto que se trata de una alternativa dirigida a la migración de niñas, niños y adolescentes acompañados.

El informe preliminar *del Programa piloto de cuidado y acogida alternativa de NNA migrantes no acompañados en México* detalla que, a través de un proyecto en conjunto realizado con la sociedad civil, el INM y la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, se pudo liberar a 20 niños, niñas y adolescentes de un centro de detención para enviarlos a uno de los dos programas de cuidado alternativo de puertas abiertas, cuyos modelos comunitarios garantizaron la libertad de movimiento, la comunicación con la familia y el acceso a educación y atención médica¹⁹⁰.

Respecto a las limitaciones y/o intervenciones a la libertad personal, el programa no está exento:

¹⁹⁰ Instituto Nacional de Migración, et.al., *Descripción del Programa Piloto de cuidado y acogida alternativa de NNA migrantes no acompañados en México*, México, 2016; disponible en: <https://urlzs.com/VxJZ5>, consultado el 6 de junio de 2019.

En Aldeas Infantiles los niños requieren la autorización para salir de la Villa solos. Principalmente, las actividades exteriores se realizan en grupo con otros niños y/o en compañía de su cuidador/a.

En el caso de Casa Alianza existen más restricciones a actividades exteriores. Durante los primeros días los NNA no puede desarrollar actividades fuera de la casa. Más adelante, durante la evaluación, realizan actividades externas en grupos de tipo recreativo, social, y terapéutico. No se autorizan actividades individuales externas hasta que su situación migratoria sea resuelta¹⁹¹.

Asimismo, contiene un protocolo a seguir en caso de salidas no autorizadas o abandono del programa por parte de los niños, niñas y adolescentes migrantes. (Anexo 10)

En un principio, pareciera que en el programa piloto la libertad personal posee menos restricciones. No obstante, se aprecia que en uno de los albergues los NNA no pueden desarrollar actividades fuera de la casa, mientras que en la otra institución participe, estas deben efectuarse bajo la supervisión de la persona encargada para su cuidado; es decir, también hay límites para el ejercicio de la libertad deambulatoria.

El proyecto, además, no garantiza la seguridad de las y los menores, ya que contempla un protocolo para el caso de que alguno de ellos salga sin permiso o abandone la institución. ¿Vale asumir los riesgos que ello conlleva a cambio de una mayor libertad personal?

En el contexto actual del país, y bajo las circunstancias por las que transitan los miles de menores, se estima que la seguridad personal debe estar por encima de la libertad de tránsito. Aunque la organización Internacional contra la Detención recalque que la alternativa ideal es aquella que no condiciona ni impone restricciones a la libertad personal o de movimiento, en México tal afirmación resulta evidentemente improcedente e, incluso, utópica.

¹⁹¹ Ibídem, p. 8.

Se considera que, si las necesidades de cada uno de esos menores son cubiertas por el Estado, estos pueden ver disminuido su derecho a la libertad personal temporalmente, ya que esta no es indispensable para su pleno desarrollo. No así con los derechos vitales de alimentación, salud, vivienda y protección, que solo podrán ser satisfechos al interferir en la libertad deambulatoria.

Por lo anterior, las alternativas a la detención, como son la gestión comunitaria, el derecho a la unidad familiar y los centros a puertas abiertas, son opciones no idóneas, ya que no logran dar cumplimiento a los fines establecidos de garantía y protección a la seguridad e integridad personales y de los derechos básicos de alimentación, vivienda, salud, educación y esparcimiento, indispensables para el desenvolvimiento integral de las y los menores migrantes.

La gestión comunitaria y los centros de acogida a puertas abiertas privilegian la libertad deambulatoria y garantizan parcialmente algunos derechos, pero dejan de lado la seguridad e integridad personales; es decir, no logran satisfacer el fin constitucional.

Aun considerando que fueran medidas igualmente idóneas a la detención (por cuanto hace al espectro de protección que satisfacen), tanto la gestión comunitaria como el derecho a la unidad familiar son políticas orientadas a dar atención a los flujos de destino y a la migración infantil acompañada, respectivamente. Por ende, no logran resolver con eficacia las dificultades que se presentan en los contextos de niñas, niños y adolescentes no acompañados en situación de movilidad; su diseño e implementación poseen otra naturaleza.

A su vez, las alternativas de los centros de acogida a puertas abiertas no cuentan con la capacidad de operación necesarias para prestar atención a la gran cantidad de NNA migrantes no acompañados en tránsito por México.

En conclusión, la detención, como se ha venido esbozando, es la alternativa que dota de mayor protección por sobre otras medidas. Es la única opción, además, que ampara a la integridad y la seguridad personales, al tiempo que permite dar cumplimiento con los derechos de salud, alimentación, vestido, vivienda, esparcimiento y educación. Si bien la medida interfiere con la libertad deambulatoria, esta intervención es mínima si se considera la edad de las y los menores migrantes, su condición potencial y permanente de vulnerabilidad, así como el contexto socio-cultural en México, en donde la infancia ve constantemente limitada su libertad personal por su pertenencia a una familia o grupo.

En contraste, las alternativas a la detención tampoco se eximen de limitar la libertad deambulatoria y solo brindan protección parcial a las y los menores. En otras palabras, son medidas que interfieren en la libertad personal sin lograr proporcionar una adecuada satisfacción a las necesidades básicas de este sector.

Por tanto, la detención es una medida idónea y necesaria para garantizar los fines constitucionales e internacionales en comparación con otras alternativas, al dotar de una mayor cobertura en los derechos que les asisten a las y los niños y adolescentes, a través de una intervención que no es mucho más restrictiva que las demás.

3.3 Ponderación

Examinados los subprincipios de idoneidad y necesidad, corresponde ahora el turno del tercer criterio: la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

Este subprincipio establece que:

La importancia de los fines perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del

derecho que es objeto de la intervención. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para su titular y para la sociedad en general. La ponderación implica, entonces, llevar una comparación entre [...] la realización del fin que persigue la medida y el de la intervención en el derecho fundamental¹⁹².

Entonces, ¿la satisfacción de los derechos y la protección y resguardo de la integridad y seguridad personales de las y los menores migrantes no acompañados compensan la intervención en la libertad deambulatoria? Dicho de otra forma, ¿la medida limitadora [detención] se ve compensada en comparación con los beneficios que se obtienen mediante su aplicación [derechos de alimentación, vestido, atención médica, alojamiento, seguridad e integridad]?

El ejercicio pleno de la libertad personal se consigue a través de un proceso gradual y paulatino, íntimamente relacionado con la madurez física y psicológica de las personas. Así, en un esquema consuetudinario general de protección y primacía a la infancia, se reconoce que, de manera progresiva, se irá dotando a las y los menores de mayores posibilidades en el espectro de la libertad deambulatoria para su goce y disfrute.

De esta manera, aunque se reconoce que toda persona tiene libertad de movimiento, nadie objeta que durante los primeros años de vida de cualquier ser humano este derecho esté en un estado latente, ya sea porque la persona no es capaz de ejercerlo por sí mismo o porque no se considera como un derecho vital para su desarrollo.

Con el paso de los años, la persona va adquiriendo herramientas que le permiten tener una mayor movilidad deambulatoria; sin embargo, esta será acotada en mayor o

¹⁹² Bernal Pulido, Carlos, Proporcionalidad, Diccionario de Derechos Humanos, Alcalá, Universidad de Alcalá-AECID, 2011, pp. 1-2.

menor grado de acuerdo a los usos y costumbres de cada sociedad. Las limitaciones en la libertad se efectúan con el propósito de cumplir con las obligaciones y los deberes a cargo de la familia en relación con el menor, así como para resguardar su integridad.

La acotación a la libertad de las y los menores se ve manifiesta a través de distintas conductas, como son: el establecimiento de horarios para las salidas de las y los menores, la restricción en los lugares donde estos pueden permanecer, la fijación de límites en los trayectos y las distancias que pueden llegar a recorrer, el acompañamiento por parte de un adulto a determinados sitios, y la imposición de castigos que afectan directamente a la libertad de tránsito, entre otros.

El objetivo de estas medidas es el de proteger a las niñas, los niños y los adolescentes de los peligros diversos a los que potencialmente se encuentran expuestos por su condición. Paradójicamente, existen riesgos que incluso para una persona adulta son imposibles de repeler.

En este sentido, se estima que tales medidas no son *per se* una limitación o restricción a la libertad personal, más bien se considera que las y los menores no cuentan con el alcance o la amplitud de la que goza una persona adulta al ser un derecho gradual; para ello, deben transitar por un camino de varios años.

Lo anterior expone *grosso modo* el contexto en el que se desarrolla la niñez mexicana en relación con la libertad personal, mismo que no se cuestiona al estar arraigado al sistema cultural del país. Nadie se opone o crítica que un recién nacido permanezca en casa, que una niña de 4 años sea llevada a la escuela por un adulto, que a un adolescente de 12 años se le prohíba deambular solo a altas horas de la madrugada, o que a una adolescente de 14 años se le impida conducir un vehículo; solo por citar algunos ejemplos.

Tampoco se plantea siquiera que se les esté acotando o negando su libertad personal, al grado de creer que estén siendo detenidos por sus padres o tutores en sus hogares. Por el contrario, se entiende que no poseen el grado de madurez necesario para realizar dichas conductas por sí solos.

Ante este escenario, ¿qué tipo de protección se le debe proporcionar a una niña, niño o adolescente en situación de movilidad no acompañada? La respuesta es: la misma. En cuanto a la libertad de movimiento, la permisibilidad en el tránsito debe ser similar a la de un nacional e, incluso en algunos casos, mayor.

Los NNA migrantes no acompañados, al encontrarse en una triple situación de vulnerabilidad, requieren de atenciones y cuidados especiales, así como la satisfacción de derechos vitales para su desarrollo, como la alimentación, el vestido, la atención médica y el alojamiento, principalmente.

Estos derechos solo podrán ser garantizados si se sostiene que no pueden ser cubiertos por los propios niños y que, por tanto, le corresponde al Estado proporcionarlos.

En este tenor, para que el Estado pueda cumplir con sus obligaciones y deberes, tiene que fungir como una especie de tutor para cada NNA migrante y concebir que el nivel o grado de madurez y el contexto delicado en el que se encuentran le requieren intervenir a la libertad personal en aras de privilegiar los derechos señalados con antelación. Asimismo, la implementación de la medida limitadora traerá aparejada, como consecuencia, la garantía en la seguridad e integridad personales de las y los niños.

La interferencia en la libertad deambulatoria no se percibe como gravosa, sino como una medida forzosa a implementar como lo son las que efectúan los padres o tutores a cargo de los NNA.

Ante la detención, en contraste, se encuentran la satisfacción de múltiples derechos, necesarios para el desarrollo de las y los menores, y la garantía de protección a la seguridad e integridad.

Por lo anterior, se vislumbra un notorio equilibrio entre los beneficios que se consiguen a través de la medida limitadora y los perjuicios que se ocasionan al intervenir en el ejercicio de la libertad.

Todos los derechos obtenidos y el resguardo y la protección a la integridad y seguridad personales son vitales; es decir, se traducen en elementos imprescindibles para la vida de las niñas, los niños y los adolescentes. En contraposición, la libertad de tránsito de las y los menores no es absoluta; puede y está sujeta a limitaciones, además de ser un derecho gradual no fundamental para la subsistencia de los migrantes, más aún si es una medida de carácter temporal.

Primar la libertad por encima de los demás derechos resulta desproporcional, en el sentido de que se dejan de lado derechos como la seguridad e integridad personales, lo que expone a las y los menores a múltiples peligros con consecuencias devastadoras.

Las niñas, los niños y los adolescentes migrantes no acompañados requieren de la libertad para llegar a la frontera norte, no como una herramienta para su desempeño físico, psicológico y/o emocional.

En consecuencia, la detención es proporcional, en sentido estricto, al dar satisfacción a un mayor número de derechos mediante una intervención mínima a la libertad personal.

La detención, en términos generales, es una medida idónea, necesaria y proporcional para los fines pretendidos por entre otras alternativas.

Conclusiones

En la actualidad, la dinámica migratoria tiene orígenes múltiples, sin embargo, en gran cantidad de casos se da como resultado de los contextos de desigualdad y de privación en el goce y el ejercicio de los derechos fundamentales; es decir, las personas se ven obligadas a salir de sus países debido al debilitamiento estructural que les impide su pleno desarrollo.

Lamentablemente este panorama no exime a la infancia. Se tienen datos ciertos sobre la situación en la que se encuentran en sus países de origen, expuestos a peligros diversos y vulnerados sistemáticamente en sus derechos humanos. De esta manera, las y los niños se encuentran en la necesidad de desplazarse.

Los menores, al verse forzados a migrar, emigran sin papeles, lo que propicia que ingresen a los países de destino o tránsito en condiciones de desventaja. En esta realidad, los menores buscan rutas en su trayecto para evitar ser detenidos; estas alternativas también los exponen a amenazas. El caso analizado evidencia esta realidad en el continente americano, especialmente el de la migración infantil centroamericana en tránsito por México.

Como se expuso, la República Mexicana, por su ubicación geográfica, es un país que presenta flujos migratorios como Estado de origen, tránsito, destino y retorno, lo que dificulta la creación e implementación de políticas integrales a largo plazo.

El Estado mexicano en su conjunto, a través de los tres Poderes de la Unión, encamina esfuerzos en cuanto al reconocimiento y la protección de los derechos humanos. Esto mediante reformas legislativas, en el fortalecimiento institucional de la Administración Pública Federal y con la adopción de posturas garantistas en la impartición de justicia.

Asimismo, México es un país que ha suscrito y ratificado todos los tratados internacionales de derechos humanos; a nivel regional reconoce la competencia del Sistema Interamericano, la Comisión y la CoIDH.

México es consciente de las obligaciones internacionales que le devienen de la ratificación de los tratados internacionales y, por ello, emplea la estructura interna del Estado para satisfacer dichas prerrogativas. Lamentablemente, este compromiso queda en el papel y no se ve reflejado en la mejora e implementación de prácticas acordes al ordenamiento vigente en la materia.

Cabe señalar que el tratamiento de la migración, además, cuenta con matices políticos por un lado y de derecho por otro, de tal manera que México se encuentra en una situación compleja para dar respuesta a la problemática que se vive. La vecindad inmediata con EUA obliga a que la política migratoria se encamine a la securitización fronteriza; muestra de ello es la Ley de Migración, que se enmarca en un enfoque de seguridad nacional, mientras que la cercanía con los países del triángulo centroamericano del norte le exigen una respuesta con perspectiva desde la seguridad humana.

Por lo anterior se considera que, aunque no existan elementos que justifiquen que en México la migración es una amenaza para la seguridad nacional, esta puede permanecer inserta bajo ese supuesto sin que ello someta a los derechos humanos de las personas migrantes.

La seguridad nacional no puede ni debe estar en conflicto con los derechos humanos. Los principios internacionales son claros y permiten la compaginación entre estos conceptos; por ende, la política migratoria, sea cual sea su perspectiva, debe tener como principio rector el de los derechos humanos.

La encrucijada deviene en encontrar el equilibrio entre ambas perspectivas para regular el ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional sin perder la potestad soberana. Es por ello que, para la atención y la respuesta al fenómeno migratorio, se requiere de la participación y la colaboración de todos los sujetos involucrados: los países, la sociedad civil y, prioritariamente, las personas migrantes.

La tarea de México no es sencilla, se dificulta por su propia dinámica; sin embargo, no puede dejar desapercibida la existencia de un problema de índole humanitaria que requiere de su intervención efectiva.

De esta forma, la atención que México proporcione a la niñez migrante siempre tendrá que garantizar y observar el respeto de sus derechos. Por ello se analizó la política migratoria del Estado mexicano desde la óptica del principio de proporcionalidad, específicamente lo concerniente a la detención y las garantías del debido proceso. La proporcionalidad es un método que permite fundamentar racionalmente las intervenciones que se efectúan a los principios o derechos de rango constitucional.

Así se encontró que, a nivel legislativo, el ordenamiento jurídico es parcialmente acorde a los derechos humanos. No obstante, las dificultades devienen en el momento de implementar los mecanismos de actuación. La figura de la detención, cuestionada por organismos nacionales e internacionales, así como por las distintas organizaciones civiles, es una medida que se aplica como regla en todos los casos donde participa la infancia migrante no acompañada.

Si bien la opinión sobre dicha figura es contraria al Derecho Internacional, incluso para el caso de adultos migrantes, la proporcionalidad permitió esbozar que, con ciertos matices, es una medida idónea, necesaria, proporcional y adecuada para la realidad mexicana.

El Estado es responsable de la integridad de todas las personas dentro de su territorio, independientemente de su estatus migratorio. Ante casos de niños no acompañados, es deber del Estado asegurarlos a fin de determinar sus necesidades iniciales de atención. Este aseguramiento tiene que apegarse a estricto derecho y considerar que el propósito es proteger al niño, niña o adolescente y no entenderse como una medida de apremio.

La custodia, como garantía de protección de la esfera jurídica de los menores, le corresponde al Estado, no a la sociedad civil o a las organizaciones no gubernamentales. Es el Estado el encargado de velar por la niñez y sus derechos, en coordinación con otros agentes, pero la responsabilidad fundamental le compete a Él.

La sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales son fundamentales en la consolidación de los Estados democráticos de Derecho. Su participación es vital en la implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas; es necesario contar con su apoyo para el éxito de cualquier medida implementada por el Estado en materia migratoria. Se considera que su labor debe enfocarse en la asesoría y representación legal, así como continuar con las actividades de investigación, divulgación y promoción de información e insumos de carácter estadístico.

Propuesta

Como primer punto, la Ley de Migración se debe reformar para eliminar la posibilidad de la detención de menores en estancias y/o estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración; pero no debe modificarse la inmediata canalización a los SNDIF, de los estados y/o de la Ciudad de México, para la custodia y resguardo de este grupo.

La detención o intercepción de las y los menores se debe llevar a cabo por agentes del Estado que no tengan como atribución la seguridad nacional, estatal o pública; debe efectuarse por personal sensible, capacitado, especializado y con experiencia suficiente en el tratamiento de NNA. Por tanto, la figura de los Oficiales de Protección a la Infancia tiene que integrarse en los Sistemas Nacionales DIF, para que estos sean los encargados del primer contacto con las y los menores, sin tener una doble atribución como agentes de migración y de protección a la infancia.

Es indispensable, además, que se capacite a un mayor número de personas para que funjan como OPI, ya que actualmente el número no es suficiente para dar atención a todos los niños que ingresan al país.

Asimismo, el INM, al ser una instancia de seguridad nacional, tiene una naturaleza incompatible con la seguridad humana. De tal forma que, para el caso de niñas, niños y adolescentes, es fundamental que sea la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, en coadyuvancia con los Sistemas DIF, la encargada de brindar ayuda, asistencia y protección a los menores migrantes no acompañados.

En los albergues DIF, las y los menores verán cubiertas sus necesidades básicas y estarán protegidos en sus derechos fundamentales; sin embargo, verán limitada su libertad de circulación. Por ende, este aseguramiento tiene que efectuarse

en plena y total observancia de las garantías del debido proceso, así como atender a lo dispuesto por el artículo 109 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Es fundamental, además, que las prácticas y las estructuras que simulan prisiones sean erradicadas por completo.

La medida de resguardo de las y los menores debe darse en espacios que permitan su sano y libre desarrollo, por un tiempo breve y tomando en consideración los rangos de edad y el interés superior de cada caso en particular. También deben observarse en todo momento las garantías del debido proceso.

La sociedad civil puede participar en la tutela y representación de las y los menores, mientras que la custodia la deberá ejercer el Estado a través de dichos albergues.

En este sentido, se debe reformular la partida presupuestal que le corresponde al INM para que lo correspondiente al rubro de la atención de menores migrantes se le adjudique a los centros DIF y sean estos quienes gestionen el gasto para la ayuda, asistencia y protección de este sector, de tal suerte que estas instituciones no podrán negar recibir y prestar sus servicios a los casos que se les presenten.

En los casos que resulten procedentes, la unidad familiar deberá primarse por encima de cualquier otra alternativa.

También, es necesario que exista un compromiso por parte de las dependencias encargadas de prestar apoyo a la infancia migrante para que su labor se conduzca en atención a los principios de transparencia y acceso a la información, notoriamente viciados en el Instituto Nacional de Migración por su naturaleza como instancia de seguridad nacional.

Finalmente, se reconoce que la presente propuesta es una medida que resuelve solo de manera parcial el problema, pero no ofrece una solución de raíz; esta solo será posible si se atienden las causas que propician los flujos humanos y se hacen políticas de carácter regional.

Anexos

ANEXO 1: Ejemplo de contraste entre el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 y las acciones implementadas por el Gobierno Federal en el primer semestre de 2019.

Objetivo 1.7 Implementar una política migratoria integral apegada a los derechos humanos, reconociendo la contribución de las personas migrantes al desarrollo de los países.

El Gobierno de México implementará una política migratoria integral que suponga, en primera instancia, la reducción de las causas estructurales, económicas, políticas y sociales que motivan la migración, tanto al interior de nuestro país como en los países mediante la programas internacionales para el desarrollo. Asimismo, México mejorará las condiciones para procesar las solicitudes de refugio. Se buscará que la migración sea un acto voluntario, no uno forzado por la carencia, la inseguridad o la falta de perspectivas.

- La Jornada, “Confirma AMLO envío de Guardia Nacional a frontera sur”, México, 7 de junio de 2019; disponible en: <https://urlzs.com/LD2yh>.
- La Jornada, “Enviar la Guardia Nacional a la frontera sur, un riesgo: CNDH”, México, 11 de junio de 2019; disponible en: <https://urlzs.com/mDFW7>.
- Milenio, “Guardia Nacional será muro en la frontera sur, dice Muñoz Ledo”. México, 13 de junio de 2019; disponible en: <https://urlzs.com/uqT9m>.
- El Universal, “Guardia Nacional, para contener migrantes en frontera, dice la CNDH”, México, 13 de junio de 2019; disponible en: <https://urlzs.com/tdzF7>.
- Aristegui Noticias, “Andrea González Cornejo, explicó que la migración actual ya no se trata solamente de caravanas y agregó que la militarización de la frontera entre México y Guatemala no frenará el flujo de personas que se dirigen hacia Estados Unidos”, México, 13 de junio de 2019; disponible en: <https://urlzs.com/b8Ep7>.

- Sin Embargo, “López Obrador dice que, si se requiere, se hará mexicanos a niños migrantes de Centroamérica”, México, 14 de junio de 2019; disponible en: <http://bit.do/eU6zH>.

ANEXO 2: Derechos reconocidos en la CPEUM relativos a la libertad, al debido proceso y a la detención administrativa.

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

Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo. El reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político se realizarán de conformidad con los tratados internacionales. La Ley regulará sus procedencias y excepciones.

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Artículo 16. *Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.* En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

...

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Artículo 21. ...

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

ANEXO 3: Artículo 112, Ley de Migración.

Artículo 112. Cuando alguna niña, niño o adolescente migrante no acompañado, sea puesto a disposición del Instituto quedará bajo la responsabilidad y se deberá garantizar el respeto a sus derechos humanos, sujetándose particularmente a lo siguiente:

- I. El Instituto procederá a canalizar de manera inmediata a la niña, niño o adolescente migrante no acompañado al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, a los Sistemas Estatales DIF y de la Ciudad de México, con objeto de privilegiar su estancia en lugares donde se les proporcione la atención adecuada, mientras se resuelve su situación migratoria y dará aviso al consulado de su país.

Quando por alguna circunstancia excepcional las niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados lleguen a ser alojados en una estación migratoria, en tanto se les traslada a las instalaciones del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, a los Sistemas Estatales DIF y de la Ciudad de México, deberá asignárseles en dicha estación un espacio específico para su estadía distinto al del alojamiento de los adultos. La autoridad deberá respetar en todo momento los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados previstos en el presente ordenamiento y la legislación aplicables, dándose aviso inmediato a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a las comisiones estatales de derechos humanos, así como al Comité Estatal del Sistema Nacional de Seguimiento y Vigilancia de la Aplicación de los Derechos del Niño en la entidad que corresponda, a efecto de que coadyuven en la garantía y protección de sus derechos.

- II. Se le informará a la niña, niño y adolescente del motivo de su presentación, de sus derechos dentro del procedimiento migratorio, de los servicios a que tiene acceso y se le pondrá en contacto con el consulado de su país, salvo que a juicio del Instituto o a solicitud del niño, niña o adolescente pudiera acceder al asilo

político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular;

- III. Se notificará al consulado del país de nacionalidad o residencia del niño, niña o adolescente, la ubicación de las instalaciones del Sistema Nacional o Sistemas Estatales para el Desarrollo Integral de la Familia o estación migratoria a la cual se le canalizó y las condiciones en las que se encuentre, salvo que a juicio del Instituto o a solicitud del niño, niña o adolescente pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular;
- IV. Personal del Instituto, especializado en la protección de la infancia, capacitado en los derechos de niñas, niños y adolescentes, entrevistará al niño, niña o adolescente con el objeto de conocer su identidad, su país de nacionalidad o residencia, su situación migratoria, el paradero de sus familiares y sus necesidades particulares de protección, de atención médica y psicológica.

Un representante de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá estar presente en estas entrevistas, sin perjuicio de las facultades que le corresponden al representante legal o persona de confianza del niño, niña o adolescente;

- V. En coordinación con el consulado del país de nacionalidad o residencia del niño, niña o adolescente o de la institución de asistencia del niño, niña o adolescente del país de que se trate se procederá a la búsqueda de sus familiares adultos, salvo a juicio del Instituto o a solicitud del niño, niña o adolescente pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular.

En el caso de que el niño, niña o adolescente se ubique en los supuestos establecidos en los artículos 132, 133 y 134 de esta Ley, tendrá derecho a la regularización de su situación migratoria, y

- VI. Una vez resuelta la situación migratoria del niño, niña o adolescente y en caso de resolverse la conveniencia de su retorno asistido se notificará de esta situación al

consulado correspondiente, con tiempo suficiente para la recepción del niño, niña o adolescente en su país de nacionalidad o residencia.

El retorno asistido de la niña, niño o adolescente migrante a su país de nacionalidad o residencia se realizará atendiendo al interés superior de la niña, niño y adolescente y su situación de vulnerabilidad, con pleno respeto a sus derechos humanos y con la intervención de la autoridad competente del país de nacionalidad o residencia.

Tratándose de niña, niño o adolescente migrante nacional no acompañado, corresponderá al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, garantizar el eficaz retorno asistido del menor con sus familiares adultos, atendándose en todo momento el interés superior de la niña, niño y adolescente y su situación de vulnerabilidad, en coordinación y coadyuvancia con los Sistemas Estatales DIF y de la Ciudad de México que corresponda, considerando las causas de su migración: reunificación familiar, en busca de empleo, violencia intrafamiliar, violencia e inseguridad social, entre otras.

ANEXO 4: Cotejo entre la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley de Migración sobre la atención de la niñez migrante no acompañada.

<p>LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES</p>	<p>LEY DE MIGRACIÓN</p>
<p>Artículo 89. El presente Capítulo se refiere a las medidas especiales de protección que las autoridades deberán adoptar para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, acompañados, no acompañados, separados, nacionales, extranjeros y repatriados en el contexto de movilidad humana.</p> <p>Las autoridades de todos los órdenes de gobierno deberán proporcionar, de conformidad con sus competencias, los servicios correspondientes a niñas, niños y adolescentes en situación de migración, independientemente de su nacionalidad o su situación migratoria.</p> <p>En tanto el Instituto Nacional de Migración determine la condición migratoria de la niña, niño o adolescente, el Sistema Nacional DIF o sistema de las entidades, según corresponda, deberá brindar la protección que prevé esta Ley y demás</p>	<p>Artículo 11. En cualquier caso, independientemente de su situación migratoria, los migrantes tendrán derecho a la procuración e impartición de justicia, respetando en todo momento el derecho al debido proceso, así como a presentar quejas en materia de derechos humanos, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución y demás leyes aplicables.</p> <p>En los procedimientos aplicables a niñas, niños y adolescentes migrantes, se tendrá en cuenta su edad y se privilegiará el interés superior de los mismos.</p> <p>Artículo 29. Corresponde al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, a los Sistemas Estatales DIF y al de la Ciudad de México:</p> <p>I. Proporcionar asistencia social para la atención de niñas, niños y adolescentes migrantes no</p>

<p>disposiciones aplicables.</p> <p>El principio del interés superior de la niñez será una consideración primordial que se tomará en cuenta durante el procedimiento administrativo migratorio al que estén sujetos niñas, niños y adolescentes migrantes, en el que se estimarán las posibles repercusiones de la decisión que se tome en cada caso.</p> <p>Artículo 90. Las autoridades competentes deberán observar los procedimientos de atención y protección especial de derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, previstos en la Ley de Migración, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables, debiendo observar en todo momento el principio del interés superior de la niñez y los estándares internacionales en la materia.</p> <p>Artículo 91. Las autoridades competentes, una vez en contacto con la niña, niño o adolescente deberán de adoptar las medidas correspondientes para la protección de sus derechos. En consecuencia, darán una solución que resuelva todas sus necesidades de</p>	<p>acompañados que requieran servicios para su protección;</p> <p>II. Otorgar facilidades de estancia y garantizar la protección de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados en tanto el Instituto resuelva su situación migratoria, conforme a lo previsto en el artículo 112 de esta Ley;</p> <p>III. Coadyuvar con el Instituto en la implementación de acciones que permitan brindar una atención adecuada a los migrantes que por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de mayor vulnerabilidad como son los niños, niñas y adolescentes migrantes, y</p> <p>IV. Las demás que señale esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables.</p> <p>Artículo 73. La Secretaría deberá implementar acciones que permitan brindar una atención adecuada a los migrantes que por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de vulnerabilidad como son las niñas, niños y</p>
--	--

<p>protección, teniendo en cuenta sus opiniones y privilegiando la reunificación familiar, excepto que sea contrario a su interés superior o voluntad.</p> <p>Artículo 92. Las garantías de debido proceso que se deberán aplicar en los procesos migratorios que involucran a niñas, niños y adolescentes son las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none">I. El derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio;II. El derecho a ser informado de sus derechos;III. El derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario especializado;IV. El derecho de la niña, niño y adolescente a ser escuchado y a participar en las diferentes etapas procesales;V. El derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete;VI. El acceso efectivo a la comunicación y asistencia	<p>adolescentes migrantes no acompañados, las mujeres, las víctimas de delitos, las personas con discapacidad y las adultas mayores.</p> <p>Para tal efecto, la Secretaría podrá establecer convenios de coordinación con dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de las entidades federativas o municipios y con las organizaciones de la sociedad civil especializadas en la atención de personas en situación de vulnerabilidad.</p> <p>Artículo 107. Las estaciones migratorias, deberán cumplir al menos los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none">I. Prestar servicios de asistencia médica, psicológica y jurídica;II. Atender los requerimientos alimentarios del extranjero presentado, ofreciéndole tres alimentos al día. El Instituto deberá supervisar que la calidad de los alimentos sea adecuada. Las personas con necesidades especiales de nutrición como niñas, niños y adolescentes, personas de la tercera edad y mujeres
---	--

<p>consular;</p> <p>VII. El derecho a ser asistido por un abogado y a comunicarse libremente con él;</p> <p>VIII. El derecho, en su caso, a la representación en suplencia;</p> <p>IX. El derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña, niño y adolescente y esté debidamente fundamentada;</p> <p>X. El derecho a recurrir la decisión ante la autoridad jurisdiccional competente, y</p> <p>XI. El derecho a conocer la duración del procedimiento que se llevará a cabo, mismo que deberá seguir el principio de celeridad.</p> <p>Artículo 93. Durante el proceso administrativo migratorio podrá prevalecer la unidad familiar o en su caso la reunificación familiar en términos de la presente Ley y demás disposiciones aplicables, siempre y cuando ésta no sea contraria al interés superior de la niñez.</p> <p>Para resolver sobre la reunificación familiar se deberá tomar en cuenta la</p>	<p>embarazadas o lactando, recibirán una dieta adecuada, con el fin de que su salud no se vea afectada en tanto se define su situación migratoria.</p> <p>Asimismo, cuando así lo requiera el tratamiento médico que se haya; prescrito al alojado, se autorizarán dietas especiales de alimentación. De igual manera se procederá con las personas que por cuestiones religiosas así lo soliciten;</p> <p>III. Mantener en lugares separados y con medidas que aseguran la integridad física del extranjero, a hombres y mujeres, manteniendo a los niños preferentemente junto con su madre, padre o acompañante, excepto en los casos en que así convenga al interés superior del niño, niña o adolescente;</p> <p>IV. Promover el derecho a la preservación de la unidad familiar;</p> <p>V. Garantizar el respeto de los derechos humanos del extranjero presentado;</p>
---	---

opinión de niñas, niños y adolescentes migrantes, así como todos los elementos que resulten necesarios para tal efecto.

Artículo 94. Para garantizar la protección integral de los derechos, los Sistemas Nacional, Estatales y Municipales DIF, habilitarán espacios de alojamiento o albergues para recibir a niñas, niños y adolescentes migrantes.

Asimismo, acordarán los estándares mínimos para que los espacios de alojamiento o albergues brinden la atención adecuada a niñas, niños y adolescentes migrantes.

Artículo 95. Los espacios de alojamiento de niñas, niños y adolescentes migrantes, respetarán el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que si se trata de niñas, niños o adolescentes no acompañados o separados, deberán alojarse en sitios distintos al que corresponde a las personas adultas. Tratándose de niñas, niños o adolescentes acompañados, podrán alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación de éstos en aplicación del principio del

VI. Mantener instalaciones adecuadas que eviten el hacinamiento;

VII. Contar con espacios de recreación deportiva y cultural;

VIII. Permitir el acceso de representantes legales, o persona de su confianza y la asistencia consular;

IX. Permitir la visita de las personas que cumplan con los requisitos establecidos en las disposiciones jurídicas aplicables. En caso de negativa de acceso, ésta deberá entregarse por escrito debidamente fundado y motivado, y

X. Las demás que establezca el Reglamento.

El Instituto facilitará la verificación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos del cumplimiento de los requisitos señalados en este artículo, y el acceso de organizaciones de la sociedad civil, conforme a lo dispuesto en las disposiciones jurídicas aplicables.

interés superior de la niñez.

Artículo 96. Está prohibido devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña, niño o adolescente cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en peligro a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde pueda ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 97. Cualquier decisión sobre la devolución de una niña, niño o adolescente al país de origen o a un tercer país seguro, sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior.

Artículo 98. En caso de que los Sistemas DIF identifiquen, mediante una evaluación inicial, a niñas, niños o adolescentes extranjeros que sean susceptibles de reconocimiento de condición de refugiado o de asilo, lo comunicarán al Instituto Nacional de Migración a fin de adoptar medidas de protección especial.

El Sistema Nacional DIF y los sistemas de

Artículo 109. Todo presentado, en su caso, tendrá los siguientes derechos desde su ingreso a la estación migratoria:

I. Conocer la ubicación de la estación migratoria en la que se encuentra alojado, de las reglas aplicables y los servicios a los que tendrá acceso;

II. Ser informado del motivo de su ingreso a la estación migratoria; del procedimiento migratorio; de su derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado o la determinación de apátrida; del derecho a regularizar su estancia en términos de los artículos 132, 133 y 134 de la presente ley, en su caso, de la posibilidad de solicitar voluntariamente el retorno asistido a su país de origen; así como del derecho de interponer un recurso efectivo contra las resoluciones del Instituto;

III. Recibir protección de su representación consular y comunicarse con ella. En caso de que el extranjero desee recibir la

las entidades federativas, en coordinación con las instituciones competentes, deberán identificar a las niñas, niños y adolescentes extranjeros que requieren de protección internacional, ya sea como refugiado o de algún otro tipo, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario mediante la adopción de medidas de protección especial.

Artículo 99. El Sistema Nacional DIF deberá diseñar y administrar las bases de datos de niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados, incluyendo, entre otros aspectos, las causas de su migración, las condiciones de tránsito, sus vínculos familiares, factores de riesgo en origen y tránsito, información de sus representantes legales, datos sobre su alojamiento y situación jurídica, entre otros, y compartirlo con la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, atendiendo a lo previsto en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y demás disposiciones aplicables en

protección de su representación consular, se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible;

IV. Recibir por escrito sus derechos y obligaciones, así como las instancias donde puede presentar sus denuncias y quejas;

V. Que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente y el derecho a recibir asesoría legal, ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, así como tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio;

VI. Contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, en caso de que no hable o no entienda el español;

VII. Acceder a comunicación telefónica;

VIII. A recibir durante su estancia un espacio digno, alimentos, enseres básicos para su aseo personal y atención médica en caso de ser

<p>materia de transparencia.</p> <p>Los Sistemas de las Entidades enviarán al Sistema Nacional DIF la información en el momento en que se genere a fin de que se incorpore en las bases de datos a que se refiere el párrafo anterior.</p> <p>El Instituto Nacional de Migración deberá proporcionar la información y colaborar con el Sistema Nacional DIF para los efectos de este artículo.</p> <p>Artículo 100. El Instituto Nacional de Migración, en coordinación con el Sistema Nacional DIF, deberá resguardar las bases de datos de niñas, niños y adolescentes migrantes, incluyendo entre otros aspectos, las causas de su migración, las condiciones de tránsito, sus vínculos familiares, factores de riesgo en origen y tránsito, información de sus representantes legales, datos sobre su alojamiento y situación jurídica.</p> <p>Para garantizar de forma prioritaria la asistencia social y protección consular de niñas, niños y adolescentes migrantes que se encuentran en el extranjero en proceso de repatriación, corresponderá a la Secretaría de Relaciones Exteriores, a</p>	<p>necesario;</p> <p>IX. Ser visitado por sus familiares y por su representante legal;</p> <p>X. Participar en actividades recreativas, educativas y culturales que se organicen dentro de las instalaciones;</p> <p>XI. No ser discriminado por las autoridades a causa de su origen étnico o nacional, sexo, género, edad, discapacidad, condición social o; económica, estado de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra circunstancia que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas;</p> <p>XII. Recibir un trato digno y humano durante toda su estancia en la Estación Migratoria;</p> <p>XIII. Que las Estaciones Migratorias cuenten con aéreas de estancia separadas para mujeres y hombres,</p>
---	---

través de las representaciones consulares, coordinarse con el Instituto Nacional de Migración y con los Sistemas DIF correspondientes.

Artículo 101. En ningún caso una situación migratoria irregular de niña, niño o adolescente, preconfigurará por sí misma la comisión de un delito, ni se prejuzgará la comisión de ilícitos por el hecho de encontrarse en condición migratoria irregular.

garantizando en todo momento el derecho a la preservación de la unidad familiar, excepto en los casos en los que la separación sea considerada en razón del interés superior de la niña, niño o adolescente;

XIV. Que las Estaciones Migratorias cuenten con áreas separadas para niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados para su alojamiento en tanto son canalizados a instituciones en donde se les brinde una atención adecuada, y

XV. Las demás que se establezcan en disposiciones de carácter general que expida la Secretaría.

Artículo 112. Cuando alguna niña, niño o adolescente migrante no acompañado, sea puesto a disposición del Instituto quedará bajo la responsabilidad y se deberá garantizar el respeto a sus derechos humanos, sujetándose particularmente a lo siguiente:

- I. El Instituto procederá a canalizar de manera inmediata a la niña, niño o adolescente migrante no

acompañado al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, a los Sistemas Estatales DIF y de la Ciudad de México, con objeto de privilegiar su estancia en lugares donde se les proporcione la atención adecuada, mientras se resuelve su situación migratoria y dará aviso al consulado de su país.

Cuando por alguna circunstancia excepcional las niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros no acompañados lleguen a ser alojados en una estación migratoria, en tanto se les traslada a las instalaciones del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, a los Sistemas Estatales DIF y de la Ciudad de México, deberá asignárseles en dicha estación un espacio específico para su estadía distinto al del alojamiento de los adultos. La autoridad deberá respetar en todo momento los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados previstos en el presente ordenamiento y la legislación aplicables, dándose aviso

	<p>inmediato a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a las comisiones estatales de derechos humanos, así como al Comité Estatal del Sistema Nacional de Seguimiento y Vigilancia de la Aplicación de los Derechos del Niño en la entidad que corresponda, a efecto de que coadyuven en la garantía y protección de sus derechos.</p> <p>II. Se le informará a la niña, niño y adolescente del motivo de su presentación, de sus derechos dentro del procedimiento migratorio, de los servicios a que tiene acceso y se le pondrá en contacto con el consulado de su país, salvo que a juicio del Instituto o a solicitud del niño, niña o adolescente pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular;</p> <p>III. Se notificará al consulado del país de nacionalidad o residencia del niño, niña o adolescente, la</p>
--	--

	<p>ubicación de las instalaciones del Sistema Nacional o Sistemas Estatales para el Desarrollo Integral de la Familia o estación migratoria a la cual se le canalizó y las condiciones en las que se encuentre, salvo que a juicio del Instituto o a solicitud del niño, niña o adolescente pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular;</p> <p>IV. Personal del Instituto, especializado en la protección de la infancia, capacitado en los derechos de niñas, niños y adolescentes, entrevistará al niño, niña o adolescente con el objeto de conocer su identidad, su país de nacionalidad o residencia, su situación migratoria, el paradero de sus familiares y sus necesidades particulares de protección, de atención médica y psicológica.</p> <p>Un representante de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá estar presente en estas entrevistas, sin perjuicio de las</p>
--	---

	<p>facultades que le corresponden al representante legal o persona de confianza del niño, niña o adolescente;</p> <p>V. En coordinación con el consulado del país de nacionalidad o residencia del niño, niña o adolescente o de la institución de asistencia del niño, niña o adolescente del país de que se trate se procederá a la búsqueda de sus familiares adultos, salvo a juicio del Instituto o a solicitud del niño, niña o adolescente pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular.</p> <p>En el caso de que el niño, niña o adolescente se ubique en los supuestos establecidos en los artículos 132, 133 y 134 de esta Ley, tendrá derecho a la regularización de su situación migratoria, y</p> <p>VI. Una vez resuelta la situación migratoria del niño, niña o adolescente y en caso de resolverse</p>
--	---

	<p>la conveniencia de su retorno asistido se notificará de esta situación al consulado correspondiente, con tiempo suficiente para la recepción del niño, niña o adolescente en su país de nacionalidad o residencia.</p> <p>El retorno asistido de la niña, niño o adolescente migrante a su país de nacionalidad o residencia se realizará atendiendo al interés superior de la niña, niño y adolescente y su situación de vulnerabilidad, con pleno respeto a sus derechos humanos y con la intervención de la autoridad competente del país de nacionalidad o residencia.</p> <p>Tratándose de niña, niño o adolescente migrante nacional no acompañado, corresponderá al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, garantizar el eficaz retorno asistido del menor con sus familiares adultos, atendándose en todo momento el interés superior de la niña, niño y adolescente y su situación de vulnerabilidad, en</p>
--	---

coordinación y coadyuvancia con los Sistemas Estatales DIF y de la Ciudad de México que corresponda, considerando las causas de su migración: reunificación familiar, en busca de empleo, violencia intrafamiliar, violencia e inseguridad social, entre otras.

Artículo 120. En el procedimiento de retorno asistido se privilegiarán los principios de preservación de la unidad familiar y de especial atención a personas en situación de vulnerabilidad, procurando que los integrantes de la misma familia viajen juntos.

En el caso de niñas, niños y adolescentes no acompañados, mujeres embarazadas, víctimas o testigos de delitos cometidos en territorio nacional, personas con discapacidad y adultos mayores, se aplicará el procedimiento de retorno asistido con la intervención de los funcionarios consulares o migratorios del país receptor. Asimismo, se deberán tomar en consideración:

I. El interés superior de estas personas para garantizar su mayor

	<p>protección, y</p> <p>II. Su situación de vulnerabilidad para establecer la forma y términos en que serán trasladados a su país de origen.</p> <p>En el caso de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados y el de víctimas o testigos de delitos cometidos en territorio nacional, no serán deportados y atendiendo a su voluntad o al interés superior para garantizar su mayor protección, podrán sujetarse al procedimiento de retorno asistido o de regularización de su situación migratoria.</p>
--	---

ANEXO 5: Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018.

META NACIONAL	OBJETIVOS	ESTRATEGIA	LÍNEAS DE ACCIÓN
2. México incluyente	2.3 Asegurar el acceso a los servicios de salud	2.3.3 Mejorar la atención de la salud a la población en situación de vulnerabilidad.	Impulsar acciones para la prevención y promoción de la salud de los migrantes.
3. México con Educación de Calidad	3.2 Garantizar la inclusión y la equidad al sistema educativo	3.2.1 Ampliar las oportunidades de acceso a la educación en todas las regiones y sectores de la población.	Robustecer la educación indígena, la destinada a niños migrantes, la telesecundaria, así como los servicios educativos que presta el Consejo Nacional de Fomento Educativo (CONAFE).
5. México con Responsabilidad Global	5.1 Ampliar y fortalecer la presencia de México en el mundo	5.1.2 Consolidar la posición de México como un actor regional relevante, mediante la profundización de los procesos de integración en marcha y la ampliación del diálogo y la cooperación con	Ampliar la cooperación frente a retos compartidos como seguridad, migración y desastres naturales.

		los países de América Latina y el Caribe.	
		5.1.6 Consolidar el papel de México como un actor responsable, activo y comprometido en el ámbito multilateral, impulsando de manera prioritaria temas estratégicos de beneficios globales y compatibles con el interés nacional.	Participar en los procesos de deliberación de la comunidad global dirigidos a codificar los regímenes jurídicos internacionales en temas como la seguridad alimentaria, la migración, las drogas, el cambio climático y la delincuencia organizada transnacional.
	5.4 Velar por los intereses de los mexicanos en el extranjero y proteger los derechos de los extranjeros en el territorio nacional	5.4.1 Ofrecer asistencia y protección consular a todos aquellos mexicanos que lo requieran.	Construir acuerdos y convenios de cooperación, a fin de actuar en coordinación con países expulsores de migrantes, como Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, y así brindar una atención integral al fenómeno migratorio.

		<p>5.4.3 Facilitar la movilidad internacional de personas en beneficio del desarrollo nacional.</p>	<p>Facilitar la movilidad transfronteriza de personas y mercancías para dinamizar la economía regional.</p> <p>Simplificar los procesos para la gestión migratoria de las personas que arriban o radican en México.</p>
		<p>5.4.4 Diseñar mecanismos de coordinación interinstitucional y multisectorial, para el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de la política pública en materia migratoria.</p>	<p>Elaborar un programa en materia de migración de carácter transversal e intersectorial, como el instrumento programático para el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de la política y la gestión migratoria.</p> <p>Promover una alianza intergubernamental entre</p>

			<p>México y los países de Centroamérica, para facilitar la movilidad de personas de manera regular, garantizar la seguridad humana y fomentar el desarrollo regional.</p> <p>Crear un sistema nacional de información y estadística que apoye la formulación y evaluación de la política y la gestión migratoria.</p> <p>Impulsar acciones dirigidas a reducir las condiciones de pobreza, violencia y desigualdad, para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes, solicitantes de refugio, refugiadas y beneficiarias de</p>
--	--	--	--

			<p>protección complementaria.</p> <p>Impulsar la creación de regímenes migratorios legales, seguros y ordenados.</p> <p>Promover acciones dirigidas a impulsar el potencial de desarrollo que ofrece la migración.</p> <p>Diseñar y ejecutar programas de atención especial a grupos vulnerables de migrantes, como niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, víctimas de delitos graves cometidos en territorio nacional, personas con discapacidad y adultos mayores.</p>
--	--	--	---

		<p>5.4.5 Garantizar los derechos de las personas migrantes, solicitantes de refugio, refugiadas y beneficiarias de protección complementaria.</p>	<p>Implementar una política en materia de refugiados y protección complementaria.</p> <p>Establecer mecanismos y acuerdos interinstitucionales para garantizar el acceso al derecho a la identidad de las personas migrantes y sus familiares.</p> <p>Propiciar esquemas de trabajo entre las personas migrantes, que garanticen sus derechos así como el acceso a servicios de seguridad social y a la justicia en materia laboral.</p> <p>Promover la convivencia armónica entre la población extranjera y nacional,</p>
--	--	---	--

			<p>combatir la discriminación y fomentar los vínculos con sus comunidades de origen.</p> <p>Implementar una estrategia intersectorial dirigida a la atención y protección de migrantes víctimas de tráfico, trata y secuestro, con acciones diferenciadas por género, edad y etnia.</p> <p>Promover la profesionalización, sensibilización, capacitación y evaluación del personal que labora en las instituciones involucradas en la atención de migrantes y sus familiares.</p> <p>Fortalecer mecanismos para</p>
--	--	--	---

			<p>investigar y sancionar a los funcionarios públicos involucrados en las violaciones a derechos humanos y la comisión de delitos como la trata, extorsión y secuestro de migrantes.</p> <p>Crear un sistema nacional único de datos para la búsqueda e identificación de las personas migrantes desaparecidas.</p>
--	--	--	---

ANEXO 6: Notas periodísticas.

Tribunal ordena la INM dejar en libertad a niños migrantes. Este asunto derivó de una resolución en la cual el juez de amparo concede la suspensión para evitar su deportación¹⁹³.

El Vigésimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa ordenó al Instituto Nacional de Migración (INM) dejar en libertad a todos los niños y adolescentes que permanecen detenidos en la estación migratoria de Las Agujas, en la Ciudad de México, para que se les canalice a lugares apropiados para su alojamiento hasta en tanto se resuelve su situación migratoria.

Este asunto derivó de una resolución en la cual el juez de amparo concede la suspensión para evitar su deportación; sin embargo, la parte demandante interpuso un recurso de queja donde reclamó que el impartidor de justicia no se pronunció sobre los derechos de los menores y su estadía en centros especializados.

En este contexto, los magistrados resolvieron que el Estado mexicano tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos en favor de los migrantes, y de manera especial, de los menores de edad, así como las condiciones mínimas que deben satisfacer las Estaciones Migratorias y los lugares en que sean alojados.

Asimismo, resolvieron que en caso de que los menores no puedan ser canalizados, deberán permanecer en la estación de migración, en donde se les deberá asignar un espacio específico para su estadía distinto al del alojamiento de los adultos.

¹⁹³ Cruz, René, “Tribunal ordena la INM dejar en libertad a niños migrantes: Este asunto derivó de una resolución en la cual el juez de amparo concede la suspensión para evitar su deportación”, *MVS Noticias*, México, 2019; disponible en: <https://urlzs.com/N77X7>, consultado el 15 de junio de 2019.

Del mismo modo, ordenaron a las autoridades migratorias y a la directora ejecutiva de la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México, identificar e individualizar a los niños, niñas y adolescentes, acompañados o no, que se encuentran en detención en “Las Agujas”.

Además, deberán informar al consulado del país que corresponda, “la ubicación de la estación migratoria Las Agujas, o bien, de las instalaciones del Sistema Nacional o Sistemas Estatales para el Desarrollo Integral de la Familia a las que sean canalizados los menores y las condiciones en las que se encuentren, salvo que a juicio de la autoridad responsable o a solicitud del niño, niña o adolescente pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso no se entablará contacto con la representación consular.

***Tribunal ordena al INM identificar de inmediato a menores que alberga*¹⁹⁴.**

Un tribunal federal administrativo ordenó a las autoridades mexicanas implementar un plan urgente para asegurar alternativas a la detención de niñas, niños, adolescentes privados de su libertad en Estaciones Migratorias de la Ciudad de México. También determinó su identificación inmediata para determinar el tiempo que lleven en ella y si han tenido acceso a asesoría y representación legal.

Asimismo, las autoridades referidas deberán contactar a sus consulados y embajadas –salvo que tengan necesidad de protección internacional–, verificar su estatus legal, estado de salud, si se encuentran o no acompañados, y generar de forma urgente un plan que les permita salir del centro de detención y ubicarse en espacios abiertos.

¹⁹⁴ Arellano García, César, “Tribunal ordena al INM identificar de inmediato a menores que alberga”, *La Jornada*, México, 2019; disponible en: <https://urlzs.com/Ec89H>, consultado el 15 de junio de 2019.

La resolución emitida por el Vigésimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa de la Ciudad de México en la queja 205/2019 dejó sin efectos la determinación de un Juzgado Federal en el marco de la suspensión de plano dictada luego de la presentación de un amparo en contra de la detención de niñas, niños y adolescentes en la estación migratoria “Las Agujas” de la CDMX.

De acuerdo con el expediente, las magistradas Guillermina Coutiño Mata, María Alejandra de León González y el magistrado Carlos Alberto Zerpa Durán, consideraron insuficientes las medidas ordenadas por el Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa para suspender la privación de la libertad de la que son objeto los menores y adolescentes en la citada estación migratoria.

De acuerdo con la organización Sin Fronteras, la detención migratoria de niñas, niños y adolescentes en Estaciones Migratorias es una práctica sistemática documentada por las organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales.

El reciente evento de una niña de nacionalidad guatemalteca que, luego de estar detenida en la estación migratoria de la CDMX falleció en un hospital, motivó la adopción de medidas cautelares por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, mediante el comunicado de prensa DGC 195/19 de fecha 17 de mayo de 2019.

Asimismo, órganos internacionales de derechos humanos como el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, así como el Comité contra la Tortura, han recomendado que México se abstenga de detener de forma generalizada a niñas, niños y adolescentes en Estaciones Migratorias, y han expresado su preocupación por esta práctica arbitraria y contraria al principio del interés superior de la niñez.

El juicio de amparo fue interpuesto por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de Derechos Humanos, la Oficina de la Defensoría de Defensoría de los Derechos de la Infancia, Sin Fronteras I.A.P y la Clínica Jurídica Alaíde Foppa de la Universidad Iberoamericana.

ANEXO 7: Boletín ONU “Promulgación Nueva Ley de Migración”.

CINU CENTRO DE INFORMACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS | MÉXICO, CUBA Y REPÚBLICA DOMINICANA

Comunicado No. 11/127
25 de mayo 2011

BOLETÍN ONU

Promulgación Nueva Ley de Migración en México

** La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en México congratula al Gobierno de México por la reciente aprobación de la nueva Ley de Migración.*

El pasado 24 de mayo el Presidente de la República promulgó la nueva Ley de Migración, la cual fue aprobada anteriormente por el Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos el 29 de abril de 2011, renovando la legislación existente desde 1974. Este nuevo instrumento legal protege los derechos humanos de todos los y las migrantes sin importar su estatus migratorio. La ley reconoce ahora que dicho estatus migratorio no debe evitar el pleno goce y ejercicio de todos los derechos y libertades, especialmente el derecho a no ser sujeto de tratos discriminatorios. Asimismo, se han establecido mecanismos para que cualquier persona pueda regularizar su situación migratoria de manera voluntaria ante la autoridad y pueda acceder, entre otros, a servicios médicos y educativos.

Esta nueva ley también busca reducir el tiempo de estancia de los extranjeros alojados en las estaciones migratorias. De igual forma, la ley migratoria señala disposiciones especiales para responder con una atención adecuada a los migrantes más vulnerables como son las niñas, niños, adolescentes, mujeres, personas de la tercera edad o con capacidades diferentes.

Este nuevo marco legal contempla los compromisos internacionales adquiridos por México, responde positivamente a la necesidad de una gestión migratoria ordenada, humana y segura dentro de una dinámica internacional cada vez más compleja y permite fortalecer los esfuerzos del gobierno mexicano por garantizar un trato humano y digno a todos los y las migrantes.

La OIM en México reconoce el esfuerzo del gobierno mexicano en la formulación de la Ley de Migración ya que representa un ejemplo de responsabilidad que promueve el respeto a la dignidad de las personas, sin distinción, dentro de un país caracterizado por ser origen, tránsito, destino y retorno para miles de migrantes cada año. Aunque estos esfuerzos representan un gran avance, no se pueden considerar como un resultado final. La dinámica migratoria siempre cambiante merece una atención muy especial, lo que obliga adaptar continuamente las políticas públicas a los retos que acarrea la migración y a las necesidades de las poblaciones más vulnerables.


IOM • OIM

Organización Internacional para las Migraciones

ANEXO 8: Tesis aislada.

DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL. CARACTERÍSTICAS DE LOS NIVELES DE CONTACTO ENTRE UNA AUTORIDAD QUE EJERCE FACULTADES DE SEGURIDAD PÚBLICA Y UNA TERCERA PERSONA. De conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con los tratados internacionales, si bien todas las personas gozan de los derechos a la libertad personal, a la intimidad, a no ser molestadas en sus posesiones o propiedades y a la libre circulación, como cualquier otro derecho humano, al no ser absolutos, su ejercicio puede ser restringido o limitado con base en criterios de proporcionalidad. En ese sentido, el artículo 16 de la Constitución prevé que para que una persona pueda ser privada de su libertad debe existir una orden de aprehensión o la concurrencia de flagrancia o caso urgente en la comisión de una conducta delictiva; accionar al que el texto constitucional le denomina "detención". Sin embargo, *no todo contacto entre una autoridad de seguridad pública y una persona puede catalogarse de esa forma, pues las competencias propias de los agentes de seguridad pública implican también actos de investigación o prevención del delito. En ese tenor, se pueden distinguir tres niveles de contacto entre una autoridad que ejerce facultades de seguridad pública y una tercera persona: a) simple inmediación entre el agente de seguridad y el individuo, para efectos de investigación, identificación o prevención; b) restricción temporal del ejercicio de un derecho, como pueden ser la libertad personal, propiedad, libre circulación o intimidad, y c) detención en sentido estricto. El primer nivel de contacto no requiere justificación, ya que es una simple aproximación de la autoridad con la persona que no incide en su esfera jurídica, el cual se actualiza, por ejemplo, cuando un agente de policía se acerca a una persona en la vía pública y le hace cierto tipo de preguntas sin ejercer ningún medio coactivo y bajo el supuesto de que dicha persona puede retirarse en cualquier momento. En cambio, la restricción temporal del ejercicio de la libertad surge cuando una persona se siente razonablemente obligada por la autoridad a obedecer sus órdenes expresas o implícitas, mismas que pueden derivar en una ausencia de*

movimiento físico. Esta restricción debe ser excepcional y admitirse únicamente en casos en los que no es posible, por cuestión temporal, conseguir un mandamiento escrito u orden judicial para ejercer actos de molestia a una persona o a sus posesiones. Para ello, la autoridad deberá acreditar la concurrencia de una suposición razonable de que se está cometiendo una conducta delictiva, la cual variará en cada caso concreto y debe ser acreditable empíricamente. Así, a saber, la autoridad deberá señalar detenidamente cuál era la información (hechos y circunstancias) con la que contaba en ese momento para suponer razonablemente que la persona en cuestión estaba cometiendo una conducta ilícita o, por el contrario, si el registro o revisión fue autorizado libremente por el posible afectado, entendiéndose que existe consentimiento cuando fue prestado consciente y libremente; es decir, ausente de error, coacción o de un acto de violencia o intimidación por parte de los agentes de policía¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Tesis: 1a. XCIII/2015, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, marzo de 2015, Pág. 1096.

ANEXO 9: Medidas alternativas a la detención¹⁹⁶.

País	Medidas Alternativas/medidas de no detención en ley o práctica
Argentina	<ul style="list-style-type: none"> • Presunción de libertad. Principio de Excepcionalidad de la detención • Liberación sin condiciones (acreditación vínculo familiar con nacional) • Caución real o juratoria (imposibilidad de realizar expulsión en un plazo prudencial o por causa que lo justifiquen)
Bolivia	<ul style="list-style-type: none"> • Presunción de libertad. • Multa • Fijación de plazo para abandonar el país
Belice	<ul style="list-style-type: none"> • Permiso de ingreso o permanencia condicionada a: plazo, lugar de residencia, ocupación u otra condición.
Brasil	<ul style="list-style-type: none"> • Presunción de libertad. Principio de excepcionalidad de la detención. • Libertad vigilada o probatoria • Fijación de plazo prudencial para abandonar el país o regularizarse.
Canadá	<ul style="list-style-type: none"> • Fianza, garantía, aval/garante (Promesa de pago si se incumplen condiciones de cumplimiento obligatorio). • Comparecencia al procedimiento. • Control periódico de firmas. • Confinamiento en un lugar en particular o área geográfica • Acuerdo de liberación entre las partes sujeto a condiciones de cumplimiento obligatorio
Costa Rica	<ul style="list-style-type: none"> • Comparecencia al procedimiento • Control periódico de firmas. • Fianza • Decomiso temporal de documentos • Detención domiciliaria.
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> • Fijación de plazo prudencial para abandonar el país • Liberación con permiso sujeto a plazo de 30 días.
Chile	<ul style="list-style-type: none"> • Presunción de libertad. Excepcionalidad de la Detención. • Confiscación de documentos. • Restricción a una localidad de permanencia obligada, presentación y firma periódica
Ecuador	<ul style="list-style-type: none"> • Excepcionalidad de la detención • Comparecencia al procedimiento • Control periódico de firmas • Otras condiciones o medidas de aseguramiento
El Salvador	<ul style="list-style-type: none"> • Liberación condicionada (regularización migratoria, si cumple requisitos) • Liberación condicionada a plazo para abandonar el país • Liberación con permiso temporal (solicitantes de asilo)
Guatemala	<ul style="list-style-type: none"> • Liberación con permiso temporal (solicitantes de asilo) • No detención de familias • Liberación condicionada a plazo (regularización por trata de personas)
Honduras	<ul style="list-style-type: none"> • Liberación condicionada (regularización por razones humanitarias) • Liberación condicionada (regularización por otras razones) • Liberación con permiso temporal (solicitantes de asilo)
Jamaica	<ul style="list-style-type: none"> • Permiso de ingreso o permanencia condicionada a: plazo, lugar de residencia, ocupación u otra condición.

¹⁹⁶International Detention Coalition, *Informe regional: Detención...*, cit., pp. 48-49.

La detención de la niñez migrante en México: un análisis a través del principio de proporcionalidad

País	Medidas Alternativas/medidas de no detención en ley o práctica
Estados Unidos	<ul style="list-style-type: none"> • Intensive Supervision Appearance Program (ISAP) • Electronic Monitoring Device Program (EMD): Telephonic Reporting (TR) y Radio Frequency monitoring (RF). • Libertad bajo caución • Canalización a la Oficina de Reasentamiento de Refugiados; garante o patrocinio de familiares y particulares, (niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados provenientes de centroamérica) • Programa de alternativas a la detención basado en el apoyo comunitario (acuerdo entre sociedad civil y gobierno)
México	<ul style="list-style-type: none"> • Custodia y garantía sujetas a otras condiciones como control periódico de firmas, permanencia en determinada zona geográfica o lugar específico. • Liberación condicionada (regularización por vínculo familiar con mexicano, vencimiento de plazo de detención en supuestos establecidos u otro) • Liberación condicionada (regularización por razones humanitarias) • Liberación con estancia temporal (solicitantes de asilo) • No detención de niños, niñas y adolescentes en Estaciones Migratorias.
Nicaragua	<ul style="list-style-type: none"> • Multa y liberación sujeta a plazo (salir del país) • Liberación condicionada (regularización) • Tutela, custodia y garantía.
Panamá	<ul style="list-style-type: none"> • Liberación sujeta a comparecencia • Liberación condicionada (regularización) • Liberación condicionada a plazo para salir del país • Prohibición de detención a niños, niñas y adolescentes
Perú	<ul style="list-style-type: none"> • Multa • Salida obligatoria (plazo para salir del país)
República Dominicana	<ul style="list-style-type: none"> • Prohibición de detención a grupos vulnerables
Trinidad y Tobago	<ul style="list-style-type: none"> • Libertad sujeta a: supervisión y comparecencia periódica, pago de garantía u otras condiciones.

Nota: Tabla elaborada con datos provenientes de las políticas migratorias y los Mapeos sobre detención y medidas alternativas en cada uno de los países.

ANEXO 10: Protocolo a seguir en caso de salida no autorizada o abandono del programa.

En caso de que las NNA abandonen sin autorización los programas de acogida de las organizaciones y no sea posible localizarles, se establece el siguiente procedimiento:

- Las organizaciones notificarán a la autoridad migratoria y/o a la COMAR sobre el posible egreso del NNA tan pronto como tenga conocimiento de este hecho y que no podrá exceder el de 24 horas.
- Se considerará que se ha dado el egreso de un NNA cuando:
 - Habiendo salido con autorización no regresa a dormir o después de transcurridas 24 horas.
 - Se tienen elementos para considerar en grado alto de probabilidad o con certeza que el NNA ha abandonado el programa de acogida.
- Dentro de las primeras 72 horas el equipo técnico de la organización civil junto con la persona cuidadora o responsable de familia –designada por la organización:

Se dará a la tarea de localizar a la niña, niño o adolescente con amistades, o espacios que frecuenta; para realizar la búsqueda se trabaja en parejas o grupo, nunca solos y se evita la búsqueda en horarios nocturnos y en sitios de riesgo.

Se informa a las autoridades (INM, DIF-DF, COMAR) y asesores de la organización sobre la salida del adolescente o joven vía telefónica y, posteriormente, a través del Acta Circunstanciada de Hechos.
- Si en las 72 horas. fijadas para la localización del NNA ocurre que:
 - No se tiene éxito en la localización, se da aviso al Ministerio Público, se confirma con el INM la salida no autorizada del NNA y, en su caso, a la COMAR, así como al DIF-DF.
 - Las organizaciones con apoyo de las instituciones que atienden al NNA, activan la Alerta Amber, de ser procedente.

- Aviso a CAPEA y LOCATEL. Al ingreso de los jóvenes se da aviso a estas instancias, en ambos casos se otorga un folio de reporte, por lo que al confirmarse el egreso se reporta a ambas instancias (Fundación Casa Alianza)
- Si dentro de las 72 horas el personal de la organización identifica al niño, niña o adolescente:
 - Se notificará a la institución que canaliza, al ente rector en protección de la infancia con un informe de las condiciones en las que se encuentra la niña, niño o adolescente, para que se determine lo procedente.
 - Si el NNA es localizado, pero se encuentra en lugares de riesgo o con personas violentas, con problemas delictivos o consumo de drogas se notificará a la Secretaría de Seguridad Pública la información con la que se cuenta y al INM.
- Las organizaciones civiles no serán responsables de multas u otro tipo de sanciones o infracciones individuales o institucionales establecido en las leyes migratorias ante la salida no autorizada de un NNA.

Fuentes de información

Bibliohemerografía

1. Alexy Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, en Galindo Sifuentes, Ernesto, “Un caso de ponderación judicial”, *Reforma judicial revista mexicana de justicia*, julio-diciembre, México, UNAM-IIJ, 2007.
2. -----, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009.
3. -----, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a ed., México, UNAM-IIJ, 2018.
4. -----, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Carbonell, Miguel, et. al. (coords.), *Serie Estado de Derecho y función judicial: Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM-IIJ, 2006.
5. Aragonese, Pedro, “Proceso y derecho procesal”, en *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, México, Porrúa, 1998.
6. Araujo Rentería, Jaime, “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, México, UNAM-IIJ, 2006.
7. Arellano García, César, “Tribunal ordena al INM identificar de inmediato a menores que alberga”, *La Jornada*, México, 2019; disponible en: <https://urlzs.com/Ec89H>.
8. Arias Ruelas, Salvador, “El principio de proporcionalidad y la tutela de derechos fundamentales en sede legislativa”, CIJUREP, *Revista de garantismo y derechos humanos, Textos jurídicos y políticos*, Año 6, núm. 7, enero-junio, Tlaxcala, 2018; disponible en: <https://urlzs.com/4oYu7>.
9. Arroyo Jiménez, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El*

juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad, 4a ed., México, UNAM-IIJ, 2018.

10. Banacloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
11. Baquerizo Minuche, Jorge, "Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación", *Revista de Derecho Público*, núm. 1, Ed. de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2009.
12. BBC Mundo, *Las verdaderas cifras de los hispanos en EE.UU. y cuánto poder tienen*, Londres, 2016; disponible en: <https://goo.gl/yyRSxg>.
13. Bernal Pulido, Carlos, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en Cáceres, Enrique, et. al. (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, 2005.
14. -----, "La racionalidad de la ponderación", en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a ed., México, UNAM-IIJ, 2018.
15. Camacho Servín, Fernando, "Aplauden grupos civiles iniciativa para reformar la Ley de Migración", *La Jornada*, México, 2010; disponible en: <https://urlzs.com/8qWvh>.
16. Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a ed., México, UNAM-IIJ, 2018.
17. Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, 2a ed., México, UNAM-IIJ, 2007.
18. Carrillo Soubic, Alejandra, et. al., "Migrantes y su detención en México: el desastre en derechos humanos", *Nexos: El juego de la Suprema Corte*, México, 2014; disponible en: <https://urlzs.com/X2XsC>.
19. Ceriani Cernadas, Pablo (coord.), *Niñez detenida: Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*, México, Universidad Nacional de Lanús y Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, 2012; disponible en: <https://goo.gl/hYN6fa>.

- 20.-----, *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*, Buenos Aires, Center for Gender & Refugee Studies y Universidad Nacional de Lanús, 2015; disponible en: <https://goo.gl/ch1Gtr>.
21. Chipoco Cáceda, Carlos, *La protección universal de los Derechos Humanos una aproximación crítica*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; disponible en: <https://goo.gl/mrvEh1>.
22. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *México y el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos*, México, CNDH, 2016.
23. Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración, *Personas en detención migratoria en México: Misión de Monitoreo de Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración*, México, 2017; disponible en: <https://urlzs.com/7iXda>.
24. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Ficha temática: personas migrantes*, México, 2017; disponible en: <http://bit.do/e3KzF>.
- 25.-----, *Ficha temática: personas migrantes*, México, 2018; disponible en: <http://bit.do/e3KzS>.
26. Cruz, René, “Tribunal ordena la INM dejar en libertad a niños migrantes: Este asunto derivó de una resolución en la cual el juez de amparo concede la suspensión para evitar su deportación”, *MVS Noticias*, México, 2019; disponible en: <https://urlzs.com/N77X7>.
27. El Financiero, *Gobierno de AMLO aumenta 204% detenciones de migrantes tras acuerdo con Trump*, México, 2 de julio de 2019; disponible en: <https://urlzs.com/YpLwN>.
28. Flores, Efrén, “El Gobierno federal retira a Rosi Orozco un departamento de lujo que pertenecía a los mexicanos”, *Sin Embargo*, México, 2019; disponible en: <https://bit.ly/2M27BiS>.
29. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, “Sueños sin fronteras”, 2018; disponible en: <https://goo.gl/jeYDDv>.

30. Fundación BBVA Bancomer, Asociación Civil y Secretaría de Gobernación, *Anuario de migración y remesas México 2017*, México, 2017; disponible en: <https://goo.gl/xZXqbj>.
- 31.-----, *Anuario de migración y remesas México 2018*, México, 2018; disponible en: <https://goo.gl/GcpYZt>.
32. Gómez Lara, Cipriano, “El debido proceso como derecho humano”, en González Martín, Nuria (coord.), *Estudios en homenaje a Martha Morineau*, t. II: *Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos*, México, UNAM-IIJ; disponible en: <https://goo.gl/aCvrBx>.
33. González Maldonado, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, México, Novum, 2011.
34. Gorra, Daniel, *Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy: Sistema de ponderación de principios*; disponible en: <https://urlzs.com/eQp9Q>.
35. Gutiérrez de Colmenares, Carmen María, *Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito del Derecho Interno de Guatemala*; disponible en: <https://goo.gl/rArQDq>.
36. Herrera-Lasso, Luis y Artola, Juan, “Migración y seguridad: dilemas e interrogantes”, en Natalia Armijo Canto (ed.), *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia A.C., 2011; disponible en: <https://goo.gl/PoSJNH>.
37. Human Rights Watch, *Puertas cerradas: El fracaso de México en la protección de niños refugiados y migrantes de América Central*, Estados Unidos, 2016.
38. Instituto Tecnológico Autónomo de México, *Migración centroamericana en tránsito por México hacia Estados Unidos: Diagnóstico y recomendaciones. Hacia una visión integral, regional y de responsabilidad*, México, 2014; disponible en: <https://goo.gl/igvynz>.
39. International Detention Coalition, *¿Qué esperamos del futuro? Detención migratoria y alternativas a la detención en las Américas*, Melbourne, 2017; disponible en: <https://urlzs.com/qZRPR>.

40. -----, *Dignidad sin Excepción: Alternativas a la Detención Migratoria en México*, México, 2013; disponible en: <https://goo.gl/iYT9iM>.
41. -----, *Informe regional: Detención migratoria y alternativas a la detención en las Américas*; disponible en: <https://urlzs.com/4Erik>.
42. López Cadena, Carlos Alberto, “La interpretación constitucional”, en Correa Henao Magdalena, et. al. (eds.), *Lecciones de Derecho Constitucional*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2017.
43. Lothar Weiss, Thomas y Franco, Rodolfo, “La gestión migratoria en México, avances y retos”, en Plascencia Villanueva, Raúl (coord.), *México, movilidad y migración*, México, CNDH, 2013.
44. Lothar Weiss, Thomas y López Chaltelt, Pedro Arturo, *México. Políticas públicas beneficiando a los migrantes*, México, Organización Internacional para las Migraciones, 2011; disponible en: <http://goo.gl/45wenU>.
45. Milenio, *El caso "Casitas del Sur"*, México, 8 de abril de 2014; disponible en: <https://urlzs.com/cAQJJ>.
46. Morales Sánchez, Julieta, “Reforma constitucional de derechos humanos: hacia un nuevo derecho en México”, *Perseo núm. 19*, México, PUDH, 2014; disponible en: <https://goo.gl/7ZYcBr>.
47. Moreso, Juan José, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a ed., México, UNAM-IIJ, 2018.
48. Murayama Rendón, Ciro, “Nota introductoria”, en Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, 2014.
49. Núñez Leiva, J. Ignacio, “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 10, núm. 2, 2012.
50. Organización Internacional para las Migraciones, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2013. El bienestar de los migrantes y el desarrollo*, Alicante, 2013; disponible en: <http://goo.gl/cekfGP>.

51. Orozco Henríquez, J. Jesús. “Los derechos humanos y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo”, en Tamayo y Salmorán, Rolando y Cáceres Nieto, Enrique (coords.), *Teoría del Derecho y conceptos dogmáticos*, México, UNAM- IJ, 1987.
52. Pérez Valera, Víctor M. “Relación entre Moral y Derecho”, *Revista Jurídica anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 33, año 2003.
53. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, 2009.
54. -----, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*, México, Ubijus, 2016.
55. Ramos, Jorge, “Calderón promulga Ley de Migración”, *El Universal*, México, 2011; disponible en: <https://urlzs.com/k2rRo>.
56. Rudzinsky, Javier, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2009; disponible en: <https://goo.gl/xaUF5f>.
57. Salazar, Pedro, *La democracia constitucional una radiografía teórica*, México, UNAM-IJ-FCE., 2006.
58. Saldaña, Javier, *Derecho natural tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, UNAM-IJ, 2012.
59. Sánchez Gil, Rubén, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a ed., México, UNAM-IJ, 2018.
60. -----, “Estudio preliminar”, en Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, México, UNAM-IJ, 2017.
61. -----, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM-IJ, 2017.

62. Sin Fronteras I.A.P., *La ruta del encierro: Situación de las personas en detención en estaciones migratorias y estancias provisionales*, México, 2013; disponible en: <https://goo.gl/MaaxqN>.
63. Sin Fronteras, et.al., *La detención migratoria: un análisis desde el modelo penitenciario y el gasto público*, México, 2019.
64. Siscar, Majo, “Mamá Rosa, entre dos historias”, *Animal Político*, México, 2014; disponible en: <https://urlzs.com/WLLck>.
65. Villaverde Menéndez, Ignacio, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a ed., México, UNAM-IIJ, 2018.

Instrumentos jurídicos

Nacionales

1. Diario Oficial de la Federación, *Acuerdo por el que se emiten las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración*, publicado el 8 de noviembre de 2012.
2. -----, *Acuerdo por el que se emiten los Lineamientos en materia de Protección a Migrantes del Instituto Nacional de Migración*, publicado el 29 de noviembre de 2012.
3. -----, *Ley de Migración*, publicada el 25 de mayo de 2011.
4. -----, *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, publicada el 4 de diciembre de 2014.
5. -----, *Ley General de Víctimas*, publicada el 9 de enero de 2013.
6. -----, *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*, publicado el 20 de mayo de 2013.
7. -----, *Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024*, publicado el 30 de abril de 2019.

8. -----, *Programa Especial de Migración 2014-2018*, publicado el 30 de abril de 2014.
9. -----, *Protocolo de actuación para asegurar el respeto a los principios y la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos migratorios*, publicado el 10 de agosto de 2016.
10. -----, *Reglamento de la Ley de Migración*, publicado el 28 de septiembre de 2012.
11. -----, *Reglamento de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, publicado el 2 de diciembre de 2015.
12. Secretaría de Gobernación, *Plan Estratégico del Instituto Nacional de Migración 2013-2018*, México, 2013; disponible en: <https://urlzs.com/G4YkJ>.
13. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que afecten a personas migrantes y sujetas de Protección Internacional*, México, 2013; disponible en: <https://urlzs.com/5eKWb>.

Internacionales

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.
2. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.
3. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.
4. Declaración de los Derechos del Niño de 1959.
5. Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven de 1985.
6. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Jurisprudencia

1. Época: Décima Época; Registro: 2002790; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2; Materia(s): Constitucional; Tesis: III.3o.T.4 K (10a.); Página: 1360: EXTRANJEROS. SU DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA SE ENCUENTRA GARANTIZADO POR EL ESTADO MEXICANO, POR LO QUE ÉSTE DEBE PROVEER LAS MEDIDAS NECESARIAS E IDÓNEAS PARA PERMITIRLE SU EJERCICIO PLENO.
2. Época: Décima Época; Registro: 2004712; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a. CCCXII/2013 (10a.); Página: 1052: INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS.
3. Época: Décima Época; Registro: 2005716; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.); Página: 396: DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO.
4. Época: Décima Época; Registro: 2006478; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional, Penal; Tesis: 1a. CXCIX/2014 (10a.); Página: 547: LIBERTAD PERSONAL. LA AFECTACIÓN A ESE DERECHO HUMANO ÚNICAMENTE PUEDE EFECTUARSE BAJO LAS DELIMITACIONES EXCEPCIONALES DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL.
5. Época: Décima Época; Registro: 2008638; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 16, Marzo de 2015, Tomo II; Materia(s): Constitucional, Penal; Tesis: 1a. XCIII/2015 (10a.); Página: 1096: DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL. CARACTERÍSTICAS DE LOS NIVELES DE CONTACTO ENTRE UNA AUTORIDAD QUE EJERCE FACULTADES DE SEGURIDAD PÚBLICA Y UNA TERCERA PERSONA.

6. Época: Décima Época; Registro: 2008688; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 16, Marzo de 2015, Tomo III; Materia(s): Común; Tesis: I.9o.P.3 K (10a.); Página: 2431: MIGRANTES. SI EN AMPARO RECLAMAN SU DETENCIÓN POR ORDEN DE LA AUTORIDAD MIGRATORIA, ES LEGAL QUE EL JUEZ DE DISTRITO, AL CONOCER DEL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN CORRESPONDIENTE, LES CONCEDA LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN, DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE LA MATERIA Y EL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A PERSONAS MIGRANTES Y SUJETAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.
7. Época: Décima Época; Registro: 2014726; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 44, Julio de 2017, Tomo II; Materia(s): Constitucional, Penal, Penal; Tesis: I.10o.P.13 P (10a.); Página: 1043: LIBERTAD PERSONAL. ATENTO AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, ES ILEGAL APLICAR LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO A LOS ACTOS QUE DERIVEN DE PROCESOS INICIADOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA TRADICIONAL, AUN CUANDO EL GOBERNADO AFIRME QUE AQUÉLLAS LE OTORGAN UNA MAYOR PROTECCIÓN PARA EL EJERCICIO DE DICHO DERECHO.
8. Época: Décima Época; Registro: 2016679; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 53, Abril de 2018, Tomo III; Materia(s): Común; Tesis: I.7o.P.7 K (10a.); Página: 2250: MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA SUSPENSIÓN. PARA SU OTORGAMIENTO Y EFECTIVIDAD, CUANDO SE CONCEDE CONTRA LA ORDEN DE LA AUTORIDAD MIGRATORIA QUE DECRETA EL ALOJAMIENTO DE UN MENOR EXTRANJERO PARA RESOLVER SU SITUACIÓN MIGRATORIA, DEBE ATENDERSE A LAS REGLAS ESTABLECIDAS EN LA LEY DE AMPARO Y ARMONIZARLAS CON LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y CON LA LEY DE MIGRACIÓN.
9. Época: Novena Época; Registro: 177124; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXII, Septiembre de 2005; Materia(s):

Común; Tesis: I.4o.A.60 K; Página: 1579: TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. SUS ELEMENTOS.

10. Época: Novena; Registro: 1013883; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Marzo de 2011; Tomo XXXIII; Tesis I.5o.C. J/16 (9a); página 2188: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.

Directrices de organismos protectores de los derechos humanos

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de movilidad humana en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13.
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*.

Otras fuentes

1. Bernal Pulido, Carlos, “Proporcionalidad”, *Diccionario de Derechos Humanos*, Alcalá, Universidad de Alcalá-AECID, 2011.
2. Castañeda, Alejandra, “¿Qué es el Programa Frontera Sur?”, en *Observatorio de legislación y política migratoria*, COLEF-CNDH, Boletín No. 1, México, 2016; disponible en: <https://goo.gl/bLmPvR>.
3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Visita in loco a México*, Washington D. C., 2003; disponible en: <https://goo.gl/bdDHcc>.
4. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Programa de Atención a Migrantes*; disponible en: <https://goo.gl/WubHHy>.
5. -----, *Recomendación No. 80/2013*, México, 2013; disponible en: <https://urlzs.com/T2CX9>.
6. Desarrollo Integral de la Familia, *Descripción e informe de resultados del programa de protección a la infancia en el ejercicio 2006*, México, 2006; disponible en: <https://goo.gl/aQwTv4>.

7. -----, *Estrategia de Prevención y Atención a Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes y Repatriados no Acompañados*, México, 2012; disponible en: <https://urlzs.com/AroQb>.
8. Examen ONU Venezuela, *El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos*, Venezuela, 2015; disponible en: <https://urlzs.com/2Q2Y7>.
9. Global Detention Project, *Mexico Immigration Detention*, Ginebra, 2018; disponible en: <https://urlzs.com/Pdpg>.
10. Instituto de los Mexicanos en el Exterior, *Estadísticas de mexicanos en el exterior*, México, 2017; disponible en: <https://goo.gl/1oP7Nt>.
11. -----, “Los OPIS: ¿Protectores de personas en situación de vulnerabilidad o de la imagen del INM?”, *Boletín 8*, México, 2013; disponible en: <https://goo.gl/p1UpXJ>.
12. Instituto Nacional de Migración, et.al., *Descripción del Programa Piloto de cuidado y acogida alternativa de NNA migrantes no acompañados en México*, México, 2016; disponible en: <https://urlzs.com/VxJZ5>.
13. Instituto Nacional de Migración, *Recomendaciones Dirigidas al INM: Recomendaciones que en materia de Derechos Humanos, No Discriminación y/o Equidad de Género, ha recibido la institución, y su curso de acción*, México, 2019; disponible en: <http://bit.do/e3KM7>.
14. Organización de las Naciones Unidas, “Boletín ONU: Promulgación Nueva Ley de Migración en México”, *Comunicado No. 11/127*, 2011; disponible en: <https://urlzs.com/W43Mp>.
15. Salazar Ugarte, Pedro, *El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción*, México, UNAM-IIJ, 2010; disponible en: <https://urlzs.com/ZXPX4>.
16. Secretaría de Gobernación, et. al., *Protocolo de evaluación inicial para la identificación de indicios de necesidades de protección internacional en niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados*, México, 2016; disponible en: <https://goo.gl/rMNqXV>.

17. Sistema de Consulta de Ordenamientos, *Exposición de motivos*, México, 2010; disponible en: <https://urlzs.com/K3S8v>.
18. Wolf, Sonja, “El INM: pasado y presente”, *Boletín 1*, México, 2013; disponible en: <https://goo.gl/Z2AuVD>.