



CENTRO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES
GILBERTO BOSQUES
ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN



LA SEPARACIÓN FORZADA DE FAMILIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL: ELEMENTOS GENERALES A PARTIR DE LA COYUNTURA ESTADOUNIDENSE

22 DE JUNIO DE 2018

NOTA INFORMATIVA



Imagen: John Moore/Getty.

En las últimas semanas, la discusión pública en Estados Unidos se ha concentrado en torno a la política migratoria de tolerancia cero implementada por la Administración Trump. Específicamente, lo que ha provocado el reclamo generalizado por parte de actores políticos, organizaciones de la sociedad civil y de la comunidad internacional, es la separación forzada de familias que las agencias migratorias estadounidenses están llevando a cabo en la región fronteriza. El objeto de este documento es realizar una revisión general del corpus del derecho internacional para identificar cuáles son las provisiones relacionadas y aplicables a la separación forzada de familias, independientemente del contexto en el cual ésta se lleve a cabo.

Forced family separation in international law: general notions in light of the current situation in the U.S.

During recent weeks, public discussion in the United States has been focused on the Trump Administration's 'zero tolerance' policy on immigration. Specifically, in the forced separation of families perpetrated by U.S. immigration authorities in the border region, which has sparked a widespread outcry by political actors, civil society organizations and the international community. This document's aims to revise the international law corpus in order to identify any provisions related and applicable to forced family separation, regardless of the context in which it's carried out.

Introducción

En las últimas semanas, la discusión pública en Estados Unidos se ha concentrado en torno a la política migratoria de tolerancia cero implementada por la Administración Trump. Específicamente, lo que ha provocado el reclamo generalizado por parte de actores políticos, organizaciones de la sociedad civil y de la comunidad internacional, es la separación forzada de familias que las agencias migratorias estadounidenses están llevando a cabo en la región fronteriza. La separación se está realizando en función del interés del gobierno estadounidense de perseguir penalmente a todos los inmigrantes no autorizados, lo que implica su transferencia a espacios bajo custodia de las autoridades penales en las que no pueden estar los menores de edad que acompañen al procesado en su travesía migratoria. Esto ha resultado en la reclusión de niñas y niños no acompañados en centros de detención migratorios. Amén del dramatismo inherente a las imágenes, lo cierto es que la política de separación forzada de familias que está teniendo lugar en Estados Unidos puede ser considerada contraria al derecho internacional, según se ha codificado en distintos instrumentos.

Recientemente, el Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques publicó un documento analizando la coyuntura estadounidense en materia migratoria, las acciones específicas que la Casa Blanca ha tomado en la materia, y las reacciones internacionales ante las mismas.¹ Por tal motivo, el objeto de la presente Nota Informativa es más bien realizar una revisión general del *corpus* del derecho internacional para identificar cuáles son las provisiones relacionadas y aplicables a la separación forzada de familias, independientemente del contexto en el cual ésta se lleve a cabo. Posteriormente, se reseñan algunos de los acontecimientos más relevantes en el marco de la coyuntura estadounidense al respecto.

La separación forzada de familias en el derecho internacional

De entrada, es importante tener presente que la familia como institución social no es un sujeto fundamental del derecho internacional. Esto no significa que no haya convenciones o tratados que incluyan provisiones relacionadas con la familia, aunque generalmente los derechos y obligaciones están dirigidos a los miembros de la familia en calidad de individuos (*i.e.*, el derecho del individuo a formar y tener una familia). Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), cuyo artículo 16 establece que “hombres y mujeres adultos, sin limitaciones de raza, nacionalidad o religión, tienen el derecho a contraer matrimonio y formar una familia” [...] y que “la familia es la unidad grupal natural y fundamental de la sociedad y por tanto debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

Y es que, a pesar de que la familia es una institución central en prácticamente todas las sociedades (como lo establece el citado artículo de la DUDH), la conformación y roles sociales de la misma no son iguales en cada sociedad, lo que ha provocado que el sistema del derecho internacional sólo se refiera a ella de manera indirecta. De acuerdo con Lea Brilmayer y Sonja Starr, académicas especializadas en derecho internacional, este *corpus* jurídico ha comenzado a desarrollar, desde

¹ Véase Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques: “Restricciones a la inmigración implementadas durante la administración Trump: una política de tolerancia cero”, Nota de Coyuntura México, *Senado de la República*, 13 de junio de 2018. Consultado el 18 de junio de 2018 en: http://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/docs/NC_PolMigracion_EEUU_130618.pdf

hace al menos tres décadas, algunas normas internacionales que bajo determinadas circunstancias están orientadas a la protección de la familia y específicamente a la prevención de la separación forzada de la misma.²

Por “separación forzada” de la familia debe entenderse aquella situación en la cual los miembros de la familia son separados por circunstancias y decisiones ajenas a dichos miembros, por la razón y bajo la circunstancia que sea (*i.e.*, no incluye fenómenos como el divorcio). Históricamente, y en vista de que los niños son los miembros más vulnerables de la familia, los instrumentos internacionales que se han referido – así sea indirectamente – a la importancia de mantener la integridad familiar suelen ser aquellos enfocados a la protección internacional de los niños. Los primeros instrumentos internacionales orientados a proteger a los niños fueron los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que, en las décadas de 1910 y 1920 comenzaron a establecer disposiciones para evitar el trabajo infantil, aunque no cuentan con provisiones relacionadas a la familia. Para que ésta institución comience a formar parte del derecho internacional habría que esperar hasta la segunda mitad del siglo XX, como consta en la Tabla 1, que incluye las convenciones y tratados internacionales que cuentan con alguna disposición relacionada con la protección de la familia.

Tabla 1. Instrumentos internacionales y otros documentos con provisiones orientadas, directa o indirectamente, a la protección de la familia

Instrumento	Contenido relacionado con la familia y que buscaría prevenir su separación forzada
Declaración Universal de los Derechos Humanos (1945)	En el apartado 3 del artículo 16 señala que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”
Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y sus Protocolos (1950)	<p>El artículo 8 se refiere al “respeto a la vida privada y familiar”. La fracción 2 del artículo en cuestión establece que “no habrá interferencia alguna de la autoridad pública para el ejercicio de este derecho salvo que sea necesario – y así esté establecido en la ley [nacional] - por razones de seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico, prevención del crimen, protección de la salud o la moral, y protección de los derechos y libertades de otros.</p> <p>El artículo 12 consagra el derecho al matrimonio y la formación de una familia.</p> <p>El Protocolo 7 de la Convención Europea (1984) establece, en su artículo 5, que las personas casadas gozarán de igualdad de derechos “en sus relaciones con sus hijos”, pero acota que no prevendrá a los Estados tomar</p>

² Sonja Starr y Lea Brilmayer, “Family Separation as a Violation of International Law”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, núm. 2, 2003, p. 213.

	acciones que contravengan este principio siempre y cuando así lo demande el interés del niño”.
Convención sobre el Estado de los Refugiados de 1951 + Protocolo de 1967	Si bien el articulado de la Convención no contempla provisiones relacionadas explícitamente con la familia, es importante hacer notar que el Acta Final de la Conferencia de la Haya – de la cual surgió la Convención – incorporó en sus recomendaciones para la redacción de un protocolo sobre el estatus de los refugiados, la inclusión del “principio de unidad de la familia”, a partir del cual los Estados parte deberían “asegurar 1) la unidad de la familia del refugiado en los casos en que la cabeza de familia haya cumplido con los requisitos de admisión en determinado país; y 2) la protección de refugiados menores de edad, especialmente niños y niñas no acompañados”.
Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos (1966)	En el artículo 23 inciso 1 señala que “La familia es el grupo natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”. En el artículo 24 inciso 1 señala que “Todo niño deberá tener, sin discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, propiedad o nacimiento, el derecho a las medidas de protección exigidas por su condición de menor, por parte de su familia, la sociedad y el Estado”.
Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969)	El artículo 19 de Derechos del Niño señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.
Convención para la Eliminación de Cualquier Forma de Discriminación contra las Mujeres (1979)	El artículo 16 señala que se deberán eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer relacionadas con el matrimonio y las relaciones familiares. El inciso (f) específicamente dice que hombres y mujeres “tendrán los mismos derechos y responsabilidades con relación a la tutoría y guarda de los niños, y en todos los casos el interés del niño debe ser fundamental”.
Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)	El artículo 18 tiene como título “Protección de la familia y grupos vulnerables” y reconoce a la familiar como “la unidad natural y base de la sociedad”, por lo cual debe ser protegida por el Estado y debe asistirle como “institución custodia de la moral y tradiciones reconocidas por la comunidad”.
Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (1989)	<i>Principio de interés superior del niño:</i> Uno de los principios generales de la Convención, “enfatisa la condición del niño como sujeto con opiniones y sentimientos propios, derechos civiles y políticos, a la vez que como beneficiario de protecciones especiales”.

	De acuerdo con el primer párrafo artículo 3º de la CDN: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”
Convención Internacional para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias (1990)	<p>De entrada, y como el nombre lo indica, todos los derechos que consagra esta Convención se garantizan también para los miembros familiares del “trabajador migrante”. El artículo 14 los protege contra la interferencia ilegal de su privacidad familiar.</p> <p>Más adelante, la fracción 6 del artículo 17 señala que “cuando un trabajador migrante sea privado de su libertad, las autoridades competentes del Estado en cuestión deberán atender los problemas que ello implique para los miembros de sus familias”, especialmente sus cónyuges e hijos menores.</p>
Estudio de OACNUDH sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración. (2010)	El documento procura determinar las normas y principios que conforman el marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración, mientras examina los problemas para la aplicación en la práctica de dicho marco y apunta a algunas de las mejores prácticas en materia de legislación.
Opinión Consultiva OC-21/14 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la Migración y/o en necesidad de protección internacional” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014)	<p>La Opinión Consultiva OC-21/14 recuerda la obligación de los Estados en cumplir con el principio de no privación de la libertad de niñas y niños por su situación migratoria irregular, dispone de condiciones básicas para el alojamiento de niñas y niños migrantes y consagra el principio de la unidad familiar disponiendo que “si se trata de niños o niñas no acompañados, deben alojarse con sus familias”.</p> <p>Asimismo, profundiza sobre los elementos que comprende el término ‘protección internacional’, ya que, si bien es un principio relacionado con la condición o estatuto de refugiado, abarca otro tipo de marcos normativos establecidos en diversas fuentes del derecho internacional, particularmente el derecho de los refugiados, el derecho internacional de los derechos humanos, y el derecho internacional humanitario.</p> <p>La Corte reconoce la facultad de los Estados, para establecer sus propios mecanismos de control a la entrada y salida de su territorio con respecto a personas que no sean nacionales “siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana”.</p>
Resolución 71/177 de la Asamblea General de la ONU	<p>La resolución 71/177 titula su tercer apartado “Niños migrantes”. En ella, el órgano plenario:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Reafirma que todas las personas, incluidos todos los niños, tienen derecho a disfrutar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, sin

<p>(2016)</p>	<p>distinción de ningún tipo, con independencia del lugar en que se encuentren y de su estatus migratorio,” (párr. 42)</p> <ul style="list-style-type: none"> • “Reafirma el deber de los Estados de promover y proteger de manera efectiva los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, incluidos los de las mujeres y los niños, sea cual sea su estatus migratorio, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales en que son partes,” (párr. 43). • “Pone de relieve la importancia proteger a las personas en situación de vulnerabilidad, en particular a los niños migrantes, y, en este sentido: <ul style="list-style-type: none"> A. Expresa su preocupación por la legislación adoptada por algunos Estados que da lugar a medidas y prácticas que pueden restringir los derechos humanos y las libertades fundamentales de los migrantes, y reafirma que los Estados, al ejercer su derecho soberano de promulgar y aplicar disposiciones relativas a la migración y la seguridad de sus fronteras, deben cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos, a fin de que se respeten plenamente los derechos de los migrantes;” (párr. 49) • “Alienta a los Estados a que, si todavía no lo han hecho, establezcan sistemas y procedimientos adecuados para garantizar que el interés superior del niño sea la consideración primordial en todas las medidas o decisiones relativas a los niños migrantes, sea cual sea su estatus migratorio, y utilicen alternativas a la detención de los niños migrantes;” (párr. 66)
<p>Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes</p> <p>(2016)</p>	<p>La preservación de la <u>unidad de la familia</u> se incluye en los elementos a los que los Estados receptores deberán dar atención al momento de adoptar medidas en materia de recepción y admisión ante un gran movimiento de refugiados. Lo anterior forma parte del Marco de Respuesta Integral para los Refugiados, mismo que representa uno de los componentes esenciales del Pacto Mundial sobre Refugiados que se tiene previsto adoptar a finales de este año.</p>

Fuente: Elaboración propia con información de los instrumentos citados.

Siguiendo el estudio previamente citado de Brilmayer y Starr, lo cual se puede constatar también haciendo una revisión de los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, las provisiones de derecho internacional relacionadas con la familia pueden clasificarse en dos grandes categorías: por un lado, aquellas dirigidas a la protección de derechos individuales relacionados con la familia – el derecho a la privacidad, los derechos de los niños, los derechos de los padres, y el derecho a contraer matrimonio – y, por otro, las provisiones cuyo objetivo es proteger a la institución de la familia.³

Como se observa en los instrumentos y documentos incluidos en la Tabla 1, la mayoría de ellos incluye provisiones vinculadas con la primera categoría general identificada en el párrafo anterior, a saber, derechos individuales para los miembros de la familia. En contraste, los siguientes incluyen

³ *Ibid.*, p. 218.

disposiciones que conciben a la institución familiar como sujeto: la DUDH, el Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre el Estado de los Refugiados, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, y la Declaración de Nueva York para Refugiados y Migrantes. Sin embargo, sólo la Convención de Refugiados y la Declaración de Nueva York hablan explícitamente de la importancia de preservar la “unidad de la familia” (y por ende, evitar su separación forzada) – y la Convención de Refugiados no lo hace en ningún artículo sino en el Acta que la precede.

Ahora bien, no todas las disposiciones relacionadas con la familia en el derecho internacional están relacionadas con la prevención de la separación forzada de las familias. Algunas, como el derecho de los hombres y las mujeres a casarse y formar una familia, no tienen ninguna vinculación siquiera indirecta con el tema en cuestión. En contraste, hay en el derecho internacional de los derechos humanos algunas disposiciones que, a pesar de no referirse a la familia o a sus miembros, bien pueden ser aplicables so determinada interpretación para prevenir el fenómeno de la separación. Es el caso, por ejemplo, de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada de 2006 – ambas dentro de los nueve instrumentos considerados por Naciones Unidas como “el corazón del derecho internacional de los derechos humanos”.⁴

En el caso de la primera, su artículo 1º define tortura como “cualquier acto que conlleve severo dolor o sufrimiento, sea físico o mental, infligido intencionalmente en una persona con el propósito de obtener información o una confesión, castigarlo por un acto cometido por esa persona o un tercero (o que haya sospecha de ello), o para intimidarlo o coercionar, o por cualquier razón basada en discriminación de cualquier tipo” cuando sea cometido por instigación o con el consentimiento de un oficial público. En una interpretación amplia de esta definición, como la que ha hecho la organización no gubernamental Amnistía Internacional a propósito precisamente de la coyuntura migratoria en Estados Unidos durante las últimas semanas,⁵ puede llevar a pensar que la separación forzada de familias inflige un dolor mental que bien puede considerarse tortura. De hecho, hay precedentes históricos de la equiparación – desde un enfoque de derecho internacional – de la separación forzada de familias con “tratos inhumanos y degradantes” por parte de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (entidad responsable, por cierto, de la aplicación de la Carta Africa, incluida en la Tabla 1).⁶

Por su parte, en lo que respecta a la Convención sobre Desaparición Forzada, resulta intuitivo que la comisión de ese delito contra cualquier persona bien puede equipararse a separar de manera forzada a una familia. Es posible que haya muchos otros instrumentos internacionales, dentro del

⁴ Los nueve instrumentos, además de las referidas convenciones contra la tortura y la desaparición forzada son: la Convención Internacional para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial (1965); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966); la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y los Miembros de Sus Familias; y la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (2006). De estos, como se puede constatar, al menos la mitad está incluida en la Tabla 1. Véase United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, “The Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies”, 2018 (actualización). Consultado el 20 de junio de 2018 en: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>

⁵ *Amnesty International*, “USA: Policy of separating children from parents is nothing short of torture”, 18 de junio de 2018. Consultado en la misma fecha en: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/06/usa-family-separation-torture/>

⁶ Sonja Starr y Lea Brilmayer, *op. cit.*, p. 219.

corpus de derechos humanos o en cualquier otro ámbito cuyas disposiciones puedan ser aplicables ante casos de separación forzada de familias, por lo cual la lista contenida en la Tabla 1 no debe considerarse exhaustiva. Acaso el caso más extremo de instrumentos internacionales aplicables en casos de separación forzada de familias serían aquellos vinculados con el crimen de genocidio, como la Convención para la Prevención y Castigo del Genocidio (1948) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998).

El artículo 2 de la Convención sobre Genocidio de 1948 establece qué actos pueden ser considerados como constitutivos de este crimen, entre los cuales se incluye “infligir deliberadamente condiciones de vida sobre un grupo con la intención de provocar su destrucción física total o parcial” (inciso c); y “transferir de manera forzada niños de un grupo hacia otro” (inciso e). Esta definición se traduce de manera prácticamente íntegra en el artículo 6 del Estatuto de Roma, destinado también a definir el crimen de genocidio – uno de los cuatro delitos sobre los cuales la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción. En última instancia, resulta claro que la separación de familias, bajo determinados contextos, puede llegar a constituir cualquiera de los actos referidos. Un ejemplo en el cual la separación forzada de familias puede ser sujeto a interpretarse como un acto de genocidio es el caso de la política implementada por el gobierno australiano durante la primera mitad del siglo XX, mediante la cual transfirió a centenas de niños pertenecientes a comunidades originarias y los entregó a padres adoptivos en los centro urbanos del país.⁷

⁷ Véase *Ibid.*, pp. 234-243.

La coyuntura estadounidense a la luz del derecho internacional

Previamente se hizo referencia a la Nota de Coyuntura publicada recientemente por este Centro de Estudios con relación a la política de “tolerancia cero” en materia migratoria implementada por el Presidente Donald Trump. Dentro de la lista de acciones específicas inscritas dentro de esta política se encuentra la separación de familias en la frontera, destacando que, las últimas cifras otorgadas por la Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza de los Estados Unidos (CBP, por sus siglas en inglés) establecen que del 5 de mayo al 9 de junio se registran 2,342 menores de edad que fueron separados de 2,206 adultos en la frontera sur de Estados Unidos. Estas cifras indican que un promedio de 65 niños han sido separados de sus padres cada día.⁸ Y aunque es cierto que el actual gobierno estadounidense es el primero en respaldar públicamente una política de esta naturaleza,⁹ se trata de acciones que el gobierno estadounidense ha implementado en repetidas ocasiones en las últimas décadas para implementar sus leyes migratorias. De hecho, en el referido estudio de Starr y Brilmayer (publicado en 2003), las autoras refieren a la política migratoria estadounidense como uno de los estudios de caso para conceptualizar la separación forzada de familias como una violación del derecho internacional.

Estos datos de alguna manera coinciden con los ofrecidos por el Secretario de Relaciones Exteriores Luis Videgaray durante su pasada Conferencia de prensa del 19 de junio de 2018 cuando afirmó que “delos 1,995 niños migrantes que de abril a la fecha han sido separados de sus familias, menos del 1% de los casos corresponde a mexicanos”.¹⁰

En opinión de estas académicas, las provisiones de la Ley de Reforma a la Inmigración Ilegal y Responsabilidad de los Inmigrantes (IIRIRA, por sus siglas en inglés) y la Ley de Antiterrorismo y Pena de Muerte Efectiva (AEDPA, por sus siglas en inglés), ambas promulgadas en 1996, son violatorias de algunas obligaciones internacionales de Estados para proteger a las familias. Específicamente, por ejemplo, se refiere a una prohibición de la IIRIRA para que personas que hubiesen estado presentes como inmigrantes no autorizados en Estados durante más de un año puedan aspirar al estatus de residencia permanente por los diez años próximos. Considerando que una amplia mayoría de inmigrantes no autorizados tiene familiares con estatus de residente permanente o incluso ciudadanos estadounidenses, la provisión legal en cuestión propiciaría – así sea de manera indirecta – la separación forzada de familias.¹¹

⁸ Dara Lind, “New statistics: the government is separating 65 children a day from parents at the border”, VOX, 19 de junio de 2018. Consultado en la misma fecha en: <https://www.vox.com/2018/6/19/17479138/how-many-families-separated-border-immigration>

⁹ Con distintas lógicas, pero con resultado similar, la Secretaria de Seguridad Interna Kirstjen Nielsen y el Procurador General Jeff Sessions han defendido en distintos foros la separación de familias de inmigrantes no autorizados durante la última semana. Véase Brian Bennett, “Why President Trump Is Standing by His Family Separation Policy”, *Time*, 19 de junio de 2018. Consultado en la misma fecha en: <http://time.com/5315609/family-separation-policy-trump-doubles-down/>

¹⁰ En su momento, el Canciller Videgaray aseguró que la Secretaría de Relaciones Exteriores registró 21 niños mexicanos separados de sus padres y que, de ellos, la mayoría ya habían sido repatriados a México salvo 7 casos en cuyo auxilio seguirían trabajando. Secretaría de Relaciones Exteriores, “Condena el gobierno de México la política de separación de familias migrantes en Estados Unidos”, *Comunicado 180*, 19 de junio de 2018, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/prensa/condena-el-gobierno-de-mexico-la-politica-de-separacion-de-familias-migrantes-en-estados-unidos>

¹¹ Sonja Starr y Lea Brilmayer, *op. cit.*, p. 262.

Ambas leyes, según se señala en otro artículo, incrementaron las capacidades de las agencias migratorias y, más importante, facilitaron los procedimientos y ampliaron el catálogo de supuestos bajo los cuales se pudiese deportar a inmigrantes no autorizados desde Estados Unidos. Después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, la promulgación de la Ley Patriota en octubre de 2011 expandió aún más las categorías de inmigrantes sujetos a deportación, y otorgó a las agencias correspondientes los poderes para hacerlo con aquellos que se estimara que eran una amenaza a la seguridad nacional.¹² Fueron estas tres leyes, en buena medida, responsables del incremento en las deportaciones de inmigrantes no autorizados desde Estados Unidos durante la primera década del siglo XXI. Y, como es obvio, a mayor número de deportaciones, la probabilidad de separar un mayor número de familias también incrementa.

A pesar de estas tendencias, es necesario hacer notar que el fenómeno que se ha dado en las más recientes semanas difiere cualitativamente de los resultados de las legislaciones de finales de los noventa y principios de 2000. La separación forzada de familias puede ser inherente a cualquier política migratoria en tanto que ésta tiene como componente central la deportación de individuos. En el caso de la Administración Trump, esta situación no ha sido un resultado indirecto de leyes o políticas públicas sino, aparentemente, producto de una intención deliberada puesto que desde el inicio del actual gobierno, el entonces Secretario de Seguridad Interna y hoy Jefe de Gabinete de la Casa Blanca, John F. Kelly, confirmó que estaba considerando la separación de padres inmigrantes no autorizados y sus hijos cuando fuesen aprehendidos en la región fronteriza.

Desde entonces, y a pesar de que oficialmente el gobierno negó durante mucho tiempo la ocurrencia sistemática de esa práctica, para el verano de 2017 varios jueces y activistas migratorios comenzaron a observar que la separación de familias se estaba generalizando.¹³ Cuando la práctica se volvió evidente, diversos funcionarios del gobierno del Presidente Trump, e incluso el propio mandatario, se han referido con dos tonos – hasta cierto punto contradictorios – al respecto. Por un lado, han defendido la decisión de separar a las familias de inmigrantes no autorizados como medio para disuadir a otros migrantes que pretendan cruzar la frontera estadounidense (esta posición han esbozado, en términos generales, el Jefe de Gabinete John Kelly, el Procurador Jeff Sessions y la Secretaria de Seguridad Interior Kirstjen Nielsen); y por otro, se han dicho disgustados por la situación y han buscado responsabilizar al Partido Demócrata de la misma, por no transigir con el Presidente Trump en la construcción de una nueva legislación migratoria que resuelva las lagunas legales que actualmente tiene el sistema migratorio de Estados Unidos.

Tanto en el ámbito interno como en el internacional, la diseminación de las imágenes de niños en jaulas dentro de las instalaciones de las agencias migratorias provocaron una condena generalizada, de tal suerte que el Presidente Trump promulgó una orden ejecutiva el pasado 20 de junio para terminal provisionalmente con dicha práctica. En dicho documento, el Presidente Trump establece que privilegiará la “unidad familiar” con excepción de casos en los que “mantener a la familia unida

¹² Jacqueline Hagan, Karl Eschbach y Nestor Rodriguez, “U.S. Deportation Policy, Family Separation, and Circular Migration”, *The International Migration Review*, vol. 42, núm. 1, 2008, p. 65.

¹³ Véase Jonathan Blitzer, “How the Trump Administration Got Comfortable Separating Immigrant Kids From Their Parents”, *The New Yorker*, 30 de mayo de 2018. Consultado el 18 de junio de 2018 en: <https://www.newyorker.com/news/news-desk/how-the-trump-administration-got-comfortable-separating-immigrant-kids-from-their-parents>

en detención represente un riesgo para el bienestar de los niños”.¹⁴ Conviene destacar que el título que la Casa Blanca dio a la orden ejecutiva -“*Affording Congress an Opportunity to Address Family Separation*”- es consistente con la narrativa que busca colocar la responsabilidad en el Poder Legislativo, y específicamente en el partido de oposición.

Ahora bien, juzgar la política de separación forzada de familias practicada por las agencias migratorias estadounidenses en los últimos meses desde el derecho internacional es, como se planteó en el apartado anterior, enteramente posible aunque ciertamente un curso de acción limitado. Es posible porque las acciones llevadas a cabo por el gobierno estadounidense pueden ser conceptualizados como violaciones a diversos derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales revisados – previamente se hizo mención del argumento de la organización Amnistía Internacional según el cual la separación de los niños de sus padres puede constituir tortura según se define en la Convención Internacional contra la Tortura. La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas criticó las acciones estadounidenses desde otra perspectiva, aunque igualmente violatoria del derecho internacional, argumentando que se trataba de una “interferencia ilegal en la vida familiar y una seria violación de los derechos del niño”.¹⁵

En cuanto al carácter limitado que puede tener un juicio de las acciones estadounidenses desde la perspectiva del derecho internacional, este responde a que Estados Unidos, a pesar de haber sido el garante histórico del sistema internacional de la posguerra construido en torno a la Organización de las Naciones Unidas, es uno de los países que menos compromisos internacionales asume en materia de derechos humanos. Al día de hoy, Estados Unidos sólo ha ratificado tres de los nueve instrumentos internacionales que conforman el “corazón del derecho internacional de los derechos humanos” – el Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial y la Convención contra la Tortura. Para el tema en cuestión, debe destacarse que el país no ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁶ Esto sugiere que, en última instancia, analizar la separación forzada de familias en la política migratoria estadounidense debe implicar una combinación de enfoques que sí puede tomar el derecho internacional, pero que más bien deberá circunscribirse a la legislación interna y a los vaivenes políticos que determinan la manera en que ésta se implementa.

¹⁴ The White House, “Affording Congress an Opportunity to Address Family Separation”, *Executive Order*, Washington, D.C., 20 de junio de 2018. Consultado en la misma fecha en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/affording-congress-opportunity-address-family-separation/>

¹⁵ Ravina Shamdasani cit. en Nick Cumming-Bruce, “Taking Migrant Children From Parents Is Illegal, U.N. Tells U.S.”, *The New York Times*, 5 de junio de 2018. Consultado el 21 de junio de 2018 en: <https://www.nytimes.com/2018/06/05/world/americas/us-un-migrant-children-families.html>

¹⁶ Cabe destacar que Estados Unidos es el único Estado miembro de las Naciones Unidas que no ha ratificado dicha Convención.

Consideraciones finales

Después de condenas generalizadas provenientes de actores políticos y sociales dentro de Estados Unidos, así como de parte de otros gobiernos y de organismos internacionales, el Presidente Donald Trump decidió promulgar una orden ejecutiva para detener la práctica de separación forzada de familias como parte de su política migratoria restrictiva. Sin embargo, no incluye ningún tipo de alivio o pauta para los menores y los padres que actualmente se encuentran separados en la frontera.

El hecho abre la posibilidad para estudiar con qué provisiones cuenta el derecho internacional en la materia y si es viable evaluar la acción estadounidense desde esta perspectiva. A pesar de que el *corpus* del derecho internacional cuenta con diversas disposiciones que pueden ser, directa o indirectamente, aplicables a la coyuntura estadounidense, lo que se observa es que Estados Unidos es un país que ha mostrado poco interés en someterse a regímenes internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, parece ser que el mejor instrumento para asegurar que ese país garantice los derechos fundamentales de los inmigrantes no autorizados que ha detenido en su territorio y para evitar la política de separación forzada de familias, no es el derecho internacional sino la capacidad de presión para incrementar los costos políticos de las acciones de la Casa Blanca.



CENTRO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES
GILBERTO BOSQUES
ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN

Coordinadora General
Adriana González Carrillo

Coordinación y revisión
Arturo Magaña Duplancher
Ana Margarita Martínez Mendonza

Investigación y elaboración
Alejandra Sánchez Montiel
J. Enrique Sevilla Macip

Carlos Hill (Servicio Social)

Junio de 2018

El **Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques** del Senado de la República tiene como objeto la realización de estudios y el acopio de información sobre temas de política internacional y política exterior de México; así como el prestar apoyo a las comisiones de relaciones exteriores para el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de las facultades exclusivas del Senado en materia de política exterior; además de auxiliar a los órganos directivos, comisiones, grupos parlamentarios y senadores que así lo requieran en cuanto a diplomacia parlamentaria y protocolo en el ámbito internacional.



<http://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/>

Referencia para citar este documento:

Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, Nota Informativa: "La separación forzada de familias en el derecho internacional: elementos generales a partir de la coyuntura estadounidense", México, *Senado de la República*, 22 de junio de 2018.