MIGRANTES DETENIDOS[1]

Alfonso Jaime MARTÍNEZ LAZCANO[*]

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* III. *Migración más vulnerable.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

Resumen: Los problemas más graves de la humanidad se relacionan directamente con los factores que generan la migración, cuya esencia es el hambre, el racismo, la pobreza, los conflictos y la violencia de género. La parte de la migración que se encuentra en mayor riesgo durante el trayecto del país de origen al de destino, es la llamada indocumentada o en situación irregular, quienes son presa del crimen organizado, las autoridades de migración, de los que aprovechan para explotarlos como trabajadores, de desaparición forzada, levantamiento, trata de personas, asesinatos, entre otras conductas antisociales.

Palabras clave: Migración, Derechos humanos, SIDH, reparación integral, repatriación.

Abstract: The most serious problems of humanity are directly related to the factors that generate migration, whose essence is hunger, racism, poverty, conflicts and gender violence. The part of the migration that is most at risk during the journey from the country of origin to the destination is the so-called undocumented or in an irregular situation, who are prey to organized crime, the migration authorities, from which they take advantage to

---

[1] Artículo resultado del Proyecto de Investigación de la Estancia Posdoctoral Vinculada al Fortalecimiento de la Calidad del Posgrado Nacional del Conacyt en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco del Doctorado Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos. Trabajo recibido el 14 de enero de 2018 y aprobado el 3 de mayo de 2018.

[*] Profesor en Estancia Posdoctoral de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco e Investigador Nacional por el SNI-Conacyt. Nivel 1. Líneas de investigación: Derechos humanos; derecho constitucional y derecho convencional. Contacto: lazcanoalf14@hotmail.com

exploit them as workers, forced disappearance, uprising, trafficking in persons, murders, among other antisocial behaviors.

Keywords: Migration, Human rights, SIDH, integral reparation, repatriation.

I. INTRODUCCIÓN

La migración es un fenómeno social complejo que se relaciona con los problemas más graves de la humanidad, como el hambre, el racismo, la pobreza, los conflictos y la violencia de género,[2] entre otros, a causa del nivel de desarrollo humano de los países de origen de los emigrantes, por el bajo crecimiento económico, el saqueo de los recursos naturales y financieros por las naciones del "primer mundo", que provocan desempleo, inseguridad y falta de oportunidades, países como Honduras, Guatemala, El Salvador, Haití, Cuba, Venezuela y México en América Latina son donde más se da la emigración, pero además no solo hay una movilidad externa, sino también interna (desplazados) casi por los mismas causas.

Durante el trayecto a su destino la población migrante es presa de agentes de los Estados y del crimen organizado, lo que ocasiona una seria violación de derechos humanos, cuyo motor central es la discriminación y la situación de vulnerabilidad, ante la casi nula protección de las autoridades, aun cuando los Estados reconocen la obligación de ser garantes de los derechos humanos y la prohibición de realizar expulsiones colectivas de extranjeros en el derecho positivo nacional, sea por estar previsto en la legislación interna o por haberse adherido o suscrito a un tratado internacional,[3] o por el contrario, hay naciones que sin reconocer estos derechos crean normas punitivas o políticas que criminalizan el ingreso irregular (migración sin documentos), en ambas situaciones la contravención a la dignidad de estas personas es grave.

Cuando los migrantes son privados de su libertad se da una serie de violaciones a sus derechos humanos, la mayoría de los cuales les asisten sin importar su nacionalidad, sobre todo a las personas que tienen estancia irregular en el país de tránsito.

[2] ONU, *Problemas actuales de la sociedad y sus consecuencias*, ACNUR Comité Español, mayo 2018, (Véase en: https://eacnur.org/blog/problemas-actuales-de-la-sociedad-y-sus-consecuencias/

[3] Por ejemplo, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

En el contenido de la investigación se analizan las consecuencias jurídicas en los regímenes internos de los Estados al ser Parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, qué es éste, quiénes los integran y cuáles son los parámetros de protección a que se obligan, de manera especial el deber de establecer un medio de protección judicial sencillo y eficaz, que permita sancionar a los responsables de la violación de derechos humanos y la reparación integral a las víctimas, el acceso a la justicia, los derechos de las personas que son detenidas en base a la jurisprudencia y la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a las observaciones generales del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, así como el Comité de los Derechos del Niño.

El objetivo es simplificar, de acuerdo a la extensión del trabajo, los derechos de la población migrante cuando son detenidos, que formalidades deben cumplirse, entre éstas se encuentran: el informe las razones de la detención, la presentación ante autoridades competentes, los locales de la donde se debe llevar la detención, el tratamiento tratándose de niños, niñas y adolescentes no acompañados, la prohibición de detenciones por estereotipos y a la criminalización de la migración, la asistencia consular, los gastos de repatriación por expulsión, facultades del personal de migración, entre otros.

El desplazamiento interno, sin que sea materia de este trabajo, pero es necesario señalar que se debe principalmente a la presencia del crimen organizado en sus comunidades, la guerra contra las drogas, las diferencias políticas, la intolerancia religiosa, que ocasionan que comunidades se dividan o se conviertan en pueblos fantasmas,[4] por desplazados internos se concibe:

> *Personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser*

[4] FREGOSO, Juliana, *Los desplazados por la violencia van dejando poblaciones enteras sin habitantes. Las ONG advierten la falta de interés y de metodologías adecuadas para llevar un registro de ellas*, INFOBAE, 2/07/2017, (Véase en: https: //www.infobae.com/america/mexico/2017/07/02/pueblos-fantasma-el-saldo-invisible-de-la-guerra-narco-en-mexico/, consulta 12/01/2018.

humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.[5]

II. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIHD) es un medio convencional de control regional de promoción y protección de derechos humanos a la población de los Estados de América que se han adherido a este régimen, supervisado por dos instituciones internacionales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y en el plano interno por todos los jueces nacionales en base a un conjunto de reglas, principios y directrices.[6]

1. Estados que pertenecen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos

No todos los miembros de la Organización de los Estados Americanos han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH), y no todos los que han suscrito la Convención ADH reconocen la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, actualmente son veinticuatro los países que la admiten como fuente del derecho nacional a la Convención ADH y son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Lo que representa el 68% del total de los países de América.

Trinidad y Tobago dejo de ser Estado parte al denunciar a la Convención ADH el 26 de mayo de 1998,[7] y recientemente Venezuela el 10 de septiembre de 2013.[8]

Son veinte los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, a decir: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú,

[5] CMDPDH, *Desplazamiento interno forzado en México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C.,* (Véase en: http: //cmdpdh.org/temas/desplazamiento-interno/

[6] MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2015, p. 135.

[7] CORTE IDH. *Historia de la Corte IDH*, Véase en: http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh

[8] MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *op. cit*., p. 159.

República Dominicana, Surinam y Uruguay,[9] lo que equivale al 57% del total de los países de América.

2. Obligación de los Estados de garantizar la protección judicial

Los Estados parte del SIDH tienen la obligación de respetar los derechos y libertades, así también el asegurar su ejercicio, es decir, facilitar los medios e instrumentos para poder garantizar su ejercicio pleno.

En este sentido, "*el artículo 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención ADH, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido*".[10]

La eficacia de la protección judicial de derechos humanos precisa dos fines que se persiguen: 1) que los responsables de violaciones de derechos humanos no queden impunes, y 2) lograr la reparación integral a las víctimas.

En este sentido la Corte IDH, ha manifestado que en términos amplios la protección judicial contempla "la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales".[11]

[9] CORTE IDH. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, 2018, p. 6., (Véase en: http: //www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf)

[10] CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, Párrafo 169. En concordancia de ideas, *véase* Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, Párrafo 65; Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, Párrafo 164 y Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, Párrafos 82 y 83.

[11] CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, Párrafo 91 y Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafo 261. *Véase* también Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, Párrafo 214.

2.1. Impunidad

La impunidad representa el no castigo o sanción a los perpetradores de derechos humanos, que cuando esta conducta se generaliza o institucionaliza impacta gravemente en los derechos humanos de la sociedad.

La Corte IDH ha sostenido que la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo no se reduce simplemente a la mera existencia de tribunales o procedimientos formales.[12]

Un razonamiento más amplio, respecto a este tema establece que:

La Corte IDH estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención ADH, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención ADH. Es por ello que los Estados partes en la Convención ADH que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son [por ejemplo] las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención ADH.[13]

2.2. Reparación integral

Es aquella que tiene por objeto la rehabilitación total en lo posible a las víctimas, como consecuencia de los atropellos sufridos cuando el Estado no protege los derechos humanos, con la finalidad de resarcir los daños y perjuicios causados y evitar que en el futuro se continúe victimizando a otras personas por el mismo motivo.

En el mismo orden de ideas el Tribunal Interamericano ha sostenido que la protección judicial es "la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser

[12] Sobre esta idea, *véase* CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, Párrafos 66-68 y CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafos 261-263.

[13] CORTE IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, Párrafo 43.

encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo".[14]

La reparación es la consecuencia directa de la condena y la responsabilidad para el Estado, constituye el mayor grado de desarrollo del derecho internacional, tiene como propósito colocar a la víctima en una posición más o menos similar a la que se encontraba antes del hecho ilícito internacional.[15]

Cabría analizar en este punto, cuáles son los alcances de la obligación que en este razonamiento se le imputa al Estado, que el medio de protección tenga la característica de efectividad enunciada, da a entender que no se trata de que los recursos judiciales estén reconocidos en instrumentos jurídicos, sino que además de esto, el Estado debe proporcionar los medios necesarios para poder hacerlos válidos, es decir ejecutables.

III. MIGRACIÓN MÁS VULNERABLE

La parte de la migración que se encuentra en mayor riesgo durante el trayecto del país a origen al de destino, es la llamada indocumentada o en situación irregular, quienes son presa del crimen organizado, las autoridades de migración, de los que aprovechan para explotarlos como trabajadores, de desaparición forzada, levantamiento, trata de personas, asesinatos, entre otras conductas antisociales.

Los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues son los más expuestos a las violaciones

[14] CORTE IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención ADH Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, Párrafo 24; Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, Párrafo 100; y Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafo 261.

[15] MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Reparación integral de violación de derechos humanos pueblos indígenas y grupos étnicos, *Revista Jurídica Primera Instancia*, Número 5 julio-diciembre 2015, p. 136.

potenciales o reales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos".[16]

1. Violaciones a la población migrante declaradas por la Corte IDH

La Corte IDH en diversos casos referentes a la migración y refugiados ha declarado violados los derechos de la Convención ADH, como el derecho a la integridad personal (artículo 5), libertad personal (artículo 7), debido proceso (artículo 8), acceso a la justicia (artículo 8 y 25), protección de la familia y derechos de los niños y niñas (artículos 17 y 19), nacionalidad (artículo 20) y libertad de circulación (artículo 22).[17]

1.1. Acceso a la justicia

El acceso a la justicia como un derecho fundamental que guarda gran importancia no sólo por ser un derecho humano en sí mismo, sino también porque es a través de él que se garantiza el respeto- o en su caso, reparación- de todos los demás.[18]

Las cuestiones referentes a los derechos humanos del hombre necesitan, por ende, con un sistema o con otro, ser judiciales-o justiciables-, es decir, poder ingresar a conocimiento y decisión de la jurisdicción (constitucional, dada la materia) para que ésta resuelva la pretensión a que el justiciable ha dado acceso mediante el ejercicio de su derecho a la jurisdicción que, no obstante su carácter instrumental, es uno de los derechos primordiales de la persona humana.[19]

En la Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados en la resolución de 17 de septiembre de 2003, entre otras partes determinó:

a) Los Estados están obligados a que en sus políticas migratorias tener presente el respeto por los derechos humanos.
b) Que las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables.

[16] CORTE IDH. *Caso Velez Loor. Vs. Panamá*, 2003, párr. 98.
[17] CORTE IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH nº 2: Personas situación de migración o refugio,* (Véase en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf, consulta 12/02/2018)
[18] IBÁÑEZ, Juana María, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2015, p. 7.
[19] BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1993, p. 59.

c) Los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas.

d) Que no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable.

2. Detención

En el supuesto de que sea detenido un trabajador por su situación migratoria irregular, las autoridades están obligadas, desde el momento que se encuentre privado de su libertad, de informar a él y a sus familiares, de ser posible en su idioma, las razones de la acusación que justifiquen la detención.

El Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) ha recomendado el uso de formularios que contengan la siguiente información:

> *[…] sobre los recursos disponibles en los idiomas que con mayor frecuencia utilicen o comprendan los trabajadores migratorios en situación irregular en los países de que se trate. Sin embargo, esos formularios deben ir acompañados de una orden de detención que contenga información concreta sobre los hechos y los fundamentos jurídicos de la detención.*[20]

[20] Observación: CMW-GC-2 Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, Párr. 28.

2.1. Información de las razones de la detención

En forma general la Convención ADH dispone como garantía en el artículo 7.4: *Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*

Así de forma específica, este derecho es aplicable a los extranjeros detenidos o retenidos por las autoridades nacionales debido a su situación inmigratoria, por lo que una vez asegurados deben ser informados de las razones específicas, y en su caso los fines en supuesto de decidir su deportación.

Así la Corte IDH en el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*.

> […] *conforme al Reglamento de Migración, los cargos específicos en su contra debían notificarse en el mandamiento del arresto ordenado por el Directorio General de Migración. No obstante no se desprende de los hechos establecidos en el caso, que en algún momento los miembros de las familias Medina, Fils-Aimé y Jean, Rafaelito Pérez Charles, y Bersson Gelin fueran informados sobre las razones y motivos de la privación de su libertad, de forma verbal o escrita. Además, no existe documento alguno que acredite que les fuera comunicado por escrito sobre la existencia de algún tipo de cargo en su contra, como lo requería la normativa interna vigente en la época de los hechos. Ello lleva a concluir que el Estado no observó la garantía establecida en el artículo 7.4 de la Convención ADH.* [21]

2.2. Presentación ante autoridad del detenido

El CMW considera que toda persona detenida y privada de libertad por motivos exclusivamente relacionados con cuestiones de inmigración debe ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, a fin

[21] CORTE IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, Párrafo 370.

de que examine la legalidad de la detención y/o la reclusión,[22] así como la necesidad de mantener esas medidas, y ordene la puesta en libertad sin condiciones del detenido y/o la aplicación de medidas menos coercitivas, en su caso. Un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer competencias judiciales deben examinar periódicamente la necesidad de seguir aplicando las citadas medidas y la legalidad de las detenciones. La carga de la prueba recaerá en las autoridades que efectúan la detención, que deberán justificar la necesidad de restringir la libertad de la persona. El trabajador migratorio deberá tener acceso a asesoramiento jurídico y a representación legal, de forma gratuita si es necesario, para poder recurrir la legalidad de la detención. Nunca debería recluirse a niños, y en particular si se trata de niños no acompañados o separados de su familia, por motivos relacionados exclusivamente con temas de inmigración.[23]

2.3. Prohibición por detenciones por cuestión de estereotipos

Los estereotipos son las características específicas que distinguen a un grupo social del resto, que en el sentido negativo, causa un grave perjuicio social y racial, lo que en sí representa una discriminación.

En este sentido, el hecho de que otro grupo humano con perfiles raciales diferente al país de tránsito o destino, provoca una actitud de rechazo y discriminación, por ejemplo, *el presidente estadounidense Donald Trump, frustrado con un proyecto legislativo sobre migración que incluiría protecciones para personas de Haití y algunas naciones africanas, demandó durante una reunión con legisladores en la Casa Blanca saber por qué Estados Unidos debería aceptar a personas de "países de mierda" en vez de a gente de Noruega, de acuerdo con personas con conocimiento directo de la conversación.*[24]

De esta forma, la Corte IDH en el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* advirtió que de los hechos no se desprende que las privaciones de libertad de los miembros de la familias Jean, Fils-Aimé y Medina, así como

[22] Los extranjeros con estancia irregular en México detenidos por el Instituto de Migración deben ser alojados en una Estación o Estancia Migratoria, no en una prisión.
[23] Observación: CMW-GC-2 *Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, Párr. 33.
24 Hirschfeld Davis, Julie, Gay Stolberg, Sheryl y Kaplan, Thomas, Entre repudios, *Trump niega haber hecho comentarios despectivos sobre inmigrantes*, The New York Times, 12 de enero de 2018, (Véase en: https: //www.nytimes.com/es/2018/01/12/donald-trump-migantes-haiti-noruega/).

de Rafaelito Pérez Charles y Bersson Gelin, antes de ser expulsados del territorio dominicano a Haití, se hayan efectuado de acuerdo con el procedimiento establecido en la normativa interna. Por ello, resultaron ilegales, en contravención con el artículo 7.2 de la Convención ADH. Asimismo, no se llevaron a cabo con la finalidad de realizar un procedimiento migratorio formal. Es claro que la manera en que se realizó la privación de libertad de las presuntas víctimas por parte de los agentes estatales, indica que fue por perfiles raciales relacionados con su aparente pertenencia al grupo personas haitianas o dominicanas de origen o ascendencia haitiana, lo que resulta manifiestamente irrazonable y por tanto arbitrario. Por lo dicho, se infringió el artículo 7.3 del tratado. En consecuencia, este Tribunal considera que las privaciones de libertad fueron ilegales y arbitrarias y el Estado vulneró los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención ADH.[25]

2.4. Locales de detención[26]

El artículo 17, párrafo 3, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CIPDTMF) pone de relieve el carácter no penal de la detención administrativa. Dispone que los trabajadores migratorios o sus familiares que sean detenidos por violación de las disposiciones sobre migración sean alojados, en la medida de lo posible, en locales distintos de los destinados a las personas condenadas o a las personas detenidas que esperan ser juzgadas. Como esta detención puede prolongarse mucho, los migrantes detenidos deben ser alojados en centros especiales específicamente diseñados para tales propósitos. Además, no se les someta a mayores restricciones ni a condiciones más severas que las requeridas para garantizar la seguridad de su custodia y el mantenimiento del orden. El CMW estima que los Estados partes deben buscar alternativas a la detención administrativa, y que esta solo debería utilizarse como último recurso.

[25] CORTE IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, Párrafo 368.

[26] Los extranjeros con estancia irregular en México detenidos por el Instituto de Migración deben ser alojados en una Estación o Estancia Migratoria, no en una prisión.

2.5. Criminalización de la inmigración irregular

El Comité de los Derechos del Niño (CRC) y el CMW respecto de la criminalización de la entrada y estancia irregular han determinado que es violatoria de derechos humanos, ya que no constituyen delitos contra las personas, los bienes o la seguridad nacional; en cuanto a los niños han determinado que no deben ser sometidos a medidas punitivas, porque de hacerlo va más allá del interés legítimo de los Estados partes por controlar y regular la migración y da lugar a detenciones arbitrarias.[27]

La detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debe bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo.

Como ya fue establecido, los Estados tienen la facultad de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio, por lo que este puede ser un fin legítimo acorde con la Convención. Es así que, la utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación. No obstante, y al tenor de la opinión del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, "la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias". Del mismo modo, la Relatora de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes ha sostenido que "[l]a detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo". En el presente caso, la Corte considera que la finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo a la Convención.[28]

2.6. Consecuencias de la detención de niños

Las consecuencias que generan a la vida de los niños que son detenidos son: poner en grave riesgo la salud física y mental, por más breve que sea el tiempo de la privación de

[27] Observación: CRC-GC-23 *Sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno,* Párr. 7.

[28] CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, Párrafo 169.

la libertad, de acuerdo con el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes:

> *En el contexto de la detención administrativa* por *motivos de inmigración... la privación de libertad de niños a causa de la situación de migración de los padres nunca respeta el interés superior del niño, supera el requisito de necesidad, se convierte en extremadamente desproporcionada y puede ser constitutiva de trato cruel, inhumano o degradante de los niños migrantes.*[29]

En el artículo 4, párrafo 2, del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes se define la privación de libertad como "cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente". La regla 11 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad dice lo siguiente: "a los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes: ... b) 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".

2.6.1. Niños no acompañados

En el caso de niños no acompañados o separados de sus familias, incluidos los niños separados de sus padres debido a la aplicación de las leyes sobre la inmigración, por ejemplo por la detención de los padres, deberán tomarse y aplicarse sin demora iniciativas para encontrar soluciones sostenibles y basadas en derechos, incluida la posibilidad de una reunificación de la familia. Si el niño tiene familiares en el país de destino, el país de origen o un tercer país, las autoridades encargadas de su protección y bienestar en los países de tránsito o de destino deberán ponerse en contacto con dichos familiares lo antes posible. La

[29] Observación: CMW-GC-4 *Obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*, Párr. 9.

decisión acerca de si un niño ha de reunirse con su familia en el país de origen, de tránsito o de destino deberá basarse en una evaluación sólida en la que el interés superior del niño sea una consideración primordial y se tenga en cuenta la posibilidad de una reunificación de la familia, y que incluya un plan de reinserción sostenible que garantice la participación del niño en el proceso.[30]

2.6.2. No a la separación de los niños de su familia

La detención de los niños y sus familias como inmigrantes debe estar prohibida por la ley y su abolición garantizada en teoría y en la práctica. Los recursos dedicados a la privación de libertad deben destinarse a soluciones que no entrañen custodia y que sean llevadas a la práctica por especialistas competentes en la protección del niño que estén en relación con este y, cuando proceda, con su familia. Las medidas ofrecidas al niño y a la familia no deben entrañar ningún tipo de privación de libertad del niño ni de la familia y deben basarse en una ética del cuidado y la protección, no de la represión. Deben centrarse en resolver los casos en el interés superior del niño y facilitar todas las condiciones materiales, sociales y emocionales necesarias para garantizar la protección global de sus derechos, permitiendo su desarrollo integral. Los órganos públicos independientes, así como las organizaciones de la sociedad civil, deben poder supervisar de manera regular estos servicios o medidas. Los niños y las familias deben tener acceso a recursos efectivos cuando se efectúe algún tipo de detención por razones de inmigración.[31]

En cuanto a la posible separación familiar por razones migratorias, la Corte recuerda que los Estados tienen la facultad de elaborar y ejecutar sus propias políticas de inmigración, incluyendo el control del ingreso, residencia y expulsión de extranjeros. Sin embargo, cuando un Estado adopta una decisión que involucra alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o niño, debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Al respecto, cabe resaltar que una medida de expulsión o deportación puede tener efectos perjudiciales sobre

[30] Observación: CRC-GC-23 *Sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*, Párr. 34.

[31] Observación: CRC-GC-23 *Sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*, Párr. 12.

la vida, bienestar y el desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial. De este modo, "cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño. Específicamente, la Corte IDH ha mantenido que "el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. Por consiguiente, las separaciones legales de la niña o el niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.[32]

3. Pago de repatriación

En el supuesto de expulsión de país el artículo 22, párrafo 8, de la CIPDTMF dispone que los trabajadores migratorios y sus familiares estén exentos de sufragar el costo de su expulsión. El Estado expulsor puede exigirles que sufraguen sus propios gastos de viaje, pero los trabajadores migratorios no deben tener que pagar el costo de los procedimientos judiciales que hayan desembocado en su expulsión ni los gastos de su detención administrativa. No obstante, el CRC señala que no deberá exigirse a los trabajadores migratorios que se encuentren en situación irregular por causas ajenas a su voluntad, por ejemplo por haber sido despedidos antes del vencimiento de su contrato o cuando el empleador no haya realizado los trámites necesarios, sufragar los gastos del procedimiento de expulsión, incluidos los gastos de viaje.[33]

4. Facultades de los funcionarios de migración

Asimismo la Corte [IDH] considera que, en materia migratoria, "la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, la Corte [IDH] ya ha establecido que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del

[32] CORTE IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, Párrafo 416.

[33] Observación: CMW-GC-2 *Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares,* Párr. 57.

artículo 8.1 de la Convención [ADH] se aplican también a las decisiones de órganos administrativos". Toda vez que, en relación con esta garantía corresponde al funcionario de migración la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias, "es imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria".[34]

IV. CONCLUSIONES

1. Los problemas más graves de la humanidad se relacionan directamente con los factores que generan la migración, cuya esencia es el hambre, el racismo, la pobreza, los conflictos y la violencia de género.

2. Los Estados han suscrito una serie de compromisos internacionales y han establecido órganos de supervisión del cumplimiento de los mismos acuerdos en materia de derechos humanos, que llenan un hueco esencial en la protección de los sectores más vulnerables, como se evidencia en la jurisprudencia de la Corte IDH y en las observaciones generales de los Comités de la ONU.

3. El aumento de la migración incide en el crecimiento de la desigualdad social: pobreza y concentración de la riqueza en pocas manos, como consecuencia de la globalización económica y financiera.

4. Los operadores jurídicos actuales carecen de preparación y empatía necesaria en materia de derechos humanos, ya que no son suficientes los cambios legislativos y los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH para cambiar realidades, si éstos no se convierten en garantes de la protección de derechos humanos.

5. La población migrante es vulnerable no solo por la omisión de protección de los agentes, sobre todo la agresión que éstos les despliegan, por ello es fundamental sancionar estas conductas para combatir la impunidad y reparar integralmente la violación de derechos humanos cuando se acredite, para contribuir en las garantías de no repetición.

6. La situación más angustiante es la privación de la libertad y la separación de familias sin justificación legal que representan una responsabilidad internacional.

[34] CORTE IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, Párrafo 137.

V. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1993.

FREGOSO, Juliana, *Los desplazados por la violencia van dejando poblaciones enteras sin habitantes. Las ONG advierten la falta de interés y de metodologías adecuadas para llevar un registro de ellas*, INFOBAE, 2/07/2017, (Véase en: https://www.infobae.com/america/mexico/2017/07/02/pueblos-fantasma-el-saldo-invisible-de-la-guerra-narco-en-mexico/, consulta 12/01/2018.

IBÁÑEZ, Juana María, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 2015.

ISLAS COLÍN, Alfredo, *Migrantes y refugiados. Protección de derechos humanos*, Porrúa, México, 2018.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Sistemas regionales de protección de derechos humanos,* Ediciones Nueva Jurídicas, Bogotá, 2015.

Hemerografía

Hirschfeld Davis, Julie, Gay Stolberg, Sheryl y Kaplan, Thomas, Entre repudios, *Trump niega haber hecho comentarios despectivos sobre inmigrantes*, The New York Times, 12 de enero de 2018, (Véase en: https: //www.nytimes.com/es/2018/01/12/donald-trump-migantes-haiti-noruega/, consulta 20/01/2018).

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime*,* Reparación integral de violación de derechos humanos pueblos indígenas y grupos étnicos, *Revista Jurídica Primera Instancia*, Número 5 julio-diciembre 2015, p. 136.

Jurisprudencia Interamericana

CORTE IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, Párrafo 214.

CORTE IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.

CORTE IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.

CORTE IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42,

CORTE IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

CORTE IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.

CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Publicaciones de la Corte IDH

CORTE IDH. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, 2018, p. 6., (Véase en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf, consulta 09/03/2018).

CORTE IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH nº 2: Personas situación de migración o refugio,* (Véase en: http: //www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf, consulta 12/02/2018)

CORTE IDH. *Historia de la Corte IDH*, Véase en: http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh (Consultada 6 de mayo de 2014).

Sistema universal de la ONU

Observación: CMW-GC-2 Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares.

Observación: CMW-GC-4 Obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

Observación: CRC-GC-23 Sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

ONU Migración. Informe de Indicadores de la Migración Mundial 2018, (Véase en: https://www.iom.int/es/news/la-oim-lanza-el-informe-de-indicadores-de-la-migracion-mundial-2018, consulta 12/03/2018).

ONU. Problemas actuales de la sociedad y sus consecuencias, ACNUR Comité Español, mayo, 2018, (Véase en: https: //eacnur.org/blog/problemas-actuales-de-la-sociedad-y-sus-consecuencias/, consulta 10/12/2018).

Información nacional

CMDPDH, Desplazamiento interno forzado en México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C., (Véase en: http: //cmdpdh.org/temas/desplazamiento-interno/, consulta 12/05/2018).