

ESTÁNDARES PARA NIÑAS, NIÑOS
Y ADOLESCENTES MIGRANTES Y OBLIGACIONES
DEL ESTADO FRENTE A ELLOS EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Elisa Ortega Velázquez



ESTÁNDARES PARA NIÑAS, NIÑOS
Y ADOLESCENTES MIGRANTES Y OBLIGACIONES DEL ESTADO
FRENTE A ELLOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS

Colección Estándares del Sistema Interamericano
de Derechos Humanos: miradas complementarias
desde la academia, Núm. 2

COORDINACIÓN EDITORIAL

IIJ-UNAM

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

CENADEH-CNDH

Lic. Miguel Ángel Ortiz Buendía
Director de Publicaciones

Eugenio Hurtado Márquez
Director Editorial

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Edgar Daniel Martínez Sánchez
Formación en computadora

José Antonio Bautista Sánchez
Diseño de interiores

Aramxa Guillén Sánchez
Diseño y elaboración del forro

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

ESTÁNDARES PARA NIÑAS, NIÑOS
Y ADOLESCENTES
MIGRANTES Y OBLIGACIONES
DEL ESTADO FRENTE A ELLOS
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
México, 2017

Esta colección es el resultado del proyecto editorial del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de su autora y no necesariamente reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Primera edición: septiembre de 2017
DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

DR © 2017. Comisión Nacional de los Derechos Humanos
Periférico Sur 3469, Col. San Jerónimo Lídice
Delegación Magdalena Contreras, 10200 Ciudad de México

Impreso y hecho en México
ISBN: 978-607-729-350-7 (Obra completa)
ISBN: 978-607-729-352-1 (Cuaderno núm. 2)



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Pedro Salazar Ugarte

Secretario Académico

Francisco Ibarra Palafox

Secretario Técnico

Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho



COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Presidente

Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi

María Ampudia González

Alberto Manuel Athié Gallo

Mariano Azuela Güitrón

Ninfa Delia Domínguez Leal

Mónica González Contró

David Kershenobich Stalnikowitz

Carmen Moreno Toscano

María Olga Noriega Sáenz

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	XIII
INTRODUCCIÓN.	1

I. TERMINOLOGÍA

1. NNA y no menores	3
2. Irregulares y no ilegales	6

II. NNA MIGRANTES COMO GRUPO HUMANO VULNERABLE

1. Vulnerabilidad	11
2. NNA migrantes: grupo humano vulnerable	13

III. ¿QUIÉNES SON LOS NNA MIGRANTES?

1. NNA no acompañados	15
2. NNA separados	15
3. NNA nacidos en países de destino.	16
4 NNA retornados	16

<p>IV. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NNA MIGRANTES</p>	
1. Nivel universal	18
A. General	18
B. Especializado	18
2. Nivel regional: el sistema interamericano de dere- chos humanos	35
A. Instrumentos del sistema interamericano relevantes para la protección de los derechos humanos de NNA migrantes.	38
B. Opiniones consultivas de la CoIDH relevantes para la protección de los derechos humanos de NNA migrantes.	43
C. Otras acciones en el sistema interamericano de de- rechos humanos	74
<p>V. DESAFÍOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE NNA MIGRANTES: DERECHOS SOCIALES, DETENCIONES Y EXPULSIONES</p>	
1. Derechos sociales	79
A. Educación	83
B. Salud	86
C. Vivienda	89
2. Detenciones	91
A. Panorama general	91
B. Práctica estatal	97

VI. BUENAS PRÁCTICAS
EN MATERIA DE NNA MIGRANTES

1. Prevalencia de los derechos de NNA sobre las políticas migratorias.	101
2. Principio de no detención de NNA migrantes	106
3. Determinación del interés superior en procedimientos migratorios que afecten a NNA migrantes	111
A. Derechos de los NNA migrantes a ser escuchados y de participación	112
B. Garantías de procedimiento	114
C. Medidas cautelares en el proceso migratorio en base al principio de no detención	120
D. Debido proceso en caso de privación de la libertad	124
4. Derecho a la vida familiar.	124
5. NNA con necesidades de protección internacional	131
A. Principio no devolución.	131
B. NNA como refugiados	133
CONCLUSIÓN	147
BIBLIOGRAFÍA	149

Estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en septiembre de 2017 en los talleres de GVG GRUPO GRÁFICO, S. A. de C. V., Leandro Valle núm. 14-C, colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, C. P. 06010, Ciudad de México. La edición consta de 2,000 ejemplares.

PRESENTACIÓN

En la actualidad es indiscutible que, en la protección de los derechos humanos, no basta con hacer referencia a tratados internacionales en la materia. Por suerte, cada vez se acude con mayor intensidad al uso de jurisprudencia producida por organismos internacionales como una fuente adicional para fundamentar dicha protección. De esta forma, la jurisprudencia ha adquirido un nuevo papel en el sistema de fuentes a nivel nacional e internacional.

La producción de jurisprudencia es resultado de la labor de las y los jueces que, desde los pronunciamientos que hacen en los casos que se someten a su conocimiento, interpretan los instrumentos internacionales (tratados, convenciones y otras fuentes del derecho internacional), aportando una gran variedad de criterios para la mejor protección de la dignidad, la igualdad y los derechos humanos.

La existencia de una serie de principios y valores universales, así como de marcos jurídicos de naturaleza similar, ha permitido que la jurisprudencia que se genere en un ámbito regional o en un contexto nacional, sea retomada por otros tribunales. A esta dinámica o proceso de intercambio, que ha sido denominada de múltiples maneras, se le conoce como diálogo jurisprudencial. Como sostiene Irene Spigno, con independencia de los matices que hay entre las diferentes expresiones de este fenómeno, el mismo consiste

en la ampliación, explícita –es decir mediante una referencia textual a decisiones o técnicas argumentativas de otro juez perteneciente a un ordenamiento jurídico diverso– e implícita,

PRESENTACIÓN

del espectro de parámetros interpretativos y argumentativos a los cuales el juez recurre en el procedimiento de asignación de significado a un cierto enunciado normativo, de ponderación y de argumentación de las decisiones.¹

Uno de los espacios en los cuales se produce una amplia jurisprudencia es en los sistemas regionales de protección (el interamericano, el europeo y el africano). La revisión de casos resueltos en estos sistemas permite constatar que la producción y uso de jurisprudencia ha permitido el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales, siendo ésta una de las razones de su relevancia.

Ahora bien, reconocer el valor de la jurisprudencia no supone pasar por alto la complejidad de retomarla, principalmente en función de los múltiples tribunales que la producen y de que en muchos casos no la sistematizan, lo que vuelve necesaria su búsqueda caso por caso. Frente a este escenario, se consideró útil impulsar una iniciativa de sistematización de jurisprudencia de organismos regionales y tribunales nacionales.

La Colección *Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, en tanto iniciativa del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), pone el énfasis en la sistematización, de manera especial pero no exclusiva, de la jurisprudencia producida por dicho sistema regional.

¹ Spigno, Irene, “El diálogo entre Europa y América Latina. El estudio comparado de los casos líderes de la Corte IDH y el Tribunal EDH”, Ríos Vega, Luis Efrén y Spigno, Irene (Directores), *Estudios de casos, líderes interamericanos y europeos*, Vol. I. Libertad religiosa/ Libertad de expresión/ Derechos económicos, sociales y culturales/ Derechos de las personas desaparecidas, 2016, México, Tirant lo Blanch, p. 6.

PRESENTACIÓN

Sin desconocer que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene su propia Colección de Jurisprudencia,² además de Boletines Jurisprudenciales,³ en un ánimo de no duplicar, se pensó en desarrollar otra iniciativa editorial que fuera complementaria.

Que la Colección se desarrolle desde la academia, permitió incluir otros elementos que hacen de este proyecto un verdadero aporte en la sistematización de la jurisprudencia, tales como incorporar los estándares de la Comisión Interamericana y de otros sistemas de protección, e incluso jurisprudencia de Tribunales Constitucionales; análisis y problematización de la producción jurisprudencial; poner énfasis en la visión pragmática, es decir, abordar cómo podría darse la implementación práctica de los estándares, además de una evaluación de los retos por venir y, de esa forma, los temas pendientes en el Sistema Interamericano.

Es importante poner énfasis en que –sin desconocer el valor de la jurisprudencia, y en ese sentido, de los estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es indiscutible– las decisiones de la Comisión Interamericana también se consideran un referente obligado para la protección de los derechos humanos en sede nacional. Por esa razón, la Colección ha puesto énfasis en considerar, también, a este tipo de decisiones.

La Colección incluye siete Cuadernos, cada uno sobre un tema diferente, los cuales fueron seleccionados a partir de la revisión de las decisiones recientes de los dos órganos que for-

² Véase *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Consúltese en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/publicaciones>

³ Para consultarlos acceder a <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/publicaciones>

PRESENTACIÓN

man parte el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de su relevancia para el escenario mexicano.

Queremos agradecer de manera especial a las personas que participaron en la escritura de los cuadernos que integran esta colección, reconociendo que su calidad de especialistas en los temas que abordaron garantiza un análisis exhaustivo, a profundidad y con alto rigor académico.

La Colección es una iniciativa del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a través del Centro Nacional de Derechos Humanos.

Esperamos que esta Colección sea una herramienta a nivel nacional para que las decisiones judiciales, administrativas y de política pública en todos los órdenes de gobierno, estén permeadas por los estándares internacionales que en materia de derechos humanos se han desarrollado, coadyuvando en la garantía plena de estos derechos.

Dr. Pedro Salazar Ugarte
Director IJJ-UNAM

Lic. Luis Raúl González Pérez
Presidente de la CNDH

INTRODUCCIÓN

Todos los migrantes se enfrentan a los riesgos crecientes de pobreza y exclusión social; pero estos riesgos están exacerbados para los niños, las niñas y los adolescentes (NNA). Tanto aquellos que migraron solos como los que están acompañados por sus padres, tutores o familiares, ocupan una posición particularmente vulnerable en cuanto a su capacidad de tener acceso a derechos y protección.

De este modo, los NNA migrantes constituyen un grupo humano muy vulnerable que con frecuencia ve violados sus derechos humanos en el Estado receptor. Esto es claramente contrario al derecho internacional de los derechos humanos, que reconoce a todas las personas por igual los derechos humanos. Existe una tendencia creciente en la mayoría de los Estados receptores de migrantes a la erosión de los derechos humanos de los migrantes, en aras de las políticas de control de la migración, las cuales son cada vez más restrictivas y agresivas, y carecen de un enfoque que considere las necesidades de los migrantes más vulnerables como las de los NNA. El principal efecto de esta situación es empeorar su situación de vulnerabilidad.

Las tensiones entre la necesidad de protección y las supuestas exigencias de seguridad y de control de la migración hacen que los NNA se encuentren entre dos ámbitos normativos radicalmente opuestos: uno incluyente y otro excluyente. El primero es el del marco internacional de los derechos humanos, espe-

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

cíficamente el de los derechos del niño, que por definición es garantista y protector de sus derechos humanos por su calidad, precisamente, de niños. El segundo es el de las normas nacionales de extranjería, que es ampliamente restrictivo y no tiene un enfoque compatible con los derechos del niño.

Ahora, si bien es cierto que existe un marco internacional de derechos humanos que establece unos principios de no discriminación e igualdad de trato, y garantiza la protección de la mayoría de los derechos humanos a todas las personas, en la práctica los Estados eluden sistemáticamente sus responsabilidades en esta materia con respecto a los migrantes. Utilizan la discriminación y la miseria de los NNA y las familias como medida de control de la seguridad. Los discursos políticos nacionales apenas crean espacio para hablar de los “NNA migrantes” y los problemas que afrontan. El resultado es la aceptación general, pública y política de que la exclusión de estos NNA de los derechos humanos se puede justificar.

El objetivo de este trabajo es analizar los estándares internacionales, con especial énfasis en el sistema interamericano de derechos humanos que protegen a los NNA migrantes, así como los desafíos que enfrentan en materia de derechos sociales, detenciones y expulsiones.

I. TERMINOLOGÍA

El uso adecuado de la terminología en materia de migración es muy importante, ya que puede ayudar a explicar y desmitificar conceptos. Por el contrario, su uso inadecuado contribuye a la discriminación de un grupo humano que ya de por sí es vulnerable: los migrantes. De hecho, el cómo designemos a un fenómeno implica cómo lo concebimos. Por ello, es importante evitar estereotipos que deshumanicen a los migrantes y amenacen sus derechos humanos.

Se prefiere usar los términos “NNA” y no “menores” e “irregulares” y no “ilegales” por las siguientes razones:

1. NNA Y NO MENORES

En este trabajo se usará el término “niños, niñas y adolescentes migrantes” (NNA migrantes en adelante) para hacer referencia a todas las personas que son menores de dieciocho años de edad, que se encuentran fuera de su país de origen, o nacionalidad, para trabajar o reunirse con su familia, o cambiar de residencia de manera temporal o definitiva. Pueden tener una condición migratoria regular o irregular, y encontrarse acompañados o no por un familiar.

Se prefiere usar el término “NNA”, ya que la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN), el tratado internacional de derechos humanos más ratificado del

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

mundo,¹ define como “niño” a “todo ser humano menor de dieciocho años de edad” (art. 1).² Por el contrario, la definición de “menor” varía de unos países a otros,³ y puede tener connotaciones negativas y suponer una descripción limitada de este colectivo, como se verá a continuación:

Primero, el *Diccionario* de la Real Academia Española señala que “menor” es un adjetivo comparativo que proviene del latín “*minor*” y significa “que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad”; o que es “menos importante con relación a algo del mismo género”.⁴ Como afirma González Contró, “el vocablo menor refleja una situación relacional en la que siempre habrá un mayor, por lo que a primera vista parece desaconsejable su

¹ Véase la situación de su ratificación y reservas en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en.

² En los trabajos preparatorios de la CDN imperó el criterio de varios países influyentes cuyas leyes nacionales reconocían dieciocho años como la mayoría de edad. Moerman, Joseph, “Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias”, en Verdugo, Miguel Ángel y Soler-Sala, Víctor (eds.), *La Convención sobre los Derechos del Niño. Hacia el Siglo XXI*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996, p. 148.

³ Por ejemplo, en Irán, el artículo 1210 del Código Civil (enmendado en 1962) reconoce como menores de edad a los niños (varones) que son menores de quince años y a las niñas que son menores de nueve años. En Honduras, el Código de la Niñez y la Adolescencia de 1996 establece que la niñez legal comprende los períodos siguientes: “la infancia que se inicia con el nacimiento y termina a los doce (12) años en los varones y a los catorce (14) años en las mujeres y la adolescencia que se inicia en las edades mencionadas y termina a los dieciocho (18) años”. Y en España, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor define como “menor” a la persona que tiene menos de dieciocho años. Como se aprecia, la definición de “menor” varía dependiendo del país del que se hable, por lo que no se puede afirmar que el estándar de mayoría de edad reconocido en las legislaciones nacionales sea 18 años. De ahí la importancia de usar el parámetro que establece la CDN de reconocer como niños a todos los menores de dieciocho años.

⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22^a ed., <http://lema.rae.es/drae/>.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

uso, y es precisamente ésta la primera de una serie de razones que motivan la argumentación a favor de cambiar esta denominación fuertemente arraigada en el léxico jurídico”.⁵

Segundo, en el ámbito latinoamericano, hasta antes de la aprobación de la CDN, las personas menores de edad estaban regidas por la doctrina de la situación irregular, que las dividía en dos grupos: en “niños”, quienes no llegaban a ser propiamente sujetos jurídicos, al estar tutelados y protegidos por las instituciones de la familia y la escuela; y en “menores”, quienes eran ajenos a estas instituciones por haber sido abandonados, víctimas de abusos o maltratos o infractores de la ley penal, sin tener posibilidad de defenderse por ciertas condiciones de vulnerabilidad social, vinculadas con la pobreza. De aquí nació el modelo tutelar de la ley penal, que se basó en el paradigma de la minoría y, en consecuencia, en la incapacidad de estas personas. A través de este modelo, el Estado se arrogó la tarea de “protegerlos” y “tutelarlos” en vez de castigarlos.⁶ Sin embargo, al no tener como objetivo el castigo, sino la protección, se prescindió peligrosamente de garantías para estos niños tutelados por el Estado.⁷

Por lo anterior, se puede sostener que el término “menor” tiene una connotación negativa que se exacerba en el contexto de

⁵ González Contró, Mónica, “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, en Pérez Contreras, María Montserrat y Macías Vázquez, Ma. Carmen (coord.), *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, p. 35.

⁶ *Ibidem*, p. 40. Abúndese sobre este tema en: García Méndez, Emilio, “La legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación irregular”, en García Méndez, Emilio, *Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fé de Bogotá, Colombia, Forum Pacis, 1994; Beloff, Mary, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, *Justicia y Derechos del Niño*, N^o. 1, 1999, p. 9-21; entre otros.

⁷ Hierro, Liborio, “Los derechos humanos del niño”, en Marzal, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona, Bosch-ESADE, 1999, pp. 15-32.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

la migración, pues referirse a NNA como “menores” puede implicar el riesgo de exclusión de programas de protección y derechos diseñados específicamente para los niños. Es preciso nombrar adecuadamente a este colectivo y usar el parámetro que nos marca la CDN, el cual diluye la antigua dicotomía entre “niños” y “menores” al incluir ambas categorías dentro del ámbito de protección de la Convención.

Asimismo, es preciso que se considere a este colectivo en primer lugar como niños y luego como migrantes, puesto que el tratamiento jurídico que se les da varía radicalmente dependiendo del marco legal que se les aplique: extranjería o derechos del niño. NNS son niños ante todo; su calidad de extranjeros o, aún más, de migrantes irregulares, es algo secundario, que no debe obstaculizar ninguna de las garantías previstas para NNA, quienes forman parte de un grupo social muy vulnerable.

2. IRREGULARES Y NO ILEGALES

Se prefiere usar el término “irregulares” debido a que es neutral y no estigmatiza o criminaliza y, además, porque es usado en la Convención de Naciones Unidas sobre Trabajadores Migratorios de 1990⁸ (CDTM) y por las organizaciones internacionales que trabajan en temas migratorios.⁹ Hay que recordar que desde 1999,

⁸ Según el artículo 5, inciso b), de la CDTM, serán trabajadores migratorios en situación irregular aquellos que no han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte.

⁹ Por ejemplo, el Glosario sobre Migración de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) de 2006 definió como “migrantes irregulares” a las personas que “habiendo ingresado ilegalmente o tras el vencimiento de su visado, dejan de tener status legal en el país receptor o de tránsito. El término se aplica a los migrantes que infringen las normas de admisión del país o cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país receptor (también llamado

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

en el Simposio Internacional sobre Migración, celebrado en Bangkok, se recomendó el uso del término “irregular” para abarcar el hecho de que “las irregularidades en la migración pueden surgir en varios puntos —salida, tránsito, entrada y regreso— y pueden ser cometidas en contra del migrante o por el migrante”.¹⁰ En consecuencia, se usará el término “irregulares” para referirse a las personas extranjeras, NNA o adultos, que se encuentran sin un estatus regular o legal en el Estado de recepción. Por el contrario, se evitará el término “ilegales”, ya que es un término que tiene una connotación normativa y se relaciona con la idea de delincuencia, como a continuación se señala:

Primero, el *Diccionario* de la Real Academia Española define “ilegal” como algo contra la ley.¹¹ Además, entre los sinónimos de ilegal se encuentran “ilegítimo”, “ilícito”, “indebido”, adjetivos que no pueden ser usados para referirse a una persona. Sólo un acto puede ser “ilegal”, mas no una persona, pues el acto cometido es el que cae dentro de los supuestos previstos por las legislaciones penales (si es calificado como un delito/crimen) o administrativas (si es calificado como una falta administrativa) del Estado en cuestión y el que es castigado, no la persona *per se*. Este razonamiento legal es uno de los elementos que distingue a los Estados democráticos y constitucionales, que tienen un derecho penal derivado del acto, de los regímenes totalitarios, que tienen un derecho penal derivado de la persona, como el nacionalsocialismo alemán, o el estalinismo ruso, en los cuales los individuos —más que los actos— eran perseguidos.¹²

clandestino/ ilegal/migrante indocumentado o migrante en situación irregular)”. OIM, *Glosario sobre Migración*, Ginebra, OIM, 2006, p. 43.

¹⁰ UN, Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division, *Recommendations on Statistics of International Migration*, Revision 1, Statistical Papers Series M, No. 58, Rev. 1.

¹¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*.

¹² Véanse, entre otros, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo*

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

Segundo, el uso de esta preferencia lingüística resulta en que todos los casos en que los migrantes permanecen en situación irregular —deliberada o involuntariamente— en el país de destino (por ejemplo, porque se les negó asilo cuando las condiciones de su país de origen son inseguras) se consideren como actos criminales. Esto tiene como consecuencia la criminalización de la migración irregular, sin que antes se evalúen las circunstancias particulares del migrante. Por ejemplo, si éste ha sido víctima de un sistema de recepción ineficiente que, de hecho, lo ha transformado en indocumentado durante el procesamiento de su solicitud de asilo, o en un trabajador irregular una vez que su solicitud fue rechazada, pues el trabajo irregular es una respuesta natural a la duración del tiempo requerido para evaluar una solicitud de asilo.¹³

Tercero, la realidad es que aunque el fenómeno de la migración irregular ha existido por más de un siglo (desde que se emitieron las primeras regulaciones de la migración internacional moderna a finales del siglo XIX),¹⁴ aún no existe un término uniformemente aceptado para referirse ni a las personas que la realizan ni a este tipo de migración. En los primeros años de regulación de la migración internacional se les llamó “polizones”, “inmigrantes no deseados”, “extranjeros problema” y “migrantes ilegales” (a partir de 1920).¹⁵ Actualmente se les llama de una

penal, Madrid, Trotta, 2001; Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil Grundrissen-Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Munich, Beck, 1992.

¹³ Paspalanova, Mila, “Undocumented v. Illegal Migrant: Towards Terminological Coherence”, *Migraciones Internacionales*, Vol. 4, N.º. 3, 2008, pp. 85 y 86.

¹⁴ Sobre la construcción histórica de la migración irregular, véase Ortega Velázquez, Elisa, “La perpetuación histórica de la migración irregular en Europa: leyes y políticas migratorias restrictivas, ineficaces, demagógicas y estandarizadas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, pp. 637-686.

¹⁵ Ngai, Mae M., “The Strange Career of the Illegal Alien: Immigration Restriction and Deportation Policy in the United States, 1921-1965”, *Law and History Review*, vol. 21, N.º. 1, pp. 69-107; Caestecker, Frank, *Alien Policy in Belgium*,

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

diversidad de formas como “ilegales”,¹⁶ “criminales”,¹⁷ “ilícitos”,¹⁸ “clandestinos”,¹⁹ o “indocumentados”.²⁰ Sin embargo, todos estos términos se encuentran cargados de consideraciones políticas y rara vez se hace una justificación sustantiva de la selección de un término sobre otro.²¹ Por ello, es preciso abogar por el uso de un término (como “irregulares”) que no deshumanice, criminalice y estigmatice. De otro modo, desde el uso del lenguaje se contribuye a exacerbar la situación de vulnerabilidad en la que viven los migrantes que se encuentran en esta situación.

1840-1940: The Creation of Guestworkers, Refugees and Illegal Aliens, New York, Berghahn, 2000.

¹⁶ Véanse, por ejemplo, Barnes, Edward, “Slaves of New York: How Crime and Mismanaged Laws Have Made the City the Biggest Magnet for Chinese Illegals”, *Time* (New York City), 2 de noviembre de 1998, pP. 72; McKinley jr., James C., “A Mexican Manual for Illegal Migrants Upsets Some in U.S.”, *New York Times*, 6 de enero de 2005; “Más patrullas contra la inmigración ilegal en Gambia”, *El País*, 9 de marzo de 2009.

¹⁷ Por ejemplo, Seper, Jerry, “Illegal Criminal Aliens abound in the US”, *The Washington Times*, 26 de enero de 2004, A01.

¹⁸ Este término se usa sobre todo en el ámbito australiano, por ejemplo la Migration Act de 1958 señala en su sección 14, titulada “*Unlawful non-citizens*”: “(1) A non-citizen in the migration zone who is not a lawful non-citizen is an unlawful non-citizen”. También véase, por ejemplo, “Suicidal boy didn’t need a psychiatrist, Court told”, *The Sidney Morning Herald*, 28 de julio de 2003, en el que se hizo referencia a un niño suicida como un “unlawful non-citizen”.

¹⁹ Este término es incompleto al no abarcar a los migrantes que entran legalmente en el país de destino; por ejemplo, con un pasaporte de turista, y que luego violan las condiciones de entrada; por ejemplo, al ocupar un puesto de trabajo, o a los que cuentan con documentos falsos. Sin embargo, es un término que se usa comúnmente, incluso en el ámbito académico. Por ejemplo, David Spener usa el término en su libro *Clandestine Crossings: Migrants and Coyotes on the Texas-Mexico Border*, Ithaca, Cornell University Press, 2009, 298 pp.

²⁰ Por ejemplo, véase la nota publicada en el País: “Canarias recibe más de 1.400 inmigrantes indocumentados sólo durante el fin de semana”, *El País*, 3 de septiembre de 2006.

²¹ Guild, Elspeth, “Who is an Irregular Migrant?”, en Bogusz, Barbara et al. (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 3.

II. NNA MIGRANTES COMO GRUPO HUMANO VULNERABLE

1. VULNERABILIDAD

Se entiende por “vulnerabilidad” la mayor susceptibilidad de algunos grupos humanos frente a situaciones de riesgo en la sociedad, generada por la concurrencia de determinadas condiciones sociales y económicas que les sitúan en posición de desventaja, en determinados aspectos, frente al resto de la población.²² En consecuencia, se encontrarían en situación de vulnerabilidad, por ejemplo, los NNA, los presos, las personas con discapacidad, los migrantes irregulares, las personas en situación de extrema pobreza, los enfermos graves, las personas de la tercera edad que no se valen por sí mismas, etcétera.

Los supuestos de vulnerabilidad responden a ciertas condiciones de carácter personal (físicas o psíquicas), social (pertenencia circunstancial o permanente a determinados colectivos), económico, jurídico-administrativo, o bien, como la mayoría de las veces ocurre, por la concurrencia de varias de ellas (menor e inmigrante, trabajadora migrante embarazada, por ejemplo). La mayoría de las veces la vulnerabilidad responde a razones de hecho (personas que teniendo legalmente reconocido un derecho, ven impedido o dificultado su pleno disfrute, debido a la

²² Uribe Arzate, E., Gonzalez Chávez, L., “La protección jurídica de las persona vulnerables”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 27, 2007, pp. 205-229; Bustelo, E. (coord.), *Políticas de ajuste y grupos más vulnerables en América Latina*, Bogotá, UNICEF-FCE, 1986.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

conurrencia de circunstancias fácticas), lo que no excluye la existencia de razones de derecho que confluyen con aquéllas incrementando su efecto. Es decir, puede que la propia ley directamente, o bien una resolución judicial, prohíba o restrinja el ejercicio de ciertos derechos a determinadas personas, o exija para dicho ejercicio ciertos requisitos de los que algunas personas carecen, como un permiso de residencia, conduciéndolas así a situaciones de vulnerabilidad.²³

En términos jurídicos, podemos considerar que un sujeto se encuentra en situación de vulnerabilidad cuando padece de una imposibilidad o dificultad agravada para el ejercicio de sus derechos humanos, que le genera vínculos de dependencia y una mayor susceptibilidad a la discriminación. La vulnerabilidad jurídicamente significativa está sometida a una gran dosis de relatividad espacio-temporal, sociocultural y económica. Por ejemplo, en el caso de los NNA, Jordi Cots señala que su verdadera vulnerabilidad, más que una inmadurez física y mental, es que tienen que ejercer sus derechos por medio de los demás, de otros, y esos otros a veces no saben, o no pueden, o no quieren satisfacerlos. Sus derechos son indirectos y condicionales.²⁴

La vulnerabilidad entraña relaciones de dependencia, que se caracterizan por la necesidad de intervención de un tercero, ya sea un particular o un ente público o privado, que disminuya el déficit de autonomía que la vulnerabilidad conlleva, ya sea ejerciendo los derechos en nombre o a favor del vulnerable,

²³ Alonso Sanz, Lucía, *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Madrid, UCM, 2015, p. 83.

²⁴ Como expresa Encarna Carmona: “es difícil definir de forma exhaustiva cuáles son estas categorías de personas especialmente vulnerables puesto que, dependiendo de las circunstancias de cada país o momento histórico concreto, esas categorías serán distintas. En “La protección de categorías de personas especialmente vulnerables en el derecho español, *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, No. 9, 2011, p. 103.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

cuando sea posible, ya sea asistiéndolo en el ejercicio de los mismos, o bien compensando de diversas formas la mencionada dificultad. Esta alienación que supone la intervención de un tercero para el disfrute de derechos, y la consiguiente subyugación del vulnerable a la voluntad/capacidad de aquél, retroalimentan de forma circular la desprotección o posibilidad de lesión de un derecho humano.²⁵

Puede distinguirse entre situaciones de vulnerabilidad individuales y colectivas. Las primeras se presentan en personas individualmente consideradas, y habrán de determinarse caso por caso. Las segundas se presentan en grupos de personas que poseen un rasgo en común que, si bien está socialmente asociado a la desventaja y desprotección, y en abstracto es susceptible de generar vulnerabilidad, en concreto no necesariamente la genera; por ejemplo las mujeres gitanas.²⁶

2. NNA MIGRANTES: GRUPO HUMANO VULNERABLE

La vulnerabilidad tiene grados, pues ésta puede presentarse de forma más o menos intensa, siempre a partir de un mínimo de severidad exigible para considerar que existe. Los NNA migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada o múltiple, resultante de la intersección de la minoría de edad con la condición de migrante:

La situación de NNA —que carece de plena capacidad de obrar— sin respaldo de un adulto responsable, y que además es migrante en situación de pobreza, desconociendo el idioma, las costumbres, etcétera, constituye un cuadro único y peculiar

²⁵ Cots, Jordi, “Los derechos humanos del niño, en Marzal, A., (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Barcelona, Bosh, 1999, p. 36.

²⁶ Alonso Sanz, Lucía, *op. cit.*, pp. 84 y 85.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

de vulnerabilidad, producto de la combinación de estos rasgos. Un cuadro que incluye problemas de integración, que entrañan una mayor dificultad para acceder al mercado laboral, máxime en un contexto de crisis económica, así como para desarrollar estudios o formación. La falta de oportunidades, unida a la incertidumbre sobre el futuro derivada de la precariedad residencial, y a la inestabilidad personal propia de la adolescencia, conllevan frecuentemente el recurso a prácticas ilegales (tráfico y/o consumo de drogas, por ejemplo), que abocan al colectivo a la marginalidad social. Esto incide también en la imagen que del mismo se ha forjado la sociedad de acogida, que retroalimenta su vulnerabilidad. Es decir, los NNA migrantes —al menos— son dos veces vulnerables. Además, se pueden añadir situaciones que agraven esta vulnerabilidad, como el estatus irregular, el género, o la condición de persona indígena, LGBTI o con discapacidad.

Como grupo humano vulnerable, los NNA migrantes se enfrentan a dificultades para ejercer un buen número de sus derechos humanos. Estas dificultades no solo provienen de su ausencia de capacidad jurídica plena para obrar, sino de la inexistencia de una representación independiente y efectiva que subsane dicha ausencia. La carencia de referentes familiares, y el consecuente sometimiento a la tutela de las autoridades de los Estados de destino, con las que fácilmente pueden surgir conflictos de intereses, genera situaciones de desprotección. Es decir, la dependencia de los NNA migrantes de tales autoridades, en algunos casos, retroalimenta su vulnerabilidad. Esta situación se agrava con la falta de asesoramiento jurídico gratuito.²⁷

²⁷ Corneal, Devon, “On the Way to Grandmother’s House: Is U.S. Immigration Policy More Dangerous Than the Big Bad Wolf for Unaccompanied Juvenile Aliens?”, *Penn State Law Review*, vol. 109 (2004-2005), p. 630.

III. ¿QUIÉNES SON LOS NNA MIGRANTES?

Los NNA migrantes constituyen un grupo variado y vulnerable. Algunos viajan con sus padres, otros viajan solos, algunos en compañía de sus hermanos o de vecinos. De este modo, las figuras tradicionales de tutoría y representación de los NNA pueden quedar sin efectividad cuando hablamos del contexto migratorio. Es decir, no siempre sus padres o quienes deben cuidar de ellos están en condiciones de hacerlo.

1. NNA NO ACOMPAÑADOS

Son aquellos que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.²⁸ Pueden llegar al país de destino para reunirse con sus familias o pueden haber escapado de sus familias y se encuentran solos.

2. NNA SEPARADOS

Son aquellos que están separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de NNA acompañados por otros miembros adultos de la familia, como abuelos, tíos o primos.²⁹

²⁸ Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General 6, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6, 2005, párr. 7.

²⁹ *Ibidem*, párr. 8.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

3. NNA NACIDOS EN PAÍSES DE DESTINO

Son aquellos que, en virtud del principio de *ius soli*, adquieren en la mayoría de los Estados la nacionalidad del país donde nacieron. Este principio es una de las principales formas de obtener la nacionalidad, ya que significa que la persona tiene el derecho de adquirir la nacionalidad del país en donde nace. El principio de *ius sanguinis* brinda el derecho de adquirir la nacionalidad a partir de la nacionalidad de los padres. Algunos países sólo adoptan uno de estos criterios, y otros utilizan los dos. En principio, estos NNA no son migrantes, pero sus padres sí lo son, por lo que, según la condición migratoria de éstos, pueden verse afectados por leyes y políticas migratorias.³⁰ El hecho de vivir con padres o tutores cuya situación no está regularizada implica que los niños también se encuentran en una situación migratoria irregular porque sufren las consecuencias de las políticas sobre migración irregular y las barreras en el acceso a los derechos básicos.³¹

4. NNA RETORNADOS

Son los NNA migrantes o nacidos en el país de destino de padres migrantes que regresan a su país de origen solos o acompañados, ya sea de forma voluntaria o como consecuencia de un procedimiento de deportación o repatriación.

³⁰ En algunos países los niños no tienen obligación de disponer de documentación hasta cierta edad, por lo que en estricto sentido su situación no puede considerarse irregular. Por ejemplo, en España hasta los catorce años y en Lituania hasta los dieciséis años. Al respecto, véase Council of Europe, *Public Register of Authentic identity and Travel Documents Online (PRADO)*, <http://prado.consilium.europa.eu/en/searchByIssuingCountry.html>.

³¹ PICUM, *Niños primero y ante todo*, Bruselas, PICUM, 2013, p. 13.

IV. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NNA MIGRANTES

Conforme al derecho internacional vigente, todas las personas son titulares de derechos humanos, cuya plena vigencia y respeto son elementos fundamentales para la consolidación de la paz y seguridad a nivel internacional, regional y local, así como también para construir sociedades en las que se respete el Estado de derecho. Como afirma Villán Durán, “los derechos humanos se configuran como el motor imprescindible de unas relaciones internacionales más justas y armoniosas, así como el instrumento de humanización y criterio legitimador de la conducta de los Estados en sus relaciones”.³² Las normas de derecho internacional que protegen a la persona son resultado del esfuerzo de la sociedad internacional por establecer un conjunto de reglas mínimas de protección y desarrollo para los seres humanos. Los derechos reconocidos en estas normas representan valores universales mínimos que los Estados se comprometen a promover, proteger y garantizar.

De este modo, los NNA migrantes se encuentran amparados por todas las normas del derecho internacional de los derechos humanos, que se basan en el principio de igualdad y no discriminación, y están redactadas en un lenguaje inclusivo. Estas normas les reconocen la totalidad de derechos, sin importar su

³² Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2006, p. 44.

condición migratoria. La irregularidad, en caso de que ésta sea su condición migratoria, no los excluye de los derechos humanos. Por el contrario, toda vez que son, al menos, dos veces vulnerables, al ser NNA y migrantes, requieren una atención especial y diferenciada que los proteja.

1. NIVEL UNIVERSAL

A. General

A nivel universal y general, las normas internacionales de derechos humanos que protegen a los NNA migrantes incluyen a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los tratados fundamentales sobre derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CTPCID); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR), y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM). Además, se encuentran protegidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la Convención para reducir los Casos de Apatridia (CRCA), y el Protocolo II a los Convenios de Ginebra.³³

B. Especializado

Los NNA migrantes se encuentran protegidos por las siguientes normas internacionales que tratan específicamente el tema de los derechos de NNA o su relación con la condición de migrantes:

³³ Artículo 4.3. En este sentido, véase también: ColDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 153.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

a. Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven de 1985³⁴

Establece la protección de la familia en su artículo 5: “los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren, en particular, de los siguientes derechos: b) El derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia”.³⁵

b. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CDTM),³⁶ de 1990

Es un instrumento jurídico destinado a identificar, categorizar y reconocer a un determinado colectivo humano, los trabajadores migratorios y sus familiares, como un grupo humano especialmente vulnerable en lo que respecta al ejercicio de sus derechos y libertades; y a traducir en obligaciones jurídicas internacionales la voluntad de progresar en la mejora del goce y disfrute de sus dere-

³⁴ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, del 13 de diciembre de 1985.

³⁵ Artículo 5 de la Declaración de sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, del 13 de diciembre de 1985.

³⁶ La CDTM tiene un récord bajísimo de ratificación, y ningún país mayor de migración y desarrollado lo ha hecho. Sobre las razones de la baja aceptación de la Convención, véanse Cholewinski, Ryszard, Guchteneire, Paul de, Pecoud, Antoine, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, UNESCO, 2010, pp. 13 y ss. Fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990. Véase la situación de su ratificación y reservas en:

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en.

chos humanos.³⁷ Establece normas mínimas que los Estados Partes deben aplicar a los trabajadores migratorios y a sus familiares, independientemente de su condición migratoria.

La CDTM complementa los estándares sobre el trabajo reconocidos internacionalmente y especifica la aplicación de los estándares sobre derechos humanos generalmente reconocidos a todos los trabajadores migrantes y sus familiares.³⁸ De este modo, es el tratado internacional más amplio en cuanto a derechos de los trabajadores migrantes se refiere, además de que protege los derechos humanos de estos trabajadores en todas las fases del proceso migratorio: en el país de origen, en el país de tránsito y en el país de empleo y clarifica las obligaciones de los Estados partes.³⁹

La CDTM reconoce en sus artículos 8 a 35 una diversidad de derechos, en su mayoría contenidos en los Pactos de Nueva York de 1966, a los trabajadores migrantes y sus familiares, independientemente de su condición migratoria regular o irregular, y que el Estado de acogida debe garantizarles. Si bien la CDTM no cuenta con un apartado particular de NNA en el contexto de la migración, contempla en su artículo 44.2, como derecho de los trabajadores migrantes, la unión familiar, la cual repercute en los NNA migrantes:

³⁷ Bonet Pérez, Jordi, “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en Mariño Menéndez, Fernando M., (coord.), *Un mundo sin desarraigo: El derecho internacional de las migraciones*, Madrid, Catarata, 2006, p. 93.

³⁸ Kariyawasam, Prasad, “La Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, trad. del inglés de Fernando M. Mariño Menéndez, en Mariño Menéndez, Fernando M., (coord.), *Un mundo sin desarraigo. El derecho internacional de las migraciones*, Madrid, Catarata, 2006, p. 18.

³⁹ Artículo 1.2 de la CIDTM.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.

Este derecho adquiere relevancia si se toma en cuenta que los movimientos migratorios se han diversificado, y no sólo los adultos salen de sus países de origen, sino también las niñas, los niños y los adolescentes, quienes deciden a viajar (acompañados o no).

c. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1990⁴⁰

La CDN es, sin duda, el instrumento internacional que presenta mayor relevancia para nuestro trabajo, en virtud de ser un tratado internacional de aceptación general y el más completo en lo que se refiere a la protección de los derechos de *todos* los NNA. En la CDN se detallan una serie de derechos universales que constituyen requisitos mínimos que los Estados deben cumplir para garantizar la protección de *todos* los NNA presentes en su jurisdicción. Los Estados partes de la Convención están obligados legalmente a garantizar que todas las protecciones y los estándares de ésta aparezcan reflejados en la legislación nacional.

Cabe señalar que la CDN es aplicable planamente a NNA migrantes: por un lado, porque está redactada en un lenguaje incluyente que no diferencia entre los niños nacionales o extranjeros

⁴⁰ La CDN fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

(regulares o irregulares) en el otorgamiento de los derechos que establece; por otro lado, porque el órgano autorizado para interpretarla ha manifestado de forma explícita en su Observación General 6 (2005) que:

El disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores —sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes— con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración.⁴¹

De esta forma, la CDN protege a NNA migrantes, sin discriminación alguna, y los Estados que se han vinculado en sus términos están obligados a respetar y garantizar los derechos que contiene a todos los N presentes en su jurisdicción.

La CDN, como paradigma en la materia, reconoce: el interés superior (artículo 3), la unión familiar (artículo 9), la reunificación familiar (artículo 10), la necesidad de combatir los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero (artículo 11), la protección contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso (artículo 32), la protección contra todas las formas de explotación y abuso sexuales (artículo 34), la prevención del secuestro, la venta o la trata de niños (artículo 35) y las necesidades de protección en casos de detención de niños (artículo 37 b, c y d.)

Es de destacarse que los Estados deben considerar siempre los cuatro principios fundamentales de la CDN en la implementa-

⁴¹ Comité sobre los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General N.º. 6, 2005, párr. 12.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

ción de leyes, políticas o prácticas nacionales relacionadas con NNA migrantes:

- i) Principio de no discriminación. Este principio implica que todos los derechos protegidos por la Convención están garantizados sin discriminación o distinciones de ningún tipo a *todos* los niños presentes en la jurisdicción de los Estados miembros de la CDN (artículo 2). El Comité sobre los Derechos del Niño ha establecido de forma explícita que el principio de no discriminación es aplicable independientemente del estatus migratorio:

El principio de no discriminación, en todas sus manifestaciones, se aplica a todos los aspectos del trato de los menores separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye —e incluso puede exigir— la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género. Deben tomarse también disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados. A propósito de los menores no acompañados o separados, las medidas de policía o de otro carácter con referencia al orden público sólo son admisibles si se ajustan a la ley, suponen una apreciación individual y no colectiva, respetan el principio de proporcionalidad y representan la opción menos intrusiva. A fin de no infringir el mandato de no discriminación, las medidas descritas nunca podrán ser aplicadas a un grupo o sobre una base colectiva.⁴²

⁴² *Ibidem*, párr. 18.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

De este modo, cualquier ley, política de actuación o decisión adoptada por un Estado que afecte a los niños migrantes en situación irregular debe cumplir el principio de no discriminación en todo momento.

- ii) Interés superior del niño. De acuerdo con el artículo 3.1 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”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH, en adelante) ha señalado que este principio implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a su vida.⁴³ El interés superior del niño es una protección especial, reforzada, que todos los derechos humanos deben tener cuando se trate de niños y niñas. Y una necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la CADH cuando el caso se refiera a menores de edad.⁴⁴ Es un principio que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos,

⁴³ CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, párr.61

⁴⁴ CoIDH, *Caso de la masacre de las dos erres vs. Guatemala*, excepción preliminar fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2009, párr. 184; *caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de septiembre de 2005, párr. 134; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto 2002, párrs. 56, 57 y 60.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la CDN.⁴⁵

El interés superior del niño significa la adopción de ciertas medidas específicas, con el propósito de que gocen efectivamente de los derechos y sus garantías,⁴⁶ que varían de acuerdo con las circunstancias particulares del caso y de la condición personal de los niños,⁴⁷ de las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o niña.⁴⁸ En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido de forma explícita que, antes de tomar cualquier decisión que afecte a un NNA, los Estados evalúen de forma exhaustiva su identidad, incluida su nacionalidad y su bagaje educativo, étnico, cultural y lingüístico, así como cualquier vulnerabilidad específica o necesidad de protección que pudieran tener.⁴⁹ La CDN obliga también a los Estados a dar prioridad al interés superior del niño en todas las decisiones que afecten a la unidad familiar. Al respecto, el artículo 9 señala que la separación en contra de los deseos del niño sólo es posible cuando sea imprescindible para proteger el interés superior del niño, y cuando las autoridades competentes lo consideren estrictamente necesario. En este sentido, el Comité ha enfatizado que la limitación general de la inmigración no puede prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior del niño.⁵⁰

⁴⁵ CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 56.

⁴⁶ CoIDH, caso *“Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 209; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 98.

⁴⁷ CoIDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 del mayo de 2010, párr. 166.

⁴⁸ CoIDH, caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 126.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 20.

⁵⁰ *Idem*.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

Ahora, el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia.⁵¹ Tampoco puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales.⁵²

El interés superior del niño, como eje rector de los derechos de los niños, es:⁵³

- a) Un derecho sustantivo: el derecho de los NNA a que su interés superior sea una consideración primordial, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que lo afecte.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior de los NNA. Los derechos consagrados en la CDN y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a NNA, a un grupo de ellos o a la niñez en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) en ellos. La evaluación y determinación del interés supe-

⁵¹ CoIDH, caso *Forneron e hija vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de abril de 2012, párr. 99.

⁵² *Ibidem*, párr. 105.

⁵³ Comité de los Derechos del Niño, *Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (art. 3, párr. 1), Observación General 14, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

rior del niño requieren garantías procesales y un procedimiento que las garantice.

De este modo, los estándares internacionales desarrollados para la protección de los niños parten en un primer momento del reconocimiento del niño como sujeto de derecho, y a partir de ello del respeto de su interés superior.

Es importante que los Estados, en su labor de armonización con el derecho internacional y los estándares desarrollados, incorporen a su ordenamiento el principio de interés superior del niño. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Argentina ha indicado que toda decisión que tomen los jueces debe ser conforme al interés superior del niño:

Salvo casos de evidentes voluntarismos o direccionamientos de decisiones en base a predilecciones subjetivas del magistrado y al margen de las constancias de la causa, que cuando las hemos constatado han sido revocadas sistemáticamente, el juez antes que tomar la decisión que quiere, adopta la que puede, la que aprecia como más positiva o menos dañosa, de acuerdo a las circunstancias de la causa, la prueba acreditada en ella, y siempre, absolutamente siempre, anteponiendo a otras consideraciones la situación e interés de los menores. Eso es, en definitiva, el principio del interés superior del niño (art. 3, Ley 26061 y Convención de los Derechos del Niño).⁵⁴

En los países del triángulo norte de Centroamérica, sólo Guatemala ha empezado a establecer criterios jurisprudenciales al respecto. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que:

Para el análisis del presente caso, ... a este Tribunal le resulta de especial relevancia, establecer qué debe entenderse por

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, G., J. S. s/ *Violencia Familiar*, expte. 364 - Año 2014 CAT, sentencia del 12/02/2015.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

el principio del interés superior del niño. En ese sentido, debe indicarse que tal principio debe ser una “consideración primordial”, es decir, debe tener preferencia sobre cualquier otro interés, sea económico, político, o relativo a la seguridad del Estado o de los infantes.⁵⁵

- iii) Supervivencia y el desarrollo del niño. La CDN señala que “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, lo cual va más allá de la mera supervivencia física, e incluye el desarrollo del niño, puesto que los Estados deben “garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (artículo 6). Este derecho se debe proteger, respetar y tener en cuenta en todos los procedimientos de migración. Por ejemplo, se debe tener en cuenta el derecho del niño a la supervivencia y el desarrollo cuando un Estado considera la deportación de un niño a su país de origen. El derecho de supervivencia y desarrollo debe aplicarse a todos los niños, independientemente de su estatus migratorio.
- iv) El derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo. La CDN afirma que “se tendrán debidamente en cuenta las opiniones del niño” y “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado” (artículo 12). Al respecto, el Comité ha manifestado que los niños que llegan a un país siguiendo a sus padres, en busca de trabajo o como refugiados,

⁵⁵ Corte de Constitucionalidad en Guatemala, *Expediente 2317-2012*, 17 de octubre de 2012, considerando III.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

están en una situación especialmente vulnerable. Por ese motivo se debe respetar su derecho de expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo, especialmente para evaluar cuál es su interés superior. Aclara que este derecho incluye la garantía de que el niño comprenda perfectamente los procedimientos y tenga oportunidad de expresar sus opiniones. Por lo tanto, los Estados deben garantizar que los procedimientos de migración se interpretan siempre de forma competente y accesible para los niños. Además, este derecho garantiza que el niño esté bien informado de los procedimientos, así como de los posibles resultados y la forma en que éstos podrían afectarle.⁵⁶

d. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajo infantil⁵⁷

El trabajo infantil es una violación de los derechos humanos fundamentales, habiéndose comprobado que entorpece el desarrollo de los niños, y que potencialmente les produce daños físicos y psicológicos para toda la vida. Se ha demostrado que existe un fuerte vínculo entre la pobreza de los hogares y el trabajo infantil, y que el trabajo infantil perpetúa la pobreza durante generaciones, dejando a los hijos de los pobres fuera de la escuela y limitando sus posibilidades de ascender en la escala social. Este reducido capital humano ha sido relacionado con el bajo crecimiento económico

⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, *El derecho del niño a ser escuchado*, Observación General No. 12, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 123 y 124.

⁵⁷ Convenio no. 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo de 1973, y Convenio no. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999. Véanse las ratificaciones a estos convenios en: <http://www.ilo.org/ipec/facts/ILOconventionsonchildlabour/lang-es/index.htm>.

y con el escaso desarrollo social.⁵⁸ Las normas de la OIT sobre el trabajo infantil son importantes instrumentos internacionales para luchar contra este problema.

- i) Convenio 138, sobre la edad mínima (1973). Establece la edad mínima general para la admisión al trabajo o al empleo, en quince años (trece para los trabajos ligeros) y la edad mínima para el trabajo peligroso, en dieciocho años (dieciseis bajo determinadas condiciones estrictas). Brinda la posibilidad de establecer al principio la edad mínima general en catorce años (doce, para los trabajos ligeros), cuando la economía y los servicios educativos están insuficientemente desarrollados.
- ii) Convenio 182, sobre las peores formas de trabajo infantil (1999). Requiere de los Estados la erradicación de las peores formas de trabajo infantil, incluidas todas las formas de esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la prostitución y la pornografía infantiles; la utilización de niños para actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes; y el trabajo que pueda dañar la salud, la seguridad o la moralidad de los niños. Este Convenio exige que los Estados que lo ratifiquen brinden la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y para su rehabilita-

⁵⁸ Al respecto puede consultarse, entre otros: OIT, *Manual para Inspectores. Combatiendo las peores formas de trabajo infantil*, San José, OIT, 2003.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

ción e integración social. Asimismo, establece que los Estados deberán garantizar el acceso gratuito a la educación básica, y, siempre que sea posible y adecuado, a la formación profesional a los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil.

e. Otros estándares de protección

- i) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CDOT)⁵⁹ de 2000. Constituye el primer tratado internacional contra el crimen organizado y, además, un gran avance para que los Estados puedan responder y combatir el crimen organizado transnacional, el cual incluye el delito de tráfico ilícito de migrantes. De acuerdo con su artículo 1, tiene por finalidad “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”. La CDOT y dos de los Protocolos que la complementan están planteados desde el punto de vista de que la amenaza más grande no proviene del migrante objeto del tráfico y trata ilícitos, sino de los traficantes y tratantes.
- ii) Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños.⁶⁰ De acuerdo con el artículo 3, inciso a), la “trata de personas” consiste en:

⁵⁹ Adoptada en Palermo, Italia, por la Asamblea General en su resolución A/RES/55/25, del 15 de noviembre de 2000. Entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, de conformidad con el artículo 38 de la misma.

⁶⁰ Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, de conformidad con el artículo 17 del mismo.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. “Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional es irrelevante cuando se recurre a cualquiera de los medios anteriormente señalados. Y, cuando las víctimas son niños, se considera “trata de personas” incluso cuando no se recurre a ninguno de los medios enunciados en el artículo 3, inciso a).⁶¹

- iii) Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.⁶² El delito de tráfico ilícito de migrantes es una forma de traficar seres humanos, y consiste en “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.⁶³ El Protocolo se centra en las actividades de tráfico ilícito de migrantes

⁶¹ Artículo 3, incisos b) y c) del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

⁶² Entró en vigor el 28 de enero de 2004, de conformidad con el artículo 22 del mismo.

⁶³ Artículo 3, inciso a) del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

que realiza un “grupo delictivo organizado”,⁶⁴ dejando fuera de su ámbito de aplicación las mismas acciones que realicen los migrantes irregulares por su cuenta. Es por ello que su artículo 5 dispone que los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al Protocolo por el hecho de haber sido objeto del delito de tráfico ilícito de migrantes. Eso sí, aclara en su artículo 6.4 que ninguna de sus disposiciones “impeDIRÁ que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su Derecho interno”. Es decir, deja abierta la posibilidad de que los Estados sancionen las conductas ilegales de los migrantes irregulares de acuerdo con las normas pertinentes de su derecho interno, y cuyas penas, como se sabe, pueden incluir el encarcelamiento, la expulsión o la deportación.

- iv) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los conflictos Armados, de 2002.⁶⁵ En virtud de su artículo 38, la CDN exhorta a los gobiernos a que tomen todas las medidas posibles a fin de velar para que ningún niño o niña menor de quince años participe directamente en conflictos armados. Cabe recordar

⁶⁴ De acuerdo con el artículo 2, inciso a), de la Convención, se entiende por “grupo delictivo organizado” al “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Será un “grupo estructurado” aquel “no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada” (artículo 2, inciso c).

⁶⁵ Del 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 12 de febrero de 2002.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

que la Convención establece también los quince años como la edad mínima de reclutamiento voluntario en las fuerzas armadas. El Protocolo, por su parte, tiene como objetivo fortalecer la aplicación de la Convención y aumentar la protección de NNA durante los conflictos armados.

- v) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, de 2002.⁶⁶ Los artículos 34 y 35 de la CDN señalan que los gobiernos deben proteger a los niños y niñas de todas las formas de explotación y abusos sexuales y tomar todas las medidas posibles para asegurar que no se les secuestre, se les venda o se trafica con ellos. El Protocolo exige a los Estados una serie de requisitos precisos para poner fin a la explotación y el abuso sexuales de la infancia. También protege a los niños y niñas de la venta con objetivos no sexuales, como otras formas de trabajo forzado, adopciones ilegales o donación de órganos. El Protocolo ofrece definiciones de delitos como “venta de niños”, “prostitución infantil” y “pornografía infantil”. También obliga a los gobiernos a criminalizar y castigar las actividades relacionadas con estos delitos. Exige castigos no solamente para quienes ofrecen o entregan niños y niñas para su explotación sexual, transferencia de órganos, obtención de beneficios o trabajos forzados, sino también para todo aquel que acepte a un niño o niña destinado a estas actividades.
- vi) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comu-

⁶⁶ Del 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 18 de enero de 2002.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

nicaciones, de 2011.⁶⁷ Tiene por objeto establecer un mecanismo que permita la presentación ante el Comité de los Derechos del Niño (CRC) de denuncias/comunicaciones presentadas por personas, o grupos de personas o en nombre de ellas, sujetas a la jurisdicción de un Estado parte que afirmen ser víctimas de una violación por el Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en cualquiera de los siguientes instrumentos en que ese Estado sea parte: Convención sobre los Derechos del Niño; Protocolo Facultativo Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados; y Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.

2. NIVEL REGIONAL: EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En el sistema interamericano de derechos humanos no hay un tratado especializado en migrantes. Sin embargo, tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, base del sistema, desligan la noción de los derechos esenciales del hombre (humanos, fundamentales) de la de ciudadano, pues tales derechos son inherentes a las personas por su humanidad, no por su pertenencia a un Estado determinado.

Así, el considerando segundo de la DADDH dispone que “... en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que *los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana*”. En sentido si-

⁶⁷ Del 19 de diciembre de 2011. Entró en vigor el 14 de abril de 2014.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

milar, la CADH contiene en su preámbulo una afirmación única en cuanto a los derechos fundamentales de todas las personas, particularmente relevante para los extranjeros:

Los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser *nacional* de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.⁶⁸

Esta afirmación es apoyada por el artículo 1.1 de la CADH, que consagra el principio de no discriminación, al establecer la obligación de los Estados de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos consagrados en la Convención “*a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción,⁶⁹ sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

Si bien no se incluye como motivo prohibido de discriminación la nacionalidad, el artículo 1.2 dispone que “para los efectos de

⁶⁸ Párrafo tercero.

⁶⁹ Los proyectos que dieron origen a la Convención contenían la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas “sujetas a su territorio y a su jurisdicción”, pero, en el momento de aprobarse la Convención, sólo se hizo referencia a la jurisdicción. Al optar los Estados por delimitar el campo de aplicación de la Convención a lo que cae bajo su “jurisdicción”, optaron por un criterio amplio, que incluye no sólo los actos u omisiones imputables a agentes estatales como violación de obligaciones convencionales realizados o dejados de realizar dentro del territorio, sino que incluye la responsabilidad por actos u omisiones ejecutados, eventualmente, fuera del territorio, pero dentro del campo de jurisdicción del Estado, como podrían ser las actuaciones de un ejército de ocupación o actos perpetrados en un recinto diplomático. Secretaría General de la OEA, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*, Washington D. C., OEA, 1973, pp. 236-418.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

la CADH, persona es *todo ser humano*”, conceptualización que reafirma la idea de la universalidad de los derechos humanos y de la prohibición de discriminación⁷⁰ con base en la nacionalidad. Aún más, el artículo 24 corrobora esto al proclamar la igualdad de *todas las personas ante la ley*: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

Del mismo modo que no hay un tratado de derechos humanos en materia de migrantes, tampoco lo hay en materia de NNA. Se han emitido tratados especializados en NNA, pero con origen en el derecho internacional privado, los cuales también recogen importantes elementos para la protección de NNA migrantes, pese a que no sean tratados de derechos humanos. Sin embargo, debe recordarse que el conjunto de instrumentos de derechos humanos del sistema es aplicable a la protección de los derechos humanos de NNA migrantes.

Los derechos humanos reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos a NNA migrantes son todos los derechos humanos que tiene reconocido cualquier ser humano, sin importar la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición. Además de todos aquellos derechos que, contenidos en instrumentos interamericanos o con origen en otro sistema de protección, reconocen expresamente una protección especial y adicional a las personas que no han cumplido dieciocho años y que ostentan la calidad de migrantes. Todos estos derechos, como se verá en apartados siguientes, forman parte del *corpus juris* que la Corte Interamericana ha reconoci-

⁷⁰ Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Universidad de Chile, 2005, p. 11.

do como integrante del artículo 19 de la Convención Americana, que consagra los derechos de los niños.

A. Instrumentos del sistema interamericano relevantes para la protección de los derechos humanos de NNA migrantes

- a. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. “Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.
- b. Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José. El artículo 19 establece 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. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”.⁷¹ Por lo tanto, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño.⁷²

En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condi-

⁷¹ CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párrs. 53, 54 y 60; caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 164.

⁷² CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 164.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

ción particular de vulnerabilidad.⁷³ Asimismo, la Corte ha afirmado reiteradamente que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.⁷⁴

- c. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
- d. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- e. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. “Artículo XII. Los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores”.
- f. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

Artículo 7. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

⁷³ CoIDH, caso *De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párr. 184; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 201.

⁷⁴ CoIDH, caso *de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, fondo, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 194; *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, párr. 137.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

f. La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;

Artículo 15. 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

b. Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

c. Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d. Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

Artículo 16. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

g. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

h. Carta Democrática Interamericana

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

Artículo 16. La educación es clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano y el alivio de la pobreza y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos. Para lograr estas metas, es esencial que una educación de calidad esté al alcance de todos, incluyendo a las niñas y las mujeres, los habitantes de las zonas rurales y las personas que pertenecen a las minorías.

Artículo 27. Los programas y actividades se dirigirán a promover la gobernabilidad, la buena gestión, los valores democráticos y el fortalecimiento de la institucionalidad política y de las organizaciones de la sociedad civil. Se prestará atención especial al desarrollo de programas y actividades para la educación de la niñez y la juventud como forma de asegurar la permanencia de los valores democráticos, incluidas la libertad y la justicia social.

i. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”

Artículos 8. Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

d. Suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;

Artículo 9. Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

- j.* Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión
- k.* Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer
- l.* Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer
- m.* Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias ámbito de aplicación

Artículo 19. Los Estados Parte procurarán suministrar asistencia alimentaria provisional en la medida de sus posibilidades a los menores de otro Estado que se encuentren abandonados en su territorio

- n.* Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores

Artículo 25. La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

- o.* Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores
- p.* Convención sobre Asilo Territorial

Artículo II. El respeto que según el Derecho Internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tiene sobre las personas que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos.

Cualquier violación de soberanía consistente en actos de un gobierno o de sus agentes contra la vida o la seguridad de una persona, ejecutados en el territorio de otro Estado, no puede considerarse atenuada por el hecho de que la persecución haya empezado fuera de sus fronteras u obedezca a móviles políticos o a razones de Estado.

q. Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer

B. *Opiniones consultivas de la CoIDH relevantes para la protección de los derechos humanos de NNA migrantes*

a. Opinión Consultiva 16/1999, sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal

Esta opinión ha tenido dos aportaciones muy importantes en materia de los derechos al debido proceso y a la asistencia consular de todos los extranjeros. Por un lado, la CoIDH señaló que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor. Asimismo, que dicha disposición concierne a la protección

de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.⁷⁵

Y, por otro lado, “que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho [humano] al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del PIDCP; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables”.⁷⁶ Como se sabe, si en un caso de pena de muerte no se respetan las garantías del debido proceso legal consignadas en el artículo 14 del PIDCP, puede conllevar a la privación arbitraria de la vida, en violación de este derecho fundamental consagrado en todos los instrumentos de derechos humanos.⁷⁷

A continuación se reseña brevemente esta Opinión Consultiva de la CoIDH relevante para el respeto de los derechos de los extranjeros detenidos:

En diciembre de 1997, México presentó a la CoIDH una solicitud de opinión consultiva relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular, en el marco de las garantías del debido proceso legal.⁷⁸ La solicitud formuló doce preguntas relacionadas con la aplicación del artículo 36 de la CV63 y su relación

⁷⁵ CoIDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva 16/99, 1 de octubre de 1999, párr. 141, apartados 1 y 2.

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 141, apartado 6.

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 141, apartado 7.

⁷⁸ La consulta a la CoIDH tiene como antecedente las gestiones bilaterales que México había realizado en favor de algunos de sus nacionales, quienes no habían sido informados oportunamente por el Estado receptor —Estados Unidos— de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, y habían sido sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América. *Ibidem*, párr. 2.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

con los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como su relevancia en los casos de personas condenadas a pena de muerte.⁷⁹ El 1 de octubre de 1999, la Corte emitió la Opinión Consultiva OC-16.

La CoIDH inició su análisis con definiciones que son particularmente importantes para precisar el contenido y el alcance de la CV63, en la protección y garantía del derecho al debido proceso. El derecho a la información sobre la asistencia consular es el derecho del nacional del Estado que envía, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado sin dilación de su derecho a la notificación consular y a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular, sea transmitida sin demora. El derecho a la notificación consular es el derecho del nacional del Estado que envía a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen sin retraso alguno sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, a la oficina consular del Estado que envía. El derecho de asistencia consular es el derecho de los funcionarios consulares del Estado que envía a proveer asistencia a su nacional. El derecho a la comunicación consular es el derecho de los funcionarios consulares y de los nacionales del Estado que envía, a comunicarse libremente. Ahora bien, el Estado que envía es el Estado del cual es nacional la persona privada de libertad. El Estado receptor es, por su parte, el Estado en que se priva de libertad al nacional del Estado que envía.⁸⁰

Varios Estados presentaron observaciones escritas a la CoIDH, que también presentó sus observaciones. Por otra parte, individuos y ONG presentaron escritos en calidad de *amici curiae*.⁸¹

⁷⁹ *Ibidem*, párrs. 1-4.

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 5.

⁸¹ *Ibidem*, párrs. 9-14.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

El razonamiento de la CoIDH en esta Opinión Consultiva partió de los siguientes supuestos fácticos: tanto el Estado que envía como el Estado receptor son partes de la CV63; tanto el Estado que envía como el Estado receptor son miembros de la OEA; tanto el Estado que envía como el Estado receptor han suscrito la DADDH y el Estado receptor ha ratificado el PIDCP.⁸²

En relación con los derechos a la información, a la notificación y a la comunicación y el derecho de asistencia consular y su vínculo con la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, la CoIDH empieza por reiterar que la interpretación de toda norma debe hacerse de buena fe, conforme con el sentido corriente que debe atribuirse a los términos empleados por el tratado y teniendo en cuenta su objeto y fin, como lo establece la CV69.⁸³ En atención a su naturaleza y a su historia legislativa, la CV63 no tiene por objeto otorgar derechos individuales. De hecho, los derechos de comunicación y de notificación consular son, sobre todo, derechos estatales.⁸⁴ No obstante, la Corte recuerda que un tratado puede establecer una protección de los derechos humanos, independientemente de su objetivo central.⁸⁵ En este caso, a pesar de que el propósito de la CV63 se relacione con el equilibrio en las relaciones consulares entre Estados, puede incluir una norma relativa a la protección de derechos fundamentales.⁸⁶

El derecho de la persona a comunicarse con los representantes consulares del Estado del cual es nacional se encuentra es-

⁸² *Ibidem*, párr. 42.

⁸³ *Ibidem*, párr. 72.

⁸⁴ *Ibidem*, párrs. 73-74.

⁸⁵ CoIDH, "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, párr. 52, punto primero.

⁸⁶ CoIDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva 16/99, párr. 76.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

tablecido en el artículo 36 de la CV63, sin hacer distinciones en relación con la situación de dichas personas. Esta comunicación tiene varios propósitos; entre ellos, proteger los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, prestar ayuda y asistencia a sus nacionales, representarlos y tomar las medidas necesarias para su representación judicial ante otras autoridades. La CoIDH considera que la norma relativa a la comunicación consular tiene dos funciones: por una parte, reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de los funcionarios consulares y, por otra, reconocer el derecho correlativo del nacional del Estado que envía, de tener acceso al funcionario consular.⁸⁷

Del texto del artículo 36 de la CV63 se desprenden los derechos de la persona extranjera privada de la libertad a ser informada sobre: primero, su derecho a solicitar y lograr que las autoridades competentes del Estado receptor informen a la oficina consular competente sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva y, segundo, su derecho a dirigir a la oficina consular competente cualquier comunicación, sin dilación. El titular de este derecho es la persona privada de la libertad. Por otra parte, y relacionado con esos derechos, el mismo artículo 36 de la CV63 reconoce el derecho de los funcionarios consulares a visitar a su nacional que se encuentre arrestado, detenido o en prisión preventiva, a hablar con él y a organizar su defensa ante los tribunales respectivos. Los funcionarios consulares también tienen el derecho de visitar a sus nacionales que se encuentren arrestados, detenidos o presos en cumplimiento de una sentencia. No obstante, los funcionarios consulares deben abstenerse de intervenir en favor del nacional privado de la libertad cuando éste así lo solicite. A partir de este análisis, la CoIDH concluye que el artículo 36 de la CV63 reconoce a las personas extranje-

⁸⁷ *Ibidem*, párr. 80.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

ras detenidas derechos individuales, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.⁸⁸

En ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 36 de la CV63, el Estado puede asistir a la persona en su defensa, nombrando o contratando un abogado, obteniendo pruebas en el país de origen, verificando que tenga una adecuada representación legal y asistiendo al detenido. La comunicación consular se relaciona con la protección de los derechos del nacional del Estado que envía.⁸⁹

Por otra parte, la CoIDH determinó que el cumplimiento del deber estatal correspondiente al derecho a la comunicación consular no está sujeto al requisito de protesta previa del Estado que envía. De igual forma, la CoIDH indicó que el derecho a la información sobre la asistencia consular no tiene requisito alguno para su exigibilidad. En cambio, el derecho a la notificación consular está condicionado únicamente a la voluntad del individuo interesado.⁹⁰

Con respecto al conocimiento del Estado receptor de que tiene a una persona privada de la libertad que es extranjera, la Corte indicó que la identificación del imputado es un requisito indispensable para la individualización penal y es un deber del Estado que lo tiene bajo su custodia. Aún más, teniendo en cuenta la dificultad de establecer de inmediato la nacionalidad de la persona, la CoIDH indicó que el Estado debe informar al detenido los derechos que tiene en caso de ser extranjero, al igual que se le informa sobre otros derechos en razón de la privación de su libertad.⁹¹

La Corte señaló que la obligación de información no depende de la gravedad de la pena aplicable al delito que da lugar a la

⁸⁸ *Ibidem*, párr. 84.

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 86.

⁹⁰ *Ibidem*, párrs. 89-90.

⁹¹ *Ibidem*, párrs. 94-96.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

privación de la libertad. Con respecto al momento en que debe informarse a la persona detenida sobre sus derechos en caso de ser extranjero, la CoIDH recordó que el texto de la CV63 establece que debe informarse “en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades”.⁹²

En relación con la interpretación y aplicación de la norma de la CV63 junto con otras normas de instrumentos de derechos humanos, la CoIDH empieza su análisis indicando que “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.⁹³ Continúa considerando la situación de los extranjeros sujetos a un proceso penal, y concluye que la notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país puede contribuir a mejorar su defensa y a que las actuaciones dentro del proceso se lleven a cabo conforme a la ley y al respeto de la dignidad humana. La Corte considera que el derecho a la información consular debe “ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo”.⁹⁴

Partiendo del principio general de derecho internacional del deber de los Estados de dar cumplimiento a las obligaciones de un tratado de buena fe (*pacta sunt servanda*) y tomando como precedentes decisiones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas relativas a la aplicación de la pena de muerte (en las cuales ese Comité sostuvo que cuando se encuentren violaciones de las garantías del debido proceso

⁹² *Ibidem*, párrs. 99-102.

⁹³ *Ibidem*, párr. 117.

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 122.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

se viola también el derecho a la vida si la pena es ejecutada), la Corte concluye que la inobservancia del derecho a la información sobre la protección consular al detenido extranjero afecta las garantías del debido proceso legal, y en esas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”.⁹⁵

b. Opinión Consultiva 17/2002, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño

El 28 de agosto de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitió la Opinión Consultiva 17 a la que denominó “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. La importancia de esta opinión consultiva es que por primera vez, en ejercicio de su función consultiva, la Corte reconoció al niño como sujeto de derecho. En palabras del voto concurrente del juez Cançado Trindade:

...la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño “como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección” (párr. 28).

De la OC 17/2002 se pueden desprender las siguientes obligaciones para los Estados en materia de NNA:

⁹⁵ *Ibidem*, párrs. 128-137.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

- El Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural respecto al niño.⁹⁶
- El Estado debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.⁹⁷
- El Estado, para la atención de los niños, debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.⁹⁸
- El respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.⁹⁹
- La verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales.¹⁰⁰
- Los Estados partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas

⁹⁶ CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 137.

⁹⁷ CoIDH, caso *De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párr. 187.

⁹⁸ CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 116.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ *Idem*.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.¹⁰¹

- Los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural —competente, independiente e imparcial—, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.¹⁰²
- Los menores de dieciocho años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.¹⁰³
- La conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente a la que corresponde a

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Idem.*

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.¹⁰⁴

- Es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos.¹⁰⁵
- La referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos:

La posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales;

En el caso de que un proceso judicial sea necesario, se dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso;

Se dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños y

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Idem.*

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño en la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales.¹⁰⁶

- Las medidas de protección que alude el artículo 19 de la Convención Americana incluyen la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación.¹⁰⁷
- La detención de menores debe ser excepcional y por el periodo más breve posible;¹⁰⁸ los niños privados de la libertad deben ser mantenidos separados de los adultos, y contar con una periódica especial supervisión en el ámbito de la salud y la implementación de programas de educación.¹⁰⁹
- Los requisitos exigidos para probar el nacimiento en el territorio deben ser razonables y no pueden representar un obstáculo para acceder al derecho a la nacionalidad.¹¹⁰
- La especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de con-

¹⁰⁶ CoIDH, caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay*, párr. 211.

¹⁰⁷ CoIDH, caso de los *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)* vs. *Guatemala*, párr. 196.

¹⁰⁸ CoIDH, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri* vs. *Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, fondo, reparaciones y costas, párr. 169.

¹⁰⁹ CoIDH, caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay*, párr. 172.

¹¹⁰ CoIDH, caso de las *Niñas Yean y Bosico* vs. *República Dominicana*, párr. 171.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

- flicto armado, lo cual significa que el Estado debe dar una protección aún más reforzada a éstos en esos casos.¹¹¹
- Para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma, por lo que es una obligación promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma.¹¹²
 - La obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural incluye la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas.¹¹³
 - La pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la comunidad indígena, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de una comunidad indígena al no poder siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos.¹¹⁴

¹¹¹ CoIDH, caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia del 1 de julio de 2006, párr. 246.

¹¹² CoIDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párrs. 167 y 169; caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 del agosto de 2010, párr. 261.

¹¹³ CoIDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 168; caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 262.

¹¹⁴ CoIDH, caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 263.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

- Los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido.¹¹⁵
- La separación de los padres biológicos pone en riesgo la supervivencia y desarrollo de la niña, supervivencia y desarrollo que el Estado debe garantizar.¹¹⁶
- Los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal.¹¹⁷
- Las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.¹¹⁸
- En los procedimientos de cualquier tipo no basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso.¹¹⁹

¹¹⁵ ColDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, párr. 127.

¹¹⁶ *Ibidem*, párr. 130.

¹¹⁷ ColDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 199.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ *Ibidem*, párr. 200.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

- Los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.¹²⁰
- A falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos.¹²¹
- La identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez.¹²²
- Las obligaciones reforzadas que ostentan los Estados¹²³ con los niños y las niñas con discapacidad, son:
 - Tomar todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas;
 - En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, considerar primordialmente la protección de su interés superior;
 - Que los niños y las niñas con discapacidad tienen derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debi-

¹²⁰ CoIDH, caso *Forneron e hija vs. Argentina*, párr. 51; caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 127.

¹²¹ *Ibidem*, párr. 119.

¹²² CoIDH, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2011, párr. 113; caso *Forneron e hija vs. Argentina*, párr. 123.

¹²³ CoIDH, caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, párr. 136.

da consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

c. Opinión Consultiva 18/2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados

Esta opinión tuvo dos importantes contribuciones en materia de derechos humanos de los trabajadores migrantes irregulares. La primera, la categorización del principio de igualdad y no discriminación como norma de *jus cogens*. Y la segunda, estrechamente ligada a la anterior, que los trabajadores migrantes irregulares, independientemente de su estatus migratorio, son titulares de derechos humanos laborales una vez que han entablado una relación laboral. Esto es, si bien los Estados y sus empleadores no están obligados a emplear trabajadores migrantes irregulares, una vez que éstos entablan una relación laboral, se convierten en titulares de los derechos humanos laborales que corresponden a todos los trabajadores y los Estados son responsables de que se les respeten tales derechos en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna, independientemente de su legislación interna y los tratados internacionales que hayan suscrito.¹²⁴

A continuación se reseña brevemente esta Opinión Consultiva de la CoIDH, relevante para el respeto de los derechos de los trabajadores migrantes irregulares:

En mayo de 2002, algunos años más tarde de la OC 16/1999, México presentó a la CoIDH una nueva solicitud de opinión consultiva relativa a la condición jurídica y a los derechos de los mi-

¹²⁴ CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC 18/2003, párr. 100-101, 134-136.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

grantes irregulares.¹²⁵ El 17 de septiembre de 2003, la Corte resolvió la solicitud en un proceso con amplia participación de los Estados miembros de la OEA, la CoIDH, ONG de derechos humanos, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, firmas de abogados, profesores y estudiantes de derecho.¹²⁶

La Corte respondió de la siguiente manera a las preguntas formuladas por México: Primero, determinó que era competente para rendir opiniones sobre la interpretación de la Carta de la OEA, a partir de la relación de dicho instrumento con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.¹²⁷ Segundo, indicó que todo lo señalado en la Opinión Consultiva tenía aplicación a los Estados miembros de la OEA que firmaron la Carta, la DADDH, la DUDH o ratificaron el PIDCP, independientemente de que hubieran ratificado o no la CADH o sus protocolos facultativos.¹²⁸

¹²⁵ La causa principal que motivó esta consulta fue la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. NLRB*, 535 U. S., 2002, relativo a un trabajador mexicano irregular que fue despedido injustificadamente por realizar actividades sindicales. En su petición a la CIDH, México señaló que le preocupaba la incompatibilidad de interpretaciones, prácticas y expedición de leyes por parte de algunos Estados de la región [Estados Unidos] con el sistema de derechos humanos de la OEA. México estimó que tales interpretaciones, prácticas o leyes, implican negar, entre otros, derechos laborales sobre la base de criterios discriminatorios fundados en la condición migratoria de los trabajadores irregulares. Lo anterior podría alentar a los empleadores a utilizar esas leyes o interpretaciones para justificar la pérdida progresiva de otros derechos laborales. Por ejemplo: pago de horas extras, antigüedad en el empleo, salarios devengados, licencias de maternidad, abusando así de la condición de vulnerabilidad en que se encuentran los trabajadores migratorios indocumentados. En ese contexto, las violaciones de los instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos de los trabajadores migratorios en la región constituyen una amenaza real para la vigencia de los derechos protegidos por tales instrumentos. *Ibidem*, párr. 2.

¹²⁶ *Ibidem*, párrs. 8-31.

¹²⁷ *Ibidem*, párr. 57.

¹²⁸ *Ibidem*, párr. 60.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

A continuación, la CoIDH se refirió a la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, y concluyó que esta obligación se encuentra consagrada en los instrumentos internacionales y ha sido reiterada por la jurisprudencia internacional. Indicó que en desarrollo de esta obligación, los Estados tienen el deber de “adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”.¹²⁹ La CoIDH desarrolló su análisis indicando que la no discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley conforman un principio básico general. La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos está estrechamente vinculada con el principio de igualdad y no discriminación. De manera que el incumplimiento de esta obligación mediante un tratamiento discriminatorio genera responsabilidad internacional para el Estado.¹³⁰

El principio de igualdad y no discriminación está consagrado en una extensa lista de instrumentos internacionales. La CoIDH indicó que este principio es fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos. De ahí que los Estados tengan la obligación de no incorporar en su ordenamiento jurídico normas discriminatorias, de eliminar las normas de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.¹³¹ La CoIDH acudió a la jurisprudencia internacional comparada para distinguir e ilustrar entre una discriminación y una diferenciación o distinción justificada.¹³² Asimismo, determinó que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens* porque sirve de fundamento al orden público

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 81.

¹³⁰ *Ibidem*, párrs. 83, 85.

¹³¹ *Ibidem*, párrs. 86, 88.

¹³² *Ibidem*, párrs. 89-95.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

nacional e internacional. En seguida, la Corte ilustró cómo los actos jurídicos violatorios de este principio “por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición” no son admisibles en la actualidad.¹³³

La CoIDH subrayó que “la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas”.¹³⁴ Una consecuencia de lo anterior es el deber de los Estados de establecer un recurso simple y efectivo al cual tenga acceso toda persona, independientemente de su condición migratoria, para solicitar la protección de sus derechos.¹³⁵ Esta es una obligación *erga omnes*, que se impone a los Estados con respecto a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, independientemente de su condición migratoria. La Corte consideró que esta obligación tiene aplicación para todos los derechos contemplados en la CADH y en el PIDCP, incluido el derecho a las garantías judiciales.¹³⁶

La CoIDH hizo énfasis en la condición de vulnerabilidad de las personas migrantes, la cual tiene una dimensión ideológica, y se mantiene por condiciones de derecho y de hecho, redundando en diferencias entre éstas y los nacionales. Agregó que los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo contribuyen a dificultar la integración de las personas migrantes a la sociedad y a que las violaciones de sus derechos queden impunes. De ahí que la comunidad internacional haya reconocido la necesidad de adop-

¹³³ *Ibidem*, párr. 101.

¹³⁴ *Ibidem*, párr. 106.

¹³⁵ *Ibidem*, párr. 107.

¹³⁶ *Ibidem*, párr. 109.

tar medidas especiales para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes.¹³⁷

La garantía del principio de igualdad en favor de las personas migrantes no implica que el Estado no pueda iniciar acciones en contra de aquellas personas que violen el ordenamiento jurídico del Estado en el que se encuentran. Pero incluso en esos casos el Estado tiene el deber de proteger y garantizar los derechos humanos de las personas migrantes, sin discriminación alguna en razón de su condición migratoria regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otro motivo.¹³⁸ La Corte aclaró que el Estado puede dar un tratamiento diferente a los migrantes regulares de los irregulares o a las personas migrantes de los nacionales, siempre y cuando éste sea “razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos”.¹³⁹ Es importante que al considerar el principio de igualdad y no discriminación se tenga en mente la continua evolución del derecho internacional.¹⁴⁰

La ColDH consideró la situación de los trabajadores migratorios irregulares y enfatizó que la condición migratoria no es justificación para privarlos del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos de los derechos laborales. Cuando un migrante irregular establece una relación de trabajo, adquiere todos los derechos laborales.¹⁴¹ Si bien el Estado y los particulares no están obligados a contratar a trabajadores irregulares, cuando establecen una relación de trabajo con ellos, los trabajadores irregulares adquieren todos los derechos laborales sin discriminación alguna en razón de su condición migratoria.¹⁴² La Corte explicó que los particulares también tienen el deber de cumplir

¹³⁷ *Ibidem*, párrs. 112-117.

¹³⁸ *Ibidem*, párr. 118.

¹³⁹ *Ibidem*, párr. 119.

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 120.

¹⁴¹ *Ibidem*, párr. 134.

¹⁴² *Ibidem*, párrs. 135-136.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

las obligaciones *erga omnes*. En este caso, en el marco de la relación laboral de derecho privado, el empleador tiene el deber de garantizar los derechos de sus trabajadores.¹⁴³ Por otra parte, el Estado tiene la obligación de respetar y de garantizar todos los derechos laborales de todos los trabajadores y de no tolerar situaciones discriminatorias. En otras palabras, el Estado debe velar por el estricto cumplimiento de las normas laborales, con el propósito de erradicar las prácticas discriminatorias, e igualmente debe garantizar la protección de estos derechos cuando los trabajadores se vean en la necesidad de acudir al Estado para solicitar su protección.¹⁴⁴

La ColDH subrayó que los derechos laborales son aquellos reconocidos por el sistema jurídico nacional e internacional. Dada la pluralidad de normas nacionales e internacionales en esta materia, su interpretación debe hacerse aplicando el principio *pro homine*; es decir, aplicando la norma que proteja mejor a la persona humana, en este caso al trabajador.¹⁴⁵

Algunos derechos laborales son fundamentales para el trabajador migratorio. A juicio de la Corte éstos son:

... la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización.¹⁴⁶

¹⁴³ *Ibidem*, párr. 140.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párrs. 148-150.

¹⁴⁵ *Ibidem*, párr. 156.

¹⁴⁶ *Ibidem*, párr. 157.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

La Corte consideró que el ejercicio de estos derechos garantiza al trabajador y a su familia una vida digna. Agregó que el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para desarrollar aptitudes, habilidades y potencialidades, de forma tal que la persona pueda alcanzar su desarrollo integral como ser humano.¹⁴⁷

Los Estados tienen la facultad de fijar políticas migratorias y de establecer medidas relacionadas con el control del ingreso, permanencia y salida de las personas de su territorio. Estas medidas deben proteger y garantizar los derechos humanos de toda persona, y en particular los derechos de los trabajadores migratorios.¹⁴⁸ No sólo el ordenamiento jurídico interno debe ser acorde con las obligaciones internacionales de los Estados, sino que los órganos y funcionarios de las tres ramas del poder público deben actuar conforme con estas obligaciones.¹⁴⁹ En síntesis, el Estado no puede subordinar o condicionar la protección y garantía del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación a la consecución de objetivos en sus políticas públicas, inclusive a los objetivos en materia de política migratoria.¹⁵⁰

- d. Opinión Consultiva 21/2014, sobre derechos y garantías de las niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional¹⁵¹

El 19 de agosto de 2014, la ColDH, a petición de cuatro países miembros del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), emitió la OC 21/2014, en la cual analizó los estándares, los prin-

¹⁴⁷ *Ibidem*, párr. 158.

¹⁴⁸ *Ibidem*, párrs. 168-169.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 171.

¹⁵⁰ *Ibidem*, párr. 172.

¹⁵¹ ColDH, *Derechos y Garantías de las Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, Opinión Consultiva 21/2014, 19 de agosto de 2014.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

cipios y las obligaciones que los Estados deben implementar con el propósito de garantizar a los NNA migrantes la protección integral de sus derechos, y para asegurar el acceso a la justicia de éstos y sus familiares en condiciones de igualdad. La Corte desarrolla a lo largo de su opinión el principio central de que NNA son titulares, además de los derechos humanos que corresponden a todas las personas, de derechos especiales adicionales, al tratarse de personas que, en razón de su edad y su desarrollo físico y emocional, necesitan de protección especial.¹⁵²

La OC 21/2014 estudia en profundidad la situación de la niñez migrante y establece cuáles son las obligaciones de los Estados para asegurar que sus derechos sean protegidos. Aborda dos grandes grupos de NNA: por un lado, los que requieren protección internacional (solicitantes de asilo y/o refugiados) y, por otro lado, los NNA no acompañados o acompañados, quienes si bien no llegan a nivel de requerirla, llegan al país por diversas situaciones de afectación de sus derechos. En este sentido, la CoIDH da un paso fundamental al contemplar la necesidad de determinar el riesgo de vulneración de los derechos afectados a los fines del otorgamiento de una protección complementaria o humanitaria. Para ello, obliga a los Estados a tener en cuenta las diversas situaciones en las que se hallan los NNA, como pertenecer a un grupo étnico minoritario, ser una persona con discapacidad, vivir con el VIH o ser una posible víctima de trata.¹⁵³

¹⁵² *Ibidem*, párrs. 66, 164, 208 y 222.

¹⁵³ *Ibidem*, párrs. 71 y 101.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

La Corte determina, sobre la base de las obligaciones generales y principios rectores que surgen de los artículos. 1.1,¹⁵⁴ 2¹⁵⁵ y 19¹⁵⁶ de la CADH, conjuntamente con el artículo VII de la Declaración Americana¹⁵⁷ y los principios medulares de la Convención de los Derechos del Niño (CDN),¹⁵⁸ la importancia del deber de los Estados de respetar los derechos y garantías de toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación en razón de su condición migratoria.¹⁵⁹ Asimismo, enfatiza en la importancia de la adecuación normativa a los estándares internacionales de de-

¹⁵⁴ Artículo 1.1. Obligación de Respetar los Derechos: los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁵⁵ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹⁵⁶ Artículo 19. Derechos del Niño: 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.

¹⁵⁷ Artículo VII. Derecho de protección a la maternidad y a la infancia: Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

¹⁵⁸ A partir del desarrollo interpretativo de la CDN, los cuatro principios rectores en materia de derechos de niñas y niños son: el principio de no discriminación (artículo 2o CDN); el interés superior del niño (artículo 3o CDN); el derecho a la vida y al desarrollo, y el derecho a la participación y a ser oído. Véase Comité de Derechos del Niño, *Background Paper*, Día de Discusión General sobre los Derechos de todos los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración, septiembre de 2012, en línea: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Discussion2012.aspx>

¹⁵⁹ Al hablar de jurisdicción se hace referencia no sólo a quienes se encuentren en su territorio, sino a quienes de cualquier forma sean sometidas a su autoridad, responsabilidad o control al intentar ingresar al mismo sin importar su estatus migratorio. Véase CoIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en*

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

rechos humanos, a fin de garantizar que las medidas de derecho interno que se adopten sean efectivas (principio de *effet utile*).¹⁶⁰

La OC 21/2014 aborda los siguientes aspectos:

- i. Los procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes, y la adopción de medidas de protección especial

Al referirse a la protección internacional, lo hace en un sentido amplio, no solamente ligado a la condición o estatuto de refugiado, sino también a otros sistemas de protección. De este modo, la protección internacional comprende:

- a) La protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas;
- b) La protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la de noción ampliada de la Declaración de Cartagena;
- c) La protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y
- d) La protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.¹⁶¹

el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, OC 21/014, párrs. 39, 61, 62 y 219.

¹⁶⁰ *Ibidem*, párr. 65.

¹⁶¹ *Ibidem*, párrs. 37, 38 y 101.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

ii. Garantías del debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños

Luego de reafirmar que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona independientemente de su estatus migratorio,¹⁶² la Corte subraya que la observancia de las garantías del debido proceso deben reforzarse con componentes diferenciados en los casos que involucren a niñas y niños migrantes, ya que la participación de éstos en el marco de un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que los adultos.¹⁶³ Ello supone que el procedimiento debe estar adaptado a las necesidades de las niñas y niños, ser accesible a ellos e implementado por personas debidamente capacitadas en una perspectiva de infancia. En suma, las garantías del debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños implican la adopción de medidas específicas, con el propósito de asegurar que el interés superior del niño se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten.¹⁶⁴

iii. Principio de la no privación de la libertad de niños y niñas por su situación migratoria irregular, tanto si se encuentran no acompañados o separados, como si están junto a sus familias¹⁶⁵

¹⁶² *Ibidem*, párr. 113. Véase también CoIDH, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, párr. 143.

¹⁶³ *Ibidem*, párr. 114.

¹⁶⁴ *Ibidem*, párr. 115.

¹⁶⁵ En el mismo sentido, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes subrayó que “la utilización ideal de un enfoque basado en los derechos entrañaría la adopción de medidas alternativas para toda la familia; por tanto, los Estados deberían elaborar políticas para alojar a toda la familia en lugares alternativos a los centros de internamiento en régimen cerrado”.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

La ColDH determina que la privación de la libertad de una niña o niño migrante en situación irregular decretada por esta única circunstancia es arbitraria y, por ende, contraria a la CADH.¹⁶⁶ La Corte entiende que el principio de *ultima ratio* o excepcionalidad de la privación de libertad,¹⁶⁷ para los supuestos que involucren a niñas o niños migrantes, excede el requisito de necesidad, ya vez que la medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación.¹⁶⁸ Aunado a ello, la privación de libertad de una niña o niño en ese contexto, de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior.¹⁶⁹

iv. Características de las medidas prioritarias de protección integral de los derechos de niñas y niños migrantes, y garantías para su aplicación

La Corte sostiene que las medidas para resguardar los derechos de las niñas y los niños migrantes no debieran concebirse en sí como alternativas a la detención, sino como medidas de aplica-

ONU, *Informe de Relator Especial de Derechos Humanos de los Migrantes*, A/HRC/20/24, 02/04/2012, §8; *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, A/HRC/7/4, 10/012008, párr. 53.

¹⁶⁶ *Ibidem*, párr. 147.

¹⁶⁷ ColDH, caso *Vélez Loo vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010, párr. 97; caso *Familia Pacheco Tíneo vs. Bolivia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párrs. 169 y 171; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos. Detención y debido proceso*, OEA/ Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30/12/2010, párr. 38.

¹⁶⁸ ColDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC 21/2014, párr. 154.

¹⁶⁹ *Ibidem*, párr. 154.

ción prioritaria.¹⁷⁰ Señala que la obligación estatal de disponer de un conjunto de medidas debe respetar el principio de legalidad, y las medidas deben ser aplicadas por funcionarios competentes.¹⁷¹ Asimismo, en caso de considerarse que no se trata de una medida adecuada, se debe garantizar el derecho de revisión, a fin de considerar la aplicación de una medida menos lesiva o punitiva.¹⁷² Tales medidas tienen como objetivo principal la protección integral de los derechos de las niñas y niños, de acuerdo con una evaluación individualizada y atendiendo a su interés superior.¹⁷³ A este respecto, la OC 21/2014 se refiere a las situaciones de las niñas y niños no acompañados,¹⁷⁴ como también a las de niñas y niños pertenecientes a comunidades indígenas,¹⁷⁵ en las cuales es necesario tener en consideración sus necesidades particulares y sus respectivos contextos culturales.

- v. Condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes, y obligaciones estatales de la custodia por razones migratorias

Los Estados están obligados a garantizar unas condiciones básicas para la efectiva protección de los derechos humanos sin discriminación, así como a regular y fiscalizar que los espacios de alojamiento cumplan criterios técnicos para su acreditación y habilitación en consonancia con las necesidades diferenciadas de las niñas y niños migrantes.

¹⁷⁰ *Ibidem*, párr. 163.

¹⁷¹ *Ibidem*, párr. 165.

¹⁷² *Ibidem*, párr. 169.

¹⁷³ *Ibidem*, párr. 164-170.

¹⁷⁴ *Ibidem*, párr. 167.

¹⁷⁵ *Ibidem*, párr. 168.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

- vi. Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias¹⁷⁶
- a. Legalidad de la privación de libertad.
 - b. Prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios.
 - c. Derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda.
 - d. Derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente.
 - e. Derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados.
 - f. Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular, que incluye el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular; y el derecho a la asistencia misma.
 - g. Derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor.
 - h. Derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención.
- vii. Principio de no devolución

¹⁷⁶ *Ibidem*, párrs. 188-206.

La ColDH reafirma que este principio no se limita a las personas que solicitan asilo o refugiadas, sino a cualquier persona extranjera cuando su vida, su integridad y/o su libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatus migratorio.¹⁷⁷ En el caso de la niñez migrante, este principio recibe un refuerzo adicional que obliga a considerar y analizar el riesgo de violación con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia CDN.¹⁷⁸ Así, para su efectiva aplicación, los Estados deben evaluar no sólo si la vida, libertad e integridad física de la niña o niño corren peligro en el país al cual se lo quiere devolver, sino desde un sentido mucho más amplio, que obliga a considerar si se encuentran amenazadas las condiciones mínimas para su desarrollo integral.¹⁷⁹

viii. Procedimiento para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo¹⁸⁰

La ColDH señala los componentes esenciales que se derivan de la obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo:

- a. No obstaculizar el ingreso al país;
- b. Dar a la niña o niño acceso a la entidad estatal encargada de otorgar el asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado, o a otros procedimientos que

¹⁷⁷ ColDH, caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, párr. 135.

¹⁷⁸ ColDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC 21/2014, párr. 215.

¹⁷⁹ *Ibidem*, párr. 222 y 233.

¹⁸⁰ *Ibidem*, párr. 252-262.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

- sean idóneos para la protección y atención específica según las circunstancias de cada caso;
- c. Tramitar de forma prioritaria las solicitudes de asilo de niñas y niños como solicitante principal y asegurar la realización de una entrevista personal;
 - d. Contar con personal de recepción en la entidad que pueda examinar a la niña o niño para determinar su estado de salud; realizar un registro y entrevista procurando no causar mayor trauma o re-victimización;
 - f. Disponer de un lugar para la estadía de la persona solicitante, si no lo tiene ya;
 - g. Emitir un documento de identidad para evitar la devolución;
 - h. Estudiar el caso con consideración de flexibilidad en cuanto a la prueba;
 - i. Asignarle un tutor independiente y capacitado en caso de niñas o niños no acompañados o separados;
 - j. En caso de reconocerse la condición de refugiado, proceder a trámites de reunificación familiar de conformidad con el interés superior, y
 - k. Buscar como solución duradera la repatriación voluntaria, el reasentamiento o la integración social, de acuerdo con la determinación del interés superior de la niña o del niño.
- ix. Derecho a la vida familiar de niñas y niños en el marco de la expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios¹⁸¹

La ColDH afirmó que el Estado tiene la obligación de realizar una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad

¹⁸¹ *Ibidem*, párrs. 273 y 282.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

familiar y los intereses estatales, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño y priorizando siempre su interés superior.

C. Otras acciones en el sistema interamericano de derechos humanos

- a. Resoluciones relevantes de la Asamblea General de la OEA sobre “Los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias”

La Asamblea General de la OEA emite estas resoluciones desde 1997. Destaca la resolución AG/RES. 2593 (XL-O/10), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010, la cual contiene cuestiones importantes en relación con los trabajadores migrantes irregulares. Por ejemplo, el punto primero exhorta a los Estados “a promover y proteger de manera efectiva los derechos humanos y libertades fundamentales de todos los trabajadores migratorios y sus familias, particularmente las mujeres y los *niños*, sin importar su estatus migratorio, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Asimismo, el punto segundo señala que

...los Estados, al ejercer su derecho soberano de promulgar y aplicar medidas relativas a la migración y la seguridad de sus fronteras, deben cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho Internacional, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, a fin de que se respeten plenamente los derechos humanos de las personas migrantes.

De este modo, se trata de proteger los derechos de todos los migrantes, independientemente de su condición migratoria.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

El punto quinto reitera categóricamente que “ningún Estado debe tratar como un delito en sí mismo el estatus migratorio de una persona, ni dar pie, por ese solo hecho, a la adopción de medidas de carácter penal o de efecto equivalente”. Asimismo, en el punto sexto se pide a los Estados que, “de conformidad con la legislación nacional e instrumentos jurídicos internacionales aplicables de los que son parte, hagan cumplir de manera efectiva la legislación laboral y actúen cuando se infrinja dicha legislación con respecto a las relaciones laborales y condiciones de trabajo de los trabajadores migratorios, entre otras, las relativas a la remuneración y las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo y al derecho a la libertad de asociación”.

b. Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio

Respondiendo a un pedido específico de la Asamblea General de la OEA,¹⁸² la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó la Relatoría en 1997 con el fin de estudiar la situación de todos los trabajadores migratorios, sin importar su condición migratoria en las Américas desde la perspectiva de los derechos humanos y brindarles una atención especial, dada su vulnerabilidad, que propicia que estén especialmente expuestos a violaciones de sus derechos.¹⁸³ La Comisión determinó que uno de sus siete comisionados ejerza como relator especial de trabajadores migratorios y sus familias por periodos de cuatro años.

¹⁸² OEA, AG/RES. 1404 XXVI-O/96 y AG/RES 1480 XXVII-O/97.

¹⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1996*. Sobre los inicios de la Relatoría, véase Saavedra, Pablo, “Algunas consideraciones sobre la Relatoría de Trabajadores Migrantes y Miembros de sus familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 29, 1999, pp. 153-160.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

Los objetivos de la Relatoría son generar conciencia en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familias; presentar recomendaciones específicas a los Estados miembros sobre materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de estas personas, a fin de que se adopten medidas en su favor; elaborar informes y estudios especializados sobre la situación de los trabajadores migratorios y temas relativos a la migración en general;¹⁸⁴ y actuar con prontitud respecto a peticiones o comunicaciones en donde se señale que los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias son vulnerados en algún Estado miembro de la OEA.¹⁸⁵

Entre las actividades de la Relatoría se encuentran las siguientes: monitoreo de los desarrollos en materia migratoria en la región y cómo afectan la condición de los trabajadores migratorios y sus familias; promoción y capacitación para organizaciones de la sociedad civil que trabajan en el área de migraciones; participación en conferencias y foros intergubernamentales en donde se discuten tópicos en materia migratoria; vínculos institucionales con diversas organizaciones internacionales y centros de investigación que trabajan el tema migratorio en las Américas; participación en el proceso de la Opinión Consultiva (OC-18) ante la CIDH;¹⁸⁶ visitas a países miembros de la OEA.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Véanse los estudios realizados en <http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.estudios.htm>.

¹⁸⁵ Más información en <http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.funciones.htm>.

¹⁸⁶ Dentro de este proceso, la Relatoría, junto con la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, elaboró y presentó un dictamen ante la Corte del Informe Anual del 2002.

¹⁸⁷ Algunos de los Estados visitados son: Estados Unidos, Costa Rica, Guatemala, México. Véanse los informes de las visitas en <http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.informes.htm>.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

Otra de las actividades de la Relatoría es su participación en el “Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes”,¹⁸⁸ que tiene por objeto

la promoción y la protección de los derechos humanos de los migrantes mediante el desarrollo de acciones de cooperación y mejores prácticas, mediante la integración de acciones concretas en las labores de los órganos, organismos, y entidades de la OEA, y mediante la vinculación de estas actividades con los avances en los Estados miembros, organizaciones multilaterales y de la sociedad civil.¹⁸⁹

El Programa también establece una serie de objetivos específicos para la protección de los derechos humanos de los migrantes. Éstos abarcan desde el intercambio de mejores prácticas y cooperación entre países de origen, tránsito y destino, hasta la atención a las necesidades especiales de grupos vulnerables de migrantes (tales como NNA, mujeres, indígenas, etcétera).

c. Programa de Migración y Desarrollo (Mide)

En 2008 la OEA puso en marcha el Mide para promover la ejecución de las actividades establecidas en el Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes y por los mandatos de la Comisión Especial de Asuntos Migratorios. El Mide tiene, entre sus objetivos, “promover la protección de los derechos humanos de los migrantes... y facilitar la incorporación social, cultural y económica de los migrantes”. Algunos de los proyectos coordinados por el Mide son: el combate

¹⁸⁸ Véase AG/RES 1928 (XXXIII-O/03).

¹⁸⁹ Para más información y los antecedentes del Programa, véase http://www.oas.org/dil/esp/trabajadores_migratorios_programa_interamericano.htm.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

a la trata de personas; educación para niños y jóvenes migrantes; atención a mujeres migrantes víctimas de violencia en la zona fronteriza de México y Estados Unidos, entre otros.¹⁹⁰

¹⁹⁰ Al respecto, véase OEA, *El tema migratorio en la OEA. Fortalecimiento de las capacidades nacionales para la gestión de la migración internacional*, CEPAL-CELADE, 8 de septiembre de 2010.

V. DESAFÍOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE NNA MIGRANTES: DERECHOS SOCIALES, DETENCIONES Y EXPULSIONES

1. DERECHOS SOCIALES

Todos los NNA migrantes, no acompañados, separados, que migraron con sus padres o que nacieron en el país de destino, deben tener acceso irrestricto a los derechos sociales. Hay que recordar que las protecciones legales internacionales de derechos humanos garantizan el acceso de *todos* los niños a todos los derechos, incluidos, y de modo especial por su vulnerabilidad, los derechos sociales a la educación,¹⁹¹ la asistencia sanitaria¹⁹² y una vivienda digna,¹⁹³ sin importar si son nacionales o extranjeros o migrantes regulares o irregulares.

A pesar de lo anterior, en la práctica los NNA migrantes tienen restringido el acceso a los derechos sociales básicos. Esto, en

¹⁹¹ Artículo 26 DUDH, artículos 28.1 y 29.1 CDN, artículo 13 PIDESC, artículo 5.e.v CEDR, artículo 30 CDTM, artículos 34.h), 49.a), b), 50 Carta de la OEA (COEA); artículo XII Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (DADH); artículo 26 CADH; artículo 13 Pacto de San Salvador (PSS), artículo 2 Protocolo No. 1 CEDH, artículo 17 Carta Social Europea revisada (CSEr), artículo 14 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

¹⁹² Artículo 25.1 DUDH, artículos 24, 25 y 39 CDN, artículo 12 PIDESC, artículo 5.e.iv CEDR, artículo 28 CDTM, artículo XI DADH, artículo 10 PSS, artículo 3 CEDH (CoEDH, *Pretty v. Reino Unido*, demanda no. 2346/02, sentencia de 29 de abril de 2002, párr. 52), artículos 11 y 13 CSEr, artículo 35 CDFUE.

¹⁹³ Artículo 25.1 DUDH, artículo 27.3 CDN, artículo 11 PIDESC, artículo 5.e.iii CEDR, artículo 43.1 CDTM, artículo 34.k), 45.a) COEA, artículo 12 PSS, artículo 13.4, 19 CSEr; artículo 34.3 CDFUE.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

virtud de que las leyes y políticas de control de la migración no tienen un enfoque compatible con sus derechos como NNA. De hecho, la legislación, las políticas y los programas estatales en materia de derechos sociales, que regulan temas como la salud, la educación y la vivienda, suelen omitir cualquier alusión a la cuestión de las personas migrantes. Muchas veces, esa omisión normativa y programática se traduce en la inexistencia de programas adecuados para atender debidamente la situación de los NNA migrantes, sus necesidades y derechos, en especial cuando no están acompañados por sus padres. La realidad demuestra que cuando no hay referencias expresas en las normas, la interpretación queda al arbitrio ulterior de la reglamentación de las leyes o resoluciones de las autoridades de aplicación, o directamente de la voluntad del funcionario público, el director del hospital o las autoridades de la escuela quienes, en forma muchas veces arbitraria y heterogénea, deciden si los NNA acceden o no a derechos fundamentales como la educación o la salud.

Es preciso destacar la interdependencia que existe entre los derechos sociales y los problemas que conlleva que su accesibilidad encuentre distintas barreras. Por ejemplo, sólo garantizando a los NNA migrantes el acceso a alojamientos decentes se les puede garantizar el acceso a la educación y a la salud. Hay una estrecha interconexión: las malas condiciones de las viviendas tienen efectos considerables en la salud de los niños y en los bajos niveles educativos. Los NNA migrantes con una buena formación y en buen estado de salud alcanzarán un mayor desarrollo cognitivo, social y físico, y aportarán más a la sociedad que aquellos que viven marginados, sin derechos y en una situación de indigencia de la que no pueden escapar. Su acceso a los derechos sociales es crucial, tanto para su propia seguridad y bienestar como para la sociedad en su conjunto. Ésta es la lógica de las regulaciones internacionales en materia de derechos humanos y su protección a todos los niños, sin discriminación alguna.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

El Comité de los Derechos del Niño ha instado a los Estados a garantizar el acceso de todos los niños y niñas a servicios adecuados y efectivos, en particular a programas de atención de la salud, cuidado y educación específicamente diseñados para promover su bienestar, prestando “especial atención a los grupos más vulnerables de niños pequeños y a quienes corren riesgo de discriminación”.¹⁹⁴ Ello incluye a las niñas y a los niños de familias migrantes. De este modo, los Estados están obligados a no obstruir los derechos sociales para los NNA migrantes; esto es, se deben abstener de cualquier medida que restrinja o discrimine en el acceso a servicios sociales en razón de su condición migratoria. Además, deben promover en forma activa el acceso a los derechos sociales; en particular, se les debe garantizar asistencia material —a través del sistema de protección social—, proporcionándoles lo necesario para asegurar un nivel de vida digna en los términos del artículo 27 de la CDN.

No obstante, en la práctica estatal existen diversas barreras que impiden que estos derechos sean asequibles para todos los niños sin discriminación alguna, impidiendo su cumplimiento efectivo, en especial para los NNA migrantes irregulares y sus familias. Esto ha sido reconocido por diversas instancias internacionales, como la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁹⁵ y la UNICEF: “al carecer de los documentos apropiados, pueden experimentar dificultades en el acceso a los servicios básicos y problemas con la ley”.¹⁹⁶ Hay que recordar que gran parte del

¹⁹⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General 6, 2005, párrs. 41 y 42.

¹⁹⁵ Véase el caso de Tabitha Mitunga, en el cual la Corte Europea de Derechos Humanos condenó al gobierno belga por tratamientos inhumanos en contra de un niño: CoEDH, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, demanda 13178/03, sentencia del 12 del octubre de 2006.

¹⁹⁶ UNICEF, *A Child's Rights Approach on International Migration and Trafficking: a UNICEF Perspective*, Informe presentado en la Tercera Reunión de

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

debate público sobre migración irregular se expresa en términos tendenciosos y despectivos que transmiten la impresión no sólo de que los migrantes irregulares no tienen derecho de estar en el Estado de recepción, sino también de que no tienen derechos en absoluto. Los Estados alrededor del mundo tienden a excluirlos explícitamente del acceso a los derechos, especialmente los sociales, adoptando una retórica que los equipara con los criminales y terroristas que amenazan la seguridad y soberanía nacionales.¹⁹⁷

Así, los NNA migrantes irregulares están expuestos a mayores riesgos de pobreza, explotación, discriminación, exclusión social y violencia, que el resto de migrantes.¹⁹⁸ La criminalización de la condición migratoria hace que vivan en la 'invisibilidad' y no hagan valer sus derechos humanos más básicos por el miedo constante de ser detectados y, en consecuencia, deportados. Como resultado, tienen dificultades en el acceso a derechos, en particular los sociales; además, corren el riesgo de convertirse en apátridas si nacen en el Estado de recepción por la falta de registro de sus nacimientos.¹⁹⁹ Por estas restricciones impuestas

Coordinación sobre Migración Internacional, Nueva York, 27-28 de octubre de 2004, p. 55.

¹⁹⁷ Koser, Khalid, *Irregular Migration, State Security and Human Security*, Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, septiembre de 2005, p. 10.

¹⁹⁸ Al respecto, el Comité de Protección Social de la Comisión Europea ha señalado que "Los niños que viven en un ámbito familiar migrante se enfrentan a riesgos de pobreza más altos de aquellos cuyos padres nacieron en el país de acogida. En la mayoría de los países, el riesgo de pobreza al que se enfrentan llega al 30%, y es entre dos y cinco veces más alto del que tienen los niños cuyos padres han nacido en el país de residencia". Comisión Europea, *Child Poverty and Well-Being in the EU*, Luxemburgo, Oficina para las Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2008 en http://ec.europa.eu/employment_social/publications/2008/ke3008251_en.pdf.

¹⁹⁹ Se estima que anualmente dejan de registrarse unos 50 millones de nacimientos, de los cuales una proporción considerable la integran los niños nacidos en el contexto de la migración. Las razones para dejar de registrar a un niño

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

a sus derechos o a los de sus padres, su desarrollo en los países de tránsito y destino se ve gravemente afectado.²⁰⁰

A. Educación

El principio de igualdad de trato exige a los Estados, eliminar toda discriminación contra los NNA migrantes en sus sistemas educativos. Por lo tanto, deben evitar la segregación escolar y la aplicación de normas de trato distintas a los hijos de los trabajadores migratorios, y eliminar todas las formas de discriminación contra los hijos de los trabajadores migratorios en las aulas.²⁰¹ Así, los Estados no deben exigir a los trabajadores migratorios que presenten un permiso de residencia para inscribir a un hijo, dado que, de hecho, con ello privarían a los niños migrantes en situación irregular de su derecho a la inscripción de su nacimiento y, por ende, quizá también de la posibilidad de acceder a la educación, a los servicios de salud, al empleo y a otros derechos.²⁰² En el caso de los NNA no acompañados o separados de su familia, independientemente de su estatuto, se les debe dar pleno acceso a la educación en el país de acogida, y los Estados deberán inscribirlos ante las autoridades escolares competentes lo antes posible

no sólo pueden ser las relativas a que la legislación correspondiente lo impida por el estatus de los padres, sino también el miedo de ser detectados, desconocimiento del idioma de las formas de registro o las elevadas tasas para realizar el trámite. Unión Interparlamentaria, *Protección de la niñez y la adolescencia*, Manual para Parlamentarios 7, Suiza, SRO-Kundig, 2008, p. 47.

²⁰⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio 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*, 5 de julio de 2010, A/HRC/15/29, párrs. 26 y 33.

²⁰¹ Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, *Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, Observación general 2, párrs. 76-77.

²⁰² *Ibidem*, párr. 79.

y ayudarlos a que aprovechen al máximo las oportunidades de aprendizaje.²⁰³

A pesar de lo anterior, los NNA migrantes tienen un acceso complicado a este derecho por obstáculos de distinto tipo. Los institucionales, como las legislaciones discriminatorias que no cumplen con los estándares internacionales de derechos humanos que otorgan el derecho a la educación a todos los niños.²⁰⁴ Los prácticos, como el escaso conocimiento del idioma, lo cual limita el acceso a la educación, no sólo a los NNA migrantes irregulares, sino a todos los NNA migrantes. Igualmente, la falta de recursos económicos para los gastos extracurriculares, toda vez que las familias irregulares están excluidas de las ayudas económicas para los gastos extra, tales como libros, transporte, et- cetera. Las condiciones de vida precarias en las que viven estos niños también tienen efecto en la escolarización: el tener que mudarse a menudo no permite a estos NNA completar todo un año escolar.²⁰⁵ Y los sociales, ya que es común que los migrantes irregulares no matriculen a sus hijos en las escuelas por temor a ser detectados por las autoridades y deportados.²⁰⁶ De hecho,

²⁰³ Comité de los Derechos del Niño, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, Observación general 7, CRC/C/GC/7, noviembre de 2005, párr. 24.

²⁰⁴ Por ejemplo, en Hungría el derecho a la educación sólo se extiende a los extranjeros que poseen algún tipo de estatus *legal* de solicitantes de asilo, refugiados, personas temporalmente protegidas (refugiados), inmigrantes, inmigrantes estables, menores con permiso de residencia humanitario pero no acompañados por un tutor, o menores que poseen permiso de residencia junto al de sus padres. Véase la Ley no. LXXIX de 1993, sobre Educación Pública, enmendada en 2003 por la Ley 2003/LXI (Preámbulo, artículos 3,6, 110) 33, artículo 110.

²⁰⁵ PICUM, *Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración*, Bruselas, PICUM, 2008, p. 42.

²⁰⁶ Por ejemplo, en Francia a principios de 2006 el entonces Ministro del Interior (Sarközy) envió a la policía a las escuelas para detectar a los padres de familia irregulares que recogían a sus hijos en el colegio. Esto demuestra cómo las políticas de control de la migración irregular pueden, de hecho, eliminar un

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

como para matricular a los NNA frecuentemente se les pide que demuestren su residencia en el distrito escolar,²⁰⁷ el riesgo continuado de ser detectados y expulsados hace que estas familias sean muy sensibles a la petición de cualquier documento que pueda comprometer su residencia.²⁰⁸

Al negarles el acceso a la educación a estos NNA, se les niega la posibilidad de integrarse en la sociedad de acogida, lo cual se consigue principalmente a través de su incorporación al sistema educativo.²⁰⁹ Aún más, se les impide que en un futuro puedan acceder a un permiso de residencia regular, ya que algunos países²¹⁰ otorgan dicho permiso a los dieciocho años, tras la perma-

derecho universal como el acceso a la educación. Sobre este tema, véase el trabajo hecho por Réseau Éducation Sans Frontières – RESF (“Red Educación Sin Fronteras”), que es una asociación creada por estos sucesos con el fin de proteger el derecho a la educación para los niños migrantes: www.education-sansfrontieres.org.

²⁰⁷ Esta práctica, si bien puede estar justificada porque muchas escuelas sólo son responsables de los niños que residen en su propio distrito, representa una violación al derecho a la educación para todos los niños. Pedir un documento a estos niños, aunque no sea el permiso de residencia sino algún tipo de documentación de identidad que pueda probar la residencia en el distrito es un grave acto de discriminación que los excluye de la posibilidad de inscribirse en la escuela.

²⁰⁸ PICUM, *Los niños indocumentados en Europa: víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración*, cit., pp. 23.

²⁰⁹ Guimont, A., *Le droit à l'éducation des enfants migrants*, Ginebra, OACDH, 2007, p. 2, en http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/Droit_education_fr.pdf.

²¹⁰ Por ejemplo, en Italia el artículo 32 de la Ley 286/98, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, señala que para obtener el permiso de residencia al cumplir los dieciocho años, el niño debe haber estado en Italia por lo menos durante tres años y haber atendido a un “proceso de integración social” (que incluye escuela y formación profesional) durante dos años. En Francia, hasta noviembre de 2003 los niños migrantes irregulares monitorizados por los servicios de seguridad social tenían derecho a pedir la nacionalidad francesa al cumplir los dieciocho años. Sin embargo, la Ley 2003/1119, del 26 de noviembre de 2003, *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à*

nencia continuada en su territorio durante un número determinado de años y que hayan asistido a un curso escolar de forma regular, entre otras condiciones.

B. Salud

Los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos, incluida la atención primaria básica de la salud, garantizando el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, especialmente en lo que respecta a los grupos en situación vulnerable o marginados.²¹¹ Sin embargo, los NNA migrantes encuentran serias dificultades para acceder a una asistencia sanitaria completa, en términos de impedimentos burocráticos, falta de información adecuada (para migrantes y médicos) de que al menos tienen derecho a la atención médica de urgencia, problemas para entender el idioma, miedo a ser detectados y deportados, falta de recursos económicos, y el poder discrecional del que gozan los médicos para decidir si les otorgan o no la atención.²¹² Por estos obstáculos es difícil que los NNA migrantes tengan acceso continuo a un médico de cabecera, quedando relegados a las situaciones de emergencia. Por

la nationalité, cambió esta situación al señalar en su artículo quince que los jóvenes extranjeros sólo pueden pedir el permiso de residencia si han estado inscritos en el sistema escolar francés al menos desde los dieciseis años y a los dieciocho años prosiguen con sus estudios de educación superior. La Circular Nor/Int/D/04/00006/C, de 20 de enero de 2004, sobre la aplicación de la Ley 2003-1119, explica que el cambio tiene como fin restringir la “inmigración ilegal de menores no acompañados”.

²¹¹ Comité de los Derechos del Niño, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Observación general No. 4, CRC/GC/2003/4, julio de 2003, párr. 38.

²¹² Al respecto, véase PICUM, *Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa*, Bruselas, PICUM, 2007.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

supuesto, el acceso a los servicios dental, oftalmológico, psiquiátrico y de otras especialidades queda fuera de su alcance en la mayoría de los casos.

La protección otorgada a estos NNA varía dependiendo del país del que se hable, si bien en la práctica existen ciertos patrones en los Estados. Algunos países conforman su práctica y legislación en materia de salud a los estándares internacionales que otorgan este derecho a todos los niños sin discriminación alguna.²¹³ Otros países²¹⁴ distinguen entre niños migrantes irregulares no acompañados y acompañados por sus padres: los niños no acompañados tienen un estatus igual a los niños nacionales, mientras que los acompañados por sus padres sólo tienen acceso a la asistencia sanitaria esencial, al igual que sus padres.²¹⁵

²¹³ El caso de España es ejemplar: el acceso al sistema de urgencias está garantizado y es gratuito para todos los extranjeros presentes en el país que se enfermen gravemente o tengan accidentes, para toda la duración de los tratamientos. En cuanto al acceso a la asistencia sanitaria y a los medicamentos, los niños y las mujeres embarazadas pueden acceder al sistema nacional español de asistencia sanitaria gratuitamente en las mismas condiciones que los nacionales. El resto de migrantes irregulares sólo goza de este derecho si están registrados en el padrón de su localidad. Véase el artículo 12.3 de la Ley 4/2000, del 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 12 de enero).

²¹⁴ En Italia, a los niños no acompañados se les garantiza un permiso de residencia y de protección social, que les permite registrarse en el sistema sanitario nacional. Sin embargo, esto no se concede a los niños irregulares acompañados, por lo que están sujetos a las mismas leyes que los adultos, y sólo tienen derecho a los tratamientos de urgencia o esenciales (STP). Al respecto, véanse los artículos 34 y 35 de la Ley de Inmigración 286/98 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

²¹⁵ En Bélgica, los niños no acompañados, independientemente de su estatus, se pueden inscribir al sistema de seguro sanitario, al igual que los niños nacionales, pero deben haber asistido a una escuela primaria o secundaria por tres meses consecutivos. Al respecto, véanse *Loi portant dispositions diverses en matière de santé* (13/12/2006) y la circular OA 2008/198 (9/05/2008). Sin embargo, los niños irregulares acompañados sólo pueden acceder a la asistencia sanitaria básica, salvo que estén alojados junto con sus familias en

Esto contraría los estándares internacionales en la materia, puesto que si bien es importante reconocer la vulnerabilidad de los niños no acompañados, aquellos que sí lo están también se encuentran en una situación delicada y deben tener derecho a la asistencia sanitaria completa.

Hay países²¹⁶ en los que la legislación no prohíbe ni permite el acceso completo a la asistencia sanitaria de los niños migrantes irregulares, dejando el asunto a la discrecionalidad del médico de cabecera.²¹⁷ En otros Estados no se establece ningún cuidado

centros de acogida para solicitantes de asilo. Véase el real decreto del 12 de diciembre de 1996, concerniente la asistencia médica de urgencia proporcionada por el Centro de Bienestar Social (SWA) para los extranjeros que residen irregularmente.

En Francia existe un sistema llamado “Ayuda Médica del Estado” (Aide Médicale de l’Etat-AME), que permite a los migrantes irregulares y a los que están a su cargo acceder a la asistencia pública subvencionada si se respetan determinadas condiciones, como el llevar viviendo en el país tres meses. Los niños irregulares no acompañados tienen acceso a la asistencia sanitaria completa en el marco de la Ley de Cobertura Sanitaria Universal (CMU), siempre que la Ayuda Social para la Infancia (*Aide Sociale d’Enfance* - ASE) se encargue de ellos. Al respecto, véase el artículo 3 de la Ley de cobertura sanitaria universal (*Loi 99-641 du 27 juillet 1999. Loi portant la création d’une couverture maladie universelle, Journal Officiel de la République Française of 28 juillet 1999*).

²¹⁶ En el Reino Unido, los hijos de migrantes irregulares tienen derecho a la asistencia sanitaria gratuita cuando sea “urgente” e “inmediatamente necesaria”, siendo sus padres o tutores responsables de los gastos de los tratamientos secundarios. Los tratamientos para los niños no acompañados también son “cobrables”: se entregará una factura a la persona que acompaña al niño y “se enviarán copias a sus padres”. Desde 2007 entró en vigor una nueva reglamentación, que señala que los médicos de cabecera pueden decidir discrecionalmente si registran a grupos excluidos legalmente como pacientes del NHS. Véanse: Instrumento Legislativo 2004 614’ (SI614), del Departamento de Salud; *The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) (Amendment) Regulations 2004*, marzo de 2004; y Medact, *Proposals to Exclude Overseas Visitors from Eligibility to Free NHS Primary Medical Services: Impact on Vulnerable Migrant Groups*, 2004.

²¹⁷ En los Países Bajos, la Ley de Conexión de 1998 establece que los migrantes irregulares sólo pueden recibir los “tratamientos que son médicamente necesarios”. En principio, ellos deben pagar el costo del tratamiento médico,

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

especial para los niños migrantes irregulares, por lo que se les brinda la misma atención que a los adultos irregulares.²¹⁸ Por último, están los países²¹⁹ en los que toda la asistencia sanitaria (incluso los cuidados de urgencia) es de pago, y los tratamientos suelen ser inaccesibles para los migrantes irregulares.²²⁰ Por ello, sólo acuden a los hospitales en casos muy graves, quedando a deber altos recibos médicos, lo cual tiene consecuencias para aquéllos que llegan a regularizar su situación: obtienen el permiso más una deuda que puede durar toda su vida.

C. Vivienda

El tema de la vivienda es un asunto que ya es problemático para las familias nativas, por lo que para los extranjeros, y aún más para aquéllos en situación irregular, se vuelve por demás complicado. De hecho, aunque existe una legislación internacional sobre

pero si no pueden pagarlo, será cubierto por un fondo especial llamado *Koppelingsfonds* que rembolsa directamente al proveedor de asistencia sanitaria, pero nunca al paciente. La ley hace una distinción específica en el caso de las mujeres embarazadas y sus hijos: todo tipo de tratamiento se considera necesario si es antes o después del nacimiento y si se encuentra relacionado con los tratamientos preventivos y vacunaciones del niño. Además, en 2007 se publicó un informe oficial en que se establecen los criterios para los tratamientos médicamente necesarios para los migrantes irregulares. Al respecto, véanse la Ley del 26 de marzo de 1998, *Koppelingswet*; y *Commission on Medical Care for Failed Asylum Seekers and Illegal Migrants, Arts en vreemdeling*, Pharos, Utrecht, 2007.

²¹⁸ En Hungría, los migrantes irregulares no tienen acceso a ningún tipo de asistencia sanitaria pública reembolsada, salvo el cuidado de urgencia, que siempre es gratuito. Para los niños irregulares no hay ninguna disposición específica, por lo que siguen la suerte de los adultos. Véase Ministerio de Salud Húngaro, *Beneficiaries of Health Care in Hungary with Special Regard on Foreigners*, 2004, en www.eum.hu/index.php?akt_menu=3550.

²¹⁹ Por ejemplo, en Austria. Véase la ley *Bundesgesetz über Krankenanstalten- und Kuranstalten (KAKuG) BGBl. Nr. 1/1957*, secciones 22 y 23.

²²⁰ Si bien hay atención médica sin costo para enfermedades como tuberculosis. Véase, *Tuberkulosegesetz*, BGBl Nr. 127/1968, secciones 2 y 10.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

el derecho a la vivienda para todas las personas, no existen leyes nacionales que protejan y garanticen este derecho para los migrantes irregulares. Más bien, la regla es que están excluidos por la ley de la vivienda social.²²¹

La única forma de protección que se puede invocar para NNA migrantes irregulares acompañados es la que ofrece la ley por su condición de niños. Sin embargo, el asunto no es sencillo, toda vez que el Estado puede hacerse cargo del niño y ofrecerle alojamiento en un centro de acogida, pero no de su familia. Entonces las familias quedan envueltas en una encrucijada: quedarse con el niño y que no reciba asistencia alguna, en violación del derecho de crecer en condiciones de vida adecuadas, o separarse de él, para proporcionarle de este modo asistencia, con lo cual se viola el derecho del niño a crecer con su propia familia.²²²

El derecho a la vivienda de los NNA migrantes irregulares acompañados está estrictamente conectado con la condición de exclusión social de sus familias. El estatus de irregularidad de la familia es un serio obstáculo para el alojamiento, y a menudo se traduce en formas de exclusión y/o discriminación contra la familia que, obviamente, afectan al niño. Por lo que, dadas su exclusión de las viviendas de protección social por la falta de un permiso de residencia, y sus precarias condiciones económicas —al estar confinados en el mercado de trabajo informal—, los migrantes irregulares quedan sujetos a vivir en los márgenes del mercado privado. Se les alquilan las viviendas privadas por precios

²²¹ Por ejemplo, grandes países receptores de migrantes irregulares como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y España los excluyen de este derecho. Al respecto, véase Ortega Velázquez, Elisa, *Los derechos humanos de los migrantes Irregulares en el derecho internacional y la práctica americana y europea*, 2, Saarbrücken, Alemania, Publicia, 2014, pp. 340 y ss.

²²² A este respecto, véase Rozzi, E., “Minori stranieri e comunitari accompagnati da genitori irregolari: quali diritti?”, *Minorigiustizia*, 3, 2008.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

abusivos y en muy mal estado, orillándolos a vivir en condiciones deplorables.²²³ El denunciar a los arrendadores implica salir de la invisibilidad y correr el riesgo de ser deportados.

2. DETENCIONES

A. Panorama general

Entre las diferentes acciones que los Estados llevan a cabo con el fin de controlar la migración irregular se encuentra la de detener²²⁴ (para posteriormente expulsar) a los migrantes que no cuentan con un permiso de ingreso o residencia y/o trabajo. Esta medida, que implica la criminalización de la migración irregular,²²⁵ es causa de malos tratos y otras violaciones de derechos humanos para los migrantes.

²²³ Por ejemplo, Médicos Sin Fronteras y la OIM han documentado las terribles condiciones en las que viven los migrantes irregulares en las áreas rurales del sur de Italia: muchos viven en casas o fábricas abandonadas o en almacenes sin agua corriente, electricidad o calefacción y a menudo rodeados de basura que atrae a las ratas. BBC, “Italy migrants’ state ‘appalling’”, 18 de diciembre de 2008, en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7790571.stm>.

²²⁴ En este trabajo se hará referencia a que una persona está “detenida” si se encuentra privada de su libertad, sin tener la posibilidad de entrar y salir libremente del lugar donde ha sido alojada, sin perjuicio de la diferente terminología que cada país utilice para denominar esta situación: albergar, aprehender, asegurar, internar, alojar, presentar, retener, etcétera. Esto en virtud de que lo relevante está en las implicaciones prácticas y la naturaleza jurídica de este hecho, las cuales conllevan a evaluarlo de acuerdo con los principios, las normas y los estándares que rigen el derecho a la libertad personal.

²²⁵ El Comité de Trabajadores Migratorios, al examinar disposiciones que establecen la privación de la libertad por infringir la regulación relativa al ingreso a un país, ha recomendado que, a fin de ajustar las legislaciones nacionales a la Convención y otros instrumentos internacionales, se elimine “como delito penado con privación de libertad la entrada irregular de una persona [al] territorio [de otro Estado]”. Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones Finales. México*, CMW/C/MEX/CO/01, 8 de diciembre de 2006, párr. 15.

La detención de un migrante por razón de su estatus migratorio, sin perjuicio de la edad, se puede ordenar en dos situaciones. Como *sanción penal*, por infringir la legislación migratoria por ingresar irregularmente al país o por lugares no habilitados, entrar mientras está vigente una prohibición de reingresar, estar en uno de los “impedimentos de ingreso” establecidos en la ley, permanecer en el país sin autorización de residencia y/o trabajo o con ésta vencida, etcétera. Y como *medida cautelar* (detención administrativa), para investigar la situación migratoria o la identidad de un migrante irregular, durante la tramitación del expediente administrativo de expulsión o deportación, o bien a efectos de que abandone el país o de ejecutar la expulsión.

Las leyes y políticas migratorias de control de la migración irregular carecen, por lo general, de un enfoque compatible con los derechos y las necesidades de los NNA.²²⁶ No existan medidas —en la generalidad de los casos— alternativas que aseguren una protección integral para los NNA migrantes²²⁷ y el común denominador es que los NNA, en especial los adolescentes, sean tratados como adultos. Por ejemplo, en numerosas ocasiones son alojados en centros carcelarios o comisarías policiales que no han sido destinados a resguardar a personas acusadas de cometer infracciones migratorias, y menos se adecuan a las necesidades y los derechos de los niños.²²⁸ Esto incide en la crimina-

²²⁶ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, 14 de mayo de 2009, A/HRC/11/7, párrs. 24-25.

²²⁷ Esto ha sido evidenciado por el Parlamento Europeo en *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, IP/C/LIBE/IC/2006-181, Bruselas, 2007, pp. 29-35 y 205-217.

²²⁸ UNICEF, *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, Lanús, UNICEF, 2009, p. 19.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

lización y estigmatización de la población migrante irregular, y repercute de forma particularmente negativa en los NNA. Como ha resaltado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

El hecho de que no se adopte una perspectiva que tenga en cuenta las necesidades de los niños y los adolescentes en las políticas de detención relacionadas con la migración significa a menudo que los niños son tratados, y detenidos, como adultos, lo que incluye situaciones de detención punitiva con el propósito de disuadirles de futuras entradas irregulares. En algunas situaciones, los niños son detenidos como inmigrantes como recurso para sustituir mecanismos de atención”.²²⁹

El que los NNA sean tratados como adultos conlleva a que se cometan prácticas nocivas contra ellos y sus derechos.²³⁰ En el caso de los adolescentes, de hecho, es común que su verdadero estatus como niños se encuentre amenazado por las autoridades migratorias, quienes tratan de sacar partido de su aparente madurez. La ausencia de documentación en forma de certificados de nacimiento o de documentos de identidad auténticos les brinda la oportunidad de declarar una edad más alta a los adolescentes, reduciendo cualquier tipo de protección a la que podrían tener derecho como NNA.²³¹

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que la determinación de la edad debe tomar en cuenta no sólo

²²⁹ *Estudio 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*, op. cit., párr. 50.

²³⁰ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, 25 de febrero de 2008, A/HRC/7/12, párrs. 13-59.

²³¹ PICUM, *Los niños indocumentados en Europa: víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración*, cit., p. 5.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica, y que la evaluación debe realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del niño y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física y respetando debidamente su dignidad humana. En caso de incertidumbre, se debe otorgar al individuo el beneficio de la duda, de manera que en la hipótesis de que se trate de un NNA, se le trate como tal, incluso al momento de resolver si correspondería adoptar una medida privativa de la libertad.²³²

Es común que cuando se detiene a NNA migrantes, especialmente si se encuentran junto a sus padres, los Estados justifiquen esta medida en su interés de controlar la migración irregular, en claro detrimento del principio de unidad familiar (es decir, el derecho a la vida familiar). Sin embargo, el interés superior del niño y la noción de protección integral de la infancia deberían conducir, antes que a la detención de la familia, al mantenimiento de la unidad familiar sin recurrir a una medida privativa de la libertad.²³³ De ninguna manera puede entenderse que la privación de libertad es en beneficio del interés superior del niño. La detención de NNA migrantes tiene un efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico, ya que pueden padecer, entre otras, consecuencias psicofísicas, como, depresiones, cambios

²³² Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, cit., párr. 31. Véase también Vestri, Gabriele, y González Martín, Nuria, *Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas. Un diálogo entre España y México*, Sevilla, Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados, Universidad Pablo de Olavide, 2012, pp. 79-86.

²³³ En este sentido, el Relator de Naciones Unidas sobre los Derechos de Migrantes señaló que deben hacerse todos los esfuerzos para liberar a los niños y sus familias de los centros de detención, y ubicarlos en alojamientos más apropiados para familias con niños. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante. Misión a los Estados Unidos de América, 5 de marzo de 2008, A/HRC/7/12/Add.2, párr. 125.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

de comportamiento, desórdenes de diverso carácter, pérdida de peso, negativa a alimentarse, falta de sueño, así como problemas dermatológicos y respiratorios, etcétera.²³⁴

Por tales razones, los estándares internacionales establecen que la prisión preventiva, en el ámbito penal y respecto de personas adultas, sólo debe ser aplicada como una medida excepcional.²³⁵ Esta excepcionalidad cobra una trascendencia considerable en el caso de los NNA: el derecho internacional es claro al disponer que deberá evitarse la detención de NNA, incluidos aquellos en el contexto de la migración (acompañados o no).²³⁶ La norma debe ser la aplicación de medidas alternativas a la detención,²³⁷ y la privación de la libertad sólo puede ser adopta-

²³⁴ No place for a child campaign, *Alternatives to immigration detention of families and children. discussion paper by John Bercow MP, Lord Dubs and Evan Harris MP for the All Party Parliamentary Groups on Children and Refugees*, London, 2006, p. 9.

²³⁵ Como ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática ... No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos”. CoIDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 228 y 229; *caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2005, párrs. 24-25.

²³⁶ Los niños no acompañados nunca deberían, como principio general, ser detenidos. En el caso excepcional de que se opte por una medida privativa de libertad, ésta “no podrá justificarse [en razón de que] el menor esté sólo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. En estas ocasiones, deben realizarse todos los esfuerzos posibles para permitir la liberación inmediata de los niños y niñas no acompañados o separados, y su posterior ubicación en otras formas más apropiadas de alojamiento”. Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, párr. 61.

²³⁷ CoIDH, *caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, párr. 230.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

da como medida de último recurso, por el periodo más breve que proceda y sólo en casos excepcionales.²³⁸

Además, dado que una infracción migratoria no equivale a una de orden penal, y que los NNA migrantes irregulares se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad, se refuerza la aplicación del principio que prohíbe la detención de niños por razones de índole migratoria.²³⁹ En este contexto, principios generales como el *pro homine* y el interés superior del niño cobran especial vigor al proteger un derecho esencial como lo es la libertad personal, y estar simbolizados en el principio *favor libertatis*.²⁴⁰

Con este criterio, el Parlamento Europeo ha señalado que “la detención de niños, niñas y familias debería estar prohibida”, y que la privación de la libertad no podría, de ningún modo, ser en el “interés superior del niño”, por lo que debería recurrirse a medidas de otra naturaleza.²⁴¹ Igualmente, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes ha sostenido que “el internamiento de un niño nunca podrá hacerse en aras de

²³⁸ Artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño; Asamblea General de la ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990, párr. 1.2; Comité de los Derechos del Niño, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, Observación general 10, 25 de abril de 2007, CRC/C/GC/10.

²³⁹ Véanse, en este sentido: Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, op. cit., párrs. 40, 61; Touzenis, Kristina, “Human Rights of Migrant Children”, *International Migration Law*, vol. 15, 2008, p. 33.

²⁴⁰ El derecho a la libertad personal goza de una protección especial en el derecho internacional (y constitucional), dado que es considerado un derecho angular para la democracia y el Estado de derecho; por ende, la restricción a este derecho sólo puede ser adoptada en circunstancias particulares y con el respeto debido de requisitos sustantivos y formales.

²⁴¹ Parlamento Europeo, *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, cit., nota 67.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

su interés superior”,²⁴² y el Comité de los Derechos del Niño, que “los niños no podrán ser privados de su libertad solamente por su condición migratoria ni por haber entrado irregularmente en el país”.²⁴³

B. *Práctica estatal*

La práctica en las detenciones de migrantes irregulares varía dependiendo del país del que se hable. Mientras que en algunos países como Paraguay, Nicaragua, el Salvador y Belice²⁴⁴ se prevé la detención de migrantes (sin perjuicio de la edad) como sanción penal. En otros, como Argentina, Colombia, Cuba, Ecuador y República Dominicana,²⁴⁵ se dispone la detención como la única medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios de deportación o expulsión.

En Estados como Brasil y Chile la legislación prevé medidas alternativas a la detención, aunque sin establecer prioridad alguna, como la libertad vigilada,²⁴⁶ la permanencia en una localidad

²⁴² Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, párr. 62.

²⁴³ Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen*, párr. 61.

²⁴⁴ Paraguay, Ley 978 de Migraciones, del 27 de junio de 1996, artículo 108; Nicaragua, Ley 240 de Control del Tráfico de Migrantes, según reforma de leyes 240-513, del 26 de Noviembre del 2004, artículo 21; El Salvador, Ley de Migración, Decreto Legislativo 2272, del 19 de diciembre de 1958, artículo 60; Belice, *Immigration Act, 1st January 1958, Revised Edition*, 2000, artículo 34.2.

²⁴⁵ Argentina, Ley de Migraciones, No. 25871, del 17 de diciembre de 2003, artículo 70; Colombia, Decreto 4.000/04, Normas sobre Expedición de Visas, Control de Extranjeros y Migración, del 27 de diciembre de 2004, artículos 72 y 109; Cuba, Ley de Extranjería 1313, del 20 de septiembre de 1976, artículo 21; Ecuador, Decreto Supremo 1899, del 30 de diciembre de 1971, artículo 31; República Dominicana, Ley sobre Migración 285, del 15 de agosto de 2004, artículo 126.

²⁴⁶ Brasil, Ley 6.815, Ley sobre la Situación Jurídica del Extranjero en Brasil, del 19 de agosto de 1980, artículo 73.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

determinada y la comparecencia en sede policial.²⁴⁷ En otros, como Costa Rica, sí se prevé que primero se ejecuten medidas menos gravosas que la detención, tales como, presentación y firma periódica ante las autoridades competentes, orden de aprehensión, caución, decomiso temporal de documentos y detención domiciliaria.²⁴⁸ En Argentina se reconoce la posibilidad de disponer de la libertad bajo caución si no se puede ejecutar la expulsión luego de un plazo prudencial.²⁴⁹

En pocos Estados, como Panamá la normativa prevé que la detención sólo puede aplicarse a los mayores de dieciocho años de edad.²⁵⁰ Y sólo se puede hallar como excepción²⁵¹ a la regla de detener a los migrantes —niños y adultos— por razón de su estatus migratorio la normativa de Venezuela, que no permite la privación de libertad de personas migrantes por razones de esta índole: ni niños ni adultos.²⁵²

El problema, como se ha visto ya, es que en buena parte de los Estados la detención no sólo es la respuesta prioritaria, sino la única que ofrecen el marco normativo o la práctica. Casi todas las normas vigentes se caracterizan por no contar con medidas destinadas específicamente a regular la situación de los NNA migrantes. Por ello, dado que las detenciones nunca son compatibles con el principio del interés superior del niño, los Estados deben diseñar e implementar políticas públicas consecuentes y

²⁴⁷ Chile, Normas sobre extranjeros en Chile, Decreto Ley 1094, del 14 de julio de 1975, artículo 82.

²⁴⁸ Costa Rica, Ley 8764, del 1 de septiembre de 2009, artículos 31.5 y 211.

²⁴⁹ Argentina, Ley 25.871, artículo 71.

²⁵⁰ Panamá, Decreto Ley 3, del 22 de febrero de 2008, artículo 93.

²⁵¹ Dentro de los países estudiados en este trabajo que incluyen a los principales receptores de migrantes en Europa y en Latinoamérica.

²⁵² Venezuela, Ley de Extranjería y Migración 37.944, de 24 de mayo de 2004, artículo 46.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

coherentes con los estándares internacionales, lo cual conlleva a una serie de obligaciones.

Estos criterios, tal como lo ha señalado el Relator Especial de la ONU para los Derechos de los Migrantes,²⁵³ deberían incluir opciones expresamente adecuadas para los niños migrantes (acompañados o no); por ejemplo: el alojamiento en centros de protección social, no cerrados; el albergue de niños no acompañados en instituciones de atención social cuya finalidad sea su protección integral y la garantía de sus derechos fundamentales; la exigencia de una caución juratoria (compromiso jurado ante la autoridad competente); la fijación de medidas para asegurar la presencia de las personas migrantes (los niños y, en su caso, sus padres) en las diferentes etapas de los procesos (administrativos y judiciales) ligados a su ingreso y/o residencia en el país, como podría ser la presentación periódica en determinada institución pública; el nombramiento de un garante; etcétera.²⁵⁴

Estas responsabilidades incluyen, a su vez, que la autoridad competente (administrativa y/o judicial), al emitir una decisión que no constituya la aplicación de la alternativa menos lesiva para el niño, indique los argumentos que permitan concluir que la elección tiene en cuenta el interés superior del niño, y demuestre por qué descartó cada una de las posibilidades existentes, no privativas de la libertad.²⁵⁵

²⁵³ *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/11/7*, párrs. 60-62.

²⁵⁴ *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, pp. 24-25.

²⁵⁵ *Idem.*

VI. BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE NNA MIGRANTES

1. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE NNA SOBRE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS

Esta práctica se traduce en que en la política, los procedimientos y la normativa migratoria, el ser *niño, niña o adolescente* debe primar o prevalecer sobre el hecho de ser *migrante*.²⁵⁶ Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con NNA migrantes deberán determinar que la protección de sus derechos sea primordial. De este modo, este principio debería prevalecer sobre todos los demás, incluidas las disposiciones contrarias de la normativa sobre migración en caso de que se planteara un conflicto.²⁵⁷ Sin embargo, como apunta la UNICEF:

En la actualidad, nos encontramos ante un escenario preocupante: la situación de los NNA migrantes está determinada, casi únicamente, por su condición migratoria y, en consecuencia, por las políticas que adoptan los países en el ámbito de

²⁵⁶ Crawley, I., “Child First”, *Migrant Second: Ensuring that Every Child Matters*, Londres, ILPA, 2006.

²⁵⁷ ACNUDH, *Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración*, A/HRC/15/29, 5 de julio 2010, párr. 24.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

la migración. Por lo general, en estos casos hay una muy limitada —sino nula— intervención de las autoridades que tienen algún mandato específico en materia de protección integral de la infancia. También es usual que los programas y dispositivos existentes para la infancia no contemplen debidamente a los NNA migrantes.²⁵⁸

Debemos recordar que el marco jurídico de los NNA surge de la necesidad de hacer visible la condición de los niños como sujetos de derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “los extranjeros disfrutan del derecho de reunión pacífica y del derecho a asociarse libremente. Pueden contraer matrimonio, si tienen edad para ello. *Sus hijos tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menores requiere*”.²⁵⁹

El Comité de Derechos del Niño es más claro al indicar que “se debe reconocer la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos (de los niños)”.²⁶⁰ La interdependencia implica la necesaria unidad de los derechos humanos, en este caso de los niños; es decir, que el Estado proteja de manera integral e interdependiente sus derechos por encima de su política migratoria y otros principios como la soberanía nacional. Como observa el Comité:

las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción

²⁵⁸ UNICEF, *Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe. Solicitud de Opinión consultiva sobre niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, UNICEF, 2013.

²⁵⁹ Comité de Derechos Humanos, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, Observación General 15, 1986, párr. 7.

²⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Observación General 5, 2003, párr. 18.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por lo tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores —sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes— con independencia de su nacionalidad o apátrida, y situación en términos de inmigración.²⁶¹

Así también, la Comisión Africana de Derechos Humanos llama a los Estados parte a la protección de la niñez por encima de las políticas migratorias, al señalar que los Estados deben, entre otras cosas: “desarrollar enfoques alternativos a la detención de niños migrantes y asegurarse que en todas las acciones se tome en consideración su interés superior”.²⁶²

Sin embargo, como se vio en el apartado anterior, en la práctica estatal se identifica un problema común: existe una primacía de medidas basadas en el paradigma de la seguridad y el control migratorio, dejando en un segundo plano la obligación de protección a la infancia que corresponde a todo Estado, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño. La falta de consideración del principio de interés superior del niño, consagrado en su artículo 3, y que debería guiar toda política y decisión que pudiera afectar los derechos de NNA, repercute directamente en los derechos de NNA migrantes.

Algunos obstáculos para el goce efectivo de derechos por parte de los NNA migrantes son:

²⁶¹ Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General 6, 2005, párr. 12.

²⁶² Comisión Africana de Derechos Humanos, *Situación de los migrantes en África*, Resolución 333, 25 de febrero de 2016.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

- a) La falta de armonización normativa tanto entre las leyes migratorias nacionales y los acuerdos multilaterales e internacionales como dentro de cada país, en relación con los estándares de protección de derechos de las personas migrantes en general y de NNA en particular;
- b) La ausencia del enfoque de derechos de la niñez en las leyes migratorias;²⁶³
- c) La ausencia de procedimientos adecuados de identificación de situaciones de vulneración de derechos de NNA;
- d) La falta de canales de coordinación entre los sistemas que regulan las migraciones y los sistemas de protección de derechos del NNA.

El enfoque de derechos del niño debe estar presente a la hora de regular las decisiones, las medidas y las prácticas que se adopten en relación con el ingreso, permanencia o salida del país de NNA y/o de sus padres.²⁶⁴ En este sentido, es preciso que:

- a) Todos los NNA migrantes sean protegidos a través de la plena aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y sin discriminación de ningún tipo. Así, uno

²⁶³ Argentina: Ley de Migraciones 25.871, sancionada el 17 de diciembre de 2003; Brasil: Lei que de ne a situação jurídica do estrangeiro no Brasil 6.815, del 19 de agosto de 1980; Bolivia: Régimen Legal de Migración, Decreto Supremo 24.423, del 29 de noviembre de 1996; Chile: Decreto Ley 1094 (establece normas sobre extranjeros en Chile), del 19 de julio de 1975, *Diario Oficial* del 14 de julio de 1975; Paraguay: Ley de Migraciones 978, del 27 de junio de 1996; Uruguay: Ley de Migración 18.250, del 17 de enero de 2008.

²⁶⁴ Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, La implementación de los acuerdos del Mercosur relativos a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes Migrantes. Estudios e investigaciones. Diagnóstico y lineamientos para la acción, Buenos Aires, IPPDH, 2012.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

de los primeros criterios de la CoIDH, el caso *Nadege Dorzema*,²⁶⁵ indica los derechos del niño a la nacionalidad, igualdad ante la ley, reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho al nombre, y la obligación del Estado de respetar estos derechos. En el contexto de la migración, el derecho a la nacionalidad es de vital importancia para los NNA, puesto que ser nacional de un Estado les garantiza sus demás derechos.²⁶⁶

- b) Todas las decisiones, medidas y prácticas que adopten los Estados en relación con su ingreso, permanencia o salida del país —y/o de sus padres— deben estar determinadas por el principio del interés superior del niño, como exige la CDN en cualquier otra situación.²⁶⁷ Así, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomienda respecto a los niños que son más vulnerables a la apatridia: “reducir la apatridia, en particular entre los niños, por ejemplo, alentando a sus padres a solicitar la nacionalidad

²⁶⁵ CoIDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs. república dominicana*, fondo reparaciones y costas. sentencia del 24 de octubre de 2012.

²⁶⁶ CoIDH, caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia del 23 de noviembre de 2006, párr. 136 y 137.

²⁶⁷ Así señala el Tribunal Constitucional de Chile: “no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado... de manera que, de ejecutarse la medida, ciertamente se transgrede el interés superior de la menor, pues se perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, y se afecta lo dispuesto en el artículo 10. de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta. Corte Suprema de Chile, *Fallo 2.309-2015*, 19 de febrero de 2015, Segunda Sala, considerando 7o.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

en su nombre y permitiendo que ambos progenitores transmitan la nacionalidad a sus hijos”.²⁶⁸

- c) Deben garantizarse plenamente los demás principios rectores de la CDN, a saber: no discriminación (artículo 2); participación y ser oído (artículo 12), y derecho al desarrollo, a la vida y la supervivencia (artículo 6).
- d) Respecto de NNA migrantes no acompañados en particular, debe existir un procedimiento de determinación del interés superior del niño que se aplique en cada caso.

2. PRINCIPIO DE NO DETENCIÓN DE NNA MIGRANTES

La entrada irregular al Estado no es más que una infracción administrativa que nunca debe ubicarse dentro del ámbito del derecho penal.²⁶⁹ Por lo tanto, el principio general es la libertad y no la detención. La criminalización de la entrada o permanencia irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración irregular, y puede dar lugar a detenciones innecesarias.²⁷⁰

En este sentido, la detención de NNA migrantes por su situación migratoria es uno de los temas más delicados que nos ocupan. Nunca debería detenerse a NNA, y menos aún si se trata de no acompañados o separados de su familia, por motivos relacionados exclusivamente con temas de inmigración.²⁷¹ Este

²⁶⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Discriminación contra los no ciudadanos*, Recomendación General 30, 2004, párr. 16.

²⁶⁹ Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, 2001.

²⁷⁰ CoIDH, *caso Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010.

²⁷¹ Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Derechos de los trabajadores migratorios en situación*

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

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

Como norma general no debería privarse de libertad a los niños ni a las familias con hijos. En estos casos, los Estados partes deben siempre dar prioridad a medidas alternativas a la privación de libertad. Cuando la detención familiar sea inevitable, la detención de niños se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, de conformidad con el artículo 37, párrafo b), de la Convención sobre los Derechos del Niño.²⁷²

Y también respecto de niños con necesidades de protección internacional, de conformidad con el principio general estipulado en la directriz 2 y las Directrices del ACNUR sobre Niños Refugiados, los NNA solicitantes de asilo no deben ser detenidos. Siempre que sea posible deberían ser confiados al cuidado de miembros de la familia que ya tengan residencia dentro del país de asilo. De no serlo, las autoridades con competencia en asistencia a menores no acompañados deberían buscar soluciones alternativas para que reciban alojamiento adecuado y supervisión apropiada.²⁷³

irregular y de sus familiares, Observación General No. 2, 28 de agosto de 2013, párr. 33. También, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Informe sobre la visita del Grupo de Trabajo al Reino Unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo*, E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 de diciembre de 1998, párr. 37.

²⁷² Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, párr. 44.

²⁷³ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, *Directrices sobre criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo*, 26 de febrero de 1999. Directriz 6. Detención de personas menores de dieciocho años.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

En este sentido, podemos afirmar que el principio de no detención de NNA es ya un principio rector de los derechos de los niños: por regla general no debe haber detención por motivos migratorios.²⁷⁴

La Convención de Derechos del Niño establece que la detención debe considerarse como la *ultima ratio*: como una medida de último recurso y absolutamente excepcional.²⁷⁵ En este caso, además de las garantías sustantivas y procesales que exigen los estándares internacionales y nacionales para evitar una detención arbitraria,²⁷⁶ se deben contemplar mecanismos específicos de protección para adecuar dichas garantías a las que salvaguar-

²⁷⁴ En el caso mexicano, que la Ley General de Derechos de NNA establece el principio de excepcionalidad de la detención de niños, niñas y adolescentes migrantes en su artículo 111: “Son obligaciones de los titulares o responsables legales de los centros de asistencia social: VIII. Informar oportunamente a la autoridad competente, cuando el ingreso de una niña, niño o adolescente corresponda a una situación distinta de la derivación por parte de una autoridad o tenga conocimiento de que peligra su integridad física estando bajo su custodia, a fin de iniciar los procedimientos de protección especial de forma oportuna, identificar la mejor solución para el niño, niña o adolescente y, en su caso, evitar su permanencia en el centro de asistencia social, dado su carácter de último recurso y excepcional”.

²⁷⁵ Artículo 37 b, c y d de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁷⁶ Las normas internacionales que consagran el derecho a la libertad personal establecen una serie de condiciones que deben satisfacerse a fin de que una privación de la libertad sea legítima. Estos requisitos constituyen garantías procesales que buscan asegurar el derecho a no ser detenido arbitrariamente, y que conforman el “debido proceso legal”. Éste debe ser observado en todas las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Este derecho se encuentra consagrado, entre otros, en: 9 DUDH, 9 PIDCP, 16 CDTM, XXV DADDH, 7 CADH, 5 CEDH. Al respecto, véanse CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 123; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 115-136; caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 124; caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2001, párr. 102.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

dan los derechos de los NNA, en especial al principio de interés superior del niño, para garantizar el debido proceso en caso de privación de la libertad.

En principio, cualquier restricción al derecho a la libertad personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas o por las leyes dictadas por ellas (aspecto material), además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal).²⁷⁷

Para los NNA migrantes, y particularmente para aquellos no acompañados, el derecho a ser oído (9.2 CDN) tiene una especial relevancia. Asimismo, con el fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, se les debe brindar un acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, y nombrarles un tutor y representante legal a fin de defender sus intereses y asegurar su bienestar.²⁷⁸ La dilación en la adopción de estas medidas representa una amenaza a la seguridad de los NNA, dejándolos más expuestos al riesgo de ser víctimas de trata y otros abusos.²⁷⁹ Estas garantías deben ser tenidas en cuenta también en el marco de los procedimientos relativos a las medidas alternativas a la detención (o para determinar la opción más adecuada al caso).

Otra garantía importante es la prevista en el artículo 37 de la CDN, que establece el derecho de todo NNA a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, y a una pron-

²⁷⁷ CoIDH, *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, excepciones preliminares, párrs. 416 y 419.

²⁷⁸ Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, párr. 63.

²⁷⁹ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo*, 28 de abril de 2005.

ta decisión sobre dicha acción. Esta garantía también incluye el derecho a contar con un recurso efectivo para evitar una detención arbitraria.²⁸⁰ La intervención judicial, ya sea como autoridad competente para disponer la eventual privación de la libertad, o para verificar de forma inmediata la legalidad y racionalidad de la medida dictada por un organismo administrativo, también supone una garantía esencial en el marco de los mecanismos de control migratorio, especialmente si la medida involucra a NNA.

El derecho de establecer contacto con un familiar, por su parte, puede ser esencial cuando se trata de detenciones de NNA. En esos casos, tanto la autoridad que practica la detención como la responsable del lugar en que se encuentra alojado el niño deben notificar inmediatamente a sus familiares o representantes, teniendo en cuenta el interés superior del niño. La finalidad de la notificación es que el niño pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona a quien se ha contactado.²⁸¹ Es importante recordar que los niños migrantes gozan también del derecho a la asistencia consular reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen.²⁸² La vigencia de este derecho implica, para la persona detenida, la posibilidad de comunicarse con un funcionario consular de su país, al tiempo que el Estado

²⁸⁰ Sobre el derecho a un recurso efectivo, véase la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre los artículos 25 y 13 de las convenciones americana y europea de derechos humanos, respectivamente. Por ejemplo: CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 126; CoEDH, *Conka v. Bélgica*, demanda 51564/1999, sentencia del 5 de febrero de 2002.

²⁸¹ CoIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, párr. 106; *Caso Bulacio v. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 130; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 93.

²⁸² Artículo 36, Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares; 16.7, CDTM.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

en cuyo territorio ocurre la detención tiene la obligación de informar al extranjero sobre dicho derecho y asegurar los medios para su vigencia efectiva.²⁸³

3. DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR EN PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS QUE AFECTEN A NNA MIGRANTES

Este procedimiento implica la evaluación de todos los aspectos relevantes de cada caso particular.²⁸⁴ De modo que, en las distintas etapas del procedimiento migratorio pueda tomarse una decisión que proteja de la mejor manera posible los derechos del NNA en cuestión. Será necesaria, por lo tanto, una valoración caso por caso, respetuosa de las garantías procesales, que permita determinar, por un lado, cuál es la solución que, tanto a corto y largo plazo, se adecua más al interés superior de cada niño o niña y, por otro, la forma de implementación de tal solución que mejor se concilie con el respeto de sus derechos.²⁸⁵

²⁸³ Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este derecho, al igual que el derecho a contar con un traductor cuando la persona (el niño, en este caso) desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, se fundamenta en la necesidad de “reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”, para alcanzar los objetivos del proceso atendiendo el principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y la prohibición de discriminación. CoIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, párr. 119.

²⁸⁴ En sus directrices para la determinación del interés superior del niños, el ACNUR señala que es un proceso formal, dotado de garantías procesales estrictas, especialmente en la adopción de las decisiones importantes que lo afectan. Debe asegurar la adecuada participación del niño sin discriminación, involucrar a las personas expertas en áreas relevantes en la toma de decisiones y equilibrar todos los factores para valorar la mejor opción. ACNUR, *Directrices para la determinación del interés superior del menor*, Ginebra, ACNUR, 2008.

²⁸⁵ Celesia, Alberto, Morlachetti, Alejandro y Luna, Matilde, *Manual sobre estándares internacionales de derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes*, Buenos Aires, RELAF, Save the Children y UNICEF, 2014, p. 24.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la determinación del interés superior requiere una clara y detallada evaluación de la identidad –incluyendo nacionalidad, características de su crianza, etnia, contexto cultural y lingüístico–, además de la particular situación de vulnerabilidad y de las necesidades básicas de protección que los NNA migrantes pudieran tener.²⁸⁶

Las obligaciones en materia de niñez migrante que surgen a partir del respeto al principio medular de la Convención sobre los Derechos del Niño determinan la necesidad de que los Estados cuenten con un protocolo o reglamentación que establezca de forma clara y global qué aspectos deberán evaluarse en cada caso y que, a su vez, garantice la participación de los NNA durante el procedimiento. Puesto que el principio de interés superior del niño es también una norma de procedimiento, entonces en los procedimientos migratorios donde se ven involucrados NNA es que se debe incluir esta norma. Lo anterior, ya que al tomar una resolución que afecte a NNA ésta debe contemplar una estimación de las posibles repercusiones hacia su interés superior.²⁸⁷

A. *Derechos de los NNA migrantes a ser escuchados y de participación*

Para determinar el interés superior de los NNA en los procedimientos migratorios es necesario respetar su derecho a ser escu-

²⁸⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, párr. 20.

²⁸⁷ La Directiva de Retorno de la Unión Europea retoma esta determinación en su texto al señalar que los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta, el interés superior del niño, la vida familiar, el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de diciembre de 2008, *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, artículo 5.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

chados y de participación para evaluar de mejor forma sus necesidades y expectativas. Cabe señalar que dentro de este derecho están el proporcionarles toda la información debida, asignarles un tutor o asesor gratuito y prestarles asistencia especial, tanto para NNA migrantes como para NNA con necesidades de protección internacional. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño abunda:

es urgente hacer respetar plenamente su derecho de expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo. En el caso de la migración, hay que escuchar al niño en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud. En el caso de una demanda de asilo, el niño debe tener además la oportunidad de presentar sus motivos para la demanda de asilo.²⁸⁸

Así, debe darse a esos NNA toda la información pertinente, en su propio idioma, acerca de sus derechos, los servicios disponibles, incluidos los medios de comunicación, y el proceso de inmigración y asilo, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos. Debe designarse a un tutor o asesor a título gratuito. Los NNA solicitantes de asilo también pueden necesitar datos sobre el paradero de su familia e información actualizada sobre la situación en su país de origen para determinar su interés superior. Puede ser necesario prestar asistencia especial a los NNA que hayan participado en un conflicto armado para permitirles expresar sus necesidades. Además, es necesario prestar atención a garantizar que se incluya a los NNA

²⁸⁸ Comité de Derechos del Niño, *El derecho del niño a ser escuchado*, Observación General 12, 2009, párrs. 123-124.

apátridas en los procesos de adopción de decisiones en los territorios en que residen.²⁸⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos va más allá, al ponderar que se procure el mayor acceso del niño al examen de su propio caso, ya sea vía administrativa o judicial. En este sentido, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.²⁹⁰

B. Garantías de procedimiento

El interés superior debe regir ciertas garantías en los procesos donde se vean implicados NNA. Así, los Estados están obligados a respetar e incluir este principio en procesos migratorios. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño recuerda esta obligación de los Estados de establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, incluidos mecanismos de evaluación de los resultados, así como de establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones de los legisladores, de los jueces o de las autoridades administrativas, en especial en las esferas que afectan directamente al niño o los niños.²⁹¹

²⁸⁹ *Idem.*

²⁹⁰ ColDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva 17/02, 28 de agosto 2002, párr. 102.

²⁹¹ Comité de Derechos del Niño, *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, Observación General 14, 2013.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

- a) Los Estados deben respetar las siguientes garantías de debido proceso en los procesos migratorios que involucran a NNA migrantes:
- b) Derecho a un traductor y/o intérprete gratuito.
- c) Derecho a la asistencia legal gratuita.
- d) Derecho a recurrir cualquier decisión ante autoridad o tribunal superior.
- e) Derecho a expresarse y a ser oído en el marco de mecanismos adecuados para la edad, evolución y desarrollo del NNA.
- f) Derecho a la asistencia consular.
- g) Designación de un tutor independiente para la protección de los intereses de cada NNA.²⁹²
- h) Derecho a reunirse libremente y en forma privada con su abogado, con su tutor y con su representante consular.
- i) Derecho a no ser expulsado de forma colectiva. Cualquier extranjero tiene derecho a que su proceso sea individual y se consideren las circunstancias particulares de su caso sin discriminación por ningún motivo, además de la debida fundamentación y motivación, asistencia legal y la posibilidad de recurrir como mínimos.

²⁹² El nombramiento de un tutor competente lo antes posible constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia. Así, pues, el menor no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor. Si el menor separado o no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor se le nombrará un representante legal. Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen*, párr. 21.

Como señala la CoIDH, un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero, debe ser individual y la persona sometida a él debe contar con las siguientes garantías mínimas:

- a) Ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: a) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y b) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación;
- b) En caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y
- c) Ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley.²⁹³

Lo dicho anteriormente es concerniente para cualquier extranjero sujeto a un proceso de expulsión. Además, cuando se trata de los NNA, la CADH señala en su artículo 19 las medidas especiales de protección que los Estados deben tomar hacia los niños. Es decir, los procedimientos migratorios deben tener componentes diferenciados cuando se trata de NNA, como señala la CoIDH:

La protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración implica que la observancia por parte de los Estados de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en

²⁹³ CoIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva 21/14, 19 del agosto de 2014, párr. 356.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

el caso de niñas y niños, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que un adulto. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos.²⁹⁴

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

En este sentido, la CoIDH²⁹⁵ dispone que cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores, debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual, debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, ser idónea, necesaria y proporcionada. En la consecución de ese fin, el Estado deberá analizar las circunstancias particulares de cada caso, referidas a:

- a) La historia inmigratoria, el lapso temporal de la estancia y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor;

²⁹⁴ CoIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 114.

²⁹⁵ *Ibidem*, párr. 357.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

- b) La consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar;
- c) El alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar; y
- d) El alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.

De manera que la separación familiar por resolución de un procedimiento migratorio debe ser una medida de carácter excepcional y temporal, respetando la unidad familiar. Como señala la CoIDH, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, de acuerdo con el 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 sólo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.²⁹⁶

En el caso del retorno o expulsión de menores no acompañados, también implica que el Estado observe interés superior, al garantizar que la acogida al país de retorno sea adecuada al ser recibido por las personas adecuadas. Así, en el ámbito europeo se establece:

²⁹⁶ *Ibidem*, párr. 416.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

- a) Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño.
- b) Antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.²⁹⁷

Cuando se tome la decisión excepcional de detener a los NNA, en espera de una resolución, el Estado debe observar los siguientes mínimos de protección:

- a) Los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso, y ello por el menor tiempo posible.
- b) A las familias internadas en espera de expulsión se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad.
- c) Se dará a los menores internados la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad, y, dependiendo de la duración de su estancia, tendrán acceso a la educación.
- d) A los menores no acompañados se les facilitará, en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones

²⁹⁷ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (artículo 10).

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad.

- e) El interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión.²⁹⁸

En suma, y de manera general, siguiendo lo establecido por la ColDH,²⁹⁹ los NNA en todo procedimiento migratorio tienen derecho a:

- a) Ser notificado de un proceso migratorio.
- b) Que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado.
- c) A participar en el proceso.
- d) A contar con un traductor o intérprete, en su caso.
- e) Comunicación y asistencia consular.
- f) Contar con un representante legal.
- g) Asignar un tutor para niños no acompañados o separados.
- h) Respeto del interés superior y la debida fundamentación en la decisión.
- i) Derecho a recurrir.
- j) Que haya un plazo razonable de duración del proceso.

C. Medidas cautelares en el proceso migratorio con base en el principio de no detención

El principio de no detención debe regir la actuación del Estado en su política migratoria dado que no puede estar por encima de la protección de los niños y en el proceso migratorio debe poder

²⁹⁸ *Ibidem*, artículo 17.

²⁹⁹ ColDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párrs. 116 y ss.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

llevarse en libertad, siguiendo las garantías de debido proceso ya señaladas. De la misma manera, las medidas cautelares deben llevarse en libertad, tanto de niños como sus familias. Al respecto, señala la CoIDH:

los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.³⁰⁰

Las medidas cautelares implican la observación de ciertas modalidades alternativas de cuidado, sobre todo en caso de NNA no acompañados. En este sentido, la ONU ha emitido unas directrices que reafirman la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, y que profundizan los alcances de esta última en lo concerniente a la protección de los derechos de NNA carentes de cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación. Las directrices tratan orientaciones para prevenir la separación; para los procedimientos de separación; la provisión de cuidado alternativo; el retorno a la familia y a la comunidad (u otras soluciones estables), y el cuidado alternativo en situaciones especiales (catástrofes, conflictos bélicos o NNA fuera de sus países de origen).³⁰¹

³⁰⁰ *Ibidem*, párr. 160.

³⁰¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, Resolución 64/142, 18 de diciembre de 2009.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

En este sentido, en el caso extremo de detención y privación de la libertad en el proceso migratorio, las posibles medidas cautelares deben ser adecuadas para proteger las necesidades particulares de NNA, especialmente si no se encuentran acompañados. En consecuencia, el Estado tiene las siguientes obligaciones en caso de custodia de NNA migrantes:³⁰²

- a) Si se trata de NNA acompañados, debe respetar el principio de no separación y su derecho a la unidad familiar, y alojarlos con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño.
- b) *Si se trata de NNA no acompañados o separados, se les debe asignar un tutor y debe alojarlos de manera separada de adultos y otras personas privadas de su libertad, por ejemplo, por violaciones a la ley penal.*
- c) *El alojamiento debe ser en unidades familiares especiales con acceso adecuado a servicios e instalaciones de educación, juego y esparcimiento.*³⁰³ *Para que un espacio de alojamiento cumpla con las condiciones para el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, debe contar con una infraestructura física que permita lograr que los NNA tengan cierto nivel de privacidad para que su intimidad sea respetada; el espacio de alojamiento debe proveer un lugar donde tener sus cosas de forma segura; debe asegurarse la alimentación completa y nutritiva durante el tiempo de estadía; se debe otorgar*

³⁰² ColDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 175.

³⁰³ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, Observación General 2, párr. 44.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

acceso a servicios de salud, ya sea física y/o psicosocial; se debe proveer acceso continuo a la educación fuera del establecimiento; se debe contar con sitio para el esparcimiento y el juego, y las niñas y niños que quieran participar de actividades culturales, sociales y religiosas deben contar con un tutor que los acompañe.³⁰⁴

- d) *Se deben contemplar medidas alternativas, como el alojamiento con familias temporales o en centros especializados de atención a niños.*³⁰⁵
- e) *El alojamiento se debe hacer en centros de alojamiento abiertos, o sea, cualquier medida de alojamiento debe permitir la salida del establecimiento donde se encuentre la niña o el niño, o sea debe desarrollarse en un ambiente no privativo de libertad. Los centros cerrados no son adecuados para la extrema vulnerabilidad de NNA migrantes no acompañados debido a que las instalaciones no responden a sus necesidades especiales. Las medidas deben representar y brindar una opción material y cualitativamente distinta a la privación de libertad en centros cerrados, priorizando un tratamiento que se adecúe a las necesidades de protección integral.*³⁰⁶

El Estado debe prever un método de supervisión de los espacios de alojamiento derivado de su obligación de armonización de la política migratoria con la protección de la infancia.³⁰⁷

³⁰⁴ *Ibidem*, párr. 183.

³⁰⁵ CoIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 173.

³⁰⁶ *Ibidem*, párr. 180.

³⁰⁷ *Ibidem*, párr. 174.

D. Debido proceso en caso de privación de la libertad

Los NNA migrantes privados de la libertad (por motivos migratorios o no) cuentan con las siguientes garantías de debido proceso, señaladas por la ColDH:

- i) Derecho a ser informados de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda;
- ii). Derecho a ser llevados, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente;
- iii) Derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados;
- iv) Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular;
- v) Derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor;
- vi) Derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención.³⁰⁸

4. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

El derecho a la vida familiar, que se les reconoce ampliamente a todos los seres humanos en los tratados internacionales de derechos humanos,³⁰⁹ puede verse severamente afectado por la

³⁰⁸ *Ibidem*, párr. 190.

³⁰⁹ Artículo 16 de la DUDH; artículos 8, 9, 10, 16, entre otros, de la CDN; artículos 11 y 17 de la CADH; artículo 16 del Protocolo de San Salvador en materia de DESC; artículos 17 y 23 del PIDCyP; y artículo 10 del PIDESC; artículo 16 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

migración. En muchos casos, ésta implica la separación temporal para las familias; por lo general, los padres —uno o ambos, o los adultos responsables en distintos tipos de arreglo familiar— migran solos, dejando a sus hijos en el país de origen. Del mismo modo, cada vez más, los NNA también migran sin compañía, dejando atrás a sus padres en el lugar de origen o en busca de uno o ambos en el país de destino.

Así, el derecho a la vida familiar garantiza la unidad de la familia como mejor medida de protección y desarrollo de los NNA. En este sentido, el debido respeto del derecho a la vida familiar en el contexto de las políticas migratorias es vital para la protección de los derechos de los NNA. La protección de la vida familiar supone una serie de obligaciones positivas y negativas por parte de los países. Por un lado, la adopción de medidas específicas para garantizar y promover este derecho, y por otro, la abstención de incurrir en actos y decisiones que obstaculicen e interfieran ilegalmente en la vida familiar. En el contexto de la migración, esto último implica que los países se abstengan de tomar medidas que violan los derechos reconocidos en la CDN. La CoIDH ha señalado que los Estados, dentro de su responsabilidad de asegurar la protección de los niños y niñas, tienen la obligación de favorecer de la manera más amplia posible el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, ya que el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, y el derecho de ésta a la protección estatal, “constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.³¹⁰

Discriminación contra la Mujer; artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, entre otros.

³¹⁰ CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva 17/02, párr. 66.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

Las decisiones que adoptan los países en relación con el ingreso, la permanencia o la salida de migrantes pueden tener un impacto determinante en la unidad o separación de la familia. Así, la resolución de una solicitud de entrada al país o de adquisición o renovación de un permiso de residencia, o bien la decisión sobre una eventual expulsión del territorio de un NNA, sus padres o adultos responsables del cuidado, pueden afectar positiva o negativamente el derecho a la vida familiar. De este modo, el derecho a la vida familiar debe influir en las decisiones de control migratorio del Estado y el ingreso o residencia de los extranjeros por vínculo de familiares y por reagrupación familiar. La CoIDH señala:

el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalecería excepto en aquellos casos en los cuales la separación de la niña o del niño de uno o ambos progenitores sería necesaria en función de su interés superior.³¹¹

Ahora, este derecho no es absoluto. La CoIDH reconoce que el derecho a la vida familiar *per se* no supera la facultad de los Estados de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos, en el marco de los procedimientos relativos a una expulsión de uno o ambos progenitores.³¹² De hecho, la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores:

³¹¹ CoIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 274.

³¹² *Idem*.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

los Estados deben velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.³¹³

Siguiendo lo anterior, no sería admisible que un Estado separe a un niño de sus padres a raíz de la irregularidad migratoria de éstos. Esto en virtud de que no constituye la mejor medida para la protección del niño y su interés superior, y pone en duda criterios de acceso a la nacionalidad, como es el *ius soli* a partir de la posible residencia estable de los padres. En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos (CoEDH) analizó la expulsión de una madre que la separaría de su hija por encontrarse al momento de su nacimiento en situación irregular. La CoEDH decidió que el interés económico del país y su política migratoria no deben estar por encima del interés superior de la niña.³¹⁴

Las políticas migratorias deben contener una visión de protección de la unidad familiar de manera que los NNA puedan mantener contacto con sus padres y con su familia, como un derecho del que deben gozar todos los NNA. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes señala la necesidad de proteger la unidad de la familia:

³¹³ Artículo 9 de la CDN.

³¹⁴ CoEDH, *Rodríguez da Silva vs. Holanda*, Demanda 50435/99, sentencia del 31 de enero de 2006.

Los Estados partes deben adoptar medidas apropiadas para proteger la unidad de la familia del trabajador doméstico migratorio que se encuentre en situación regular (artículo 44, párr. 1). En particular, los trabajadores domésticos migratorios deben tener oportunidades razonables de mantenerse en contacto con sus familias y gozar de la movilidad correspondiente, incluida la posibilidad de comunicarse con la familia que permanece en el país de origen, de viajar para participar en acontecimientos familiares ineludibles como son los entierros y, especialmente en el caso de los migrantes ausentes durante largos períodos, de visitar a sus cónyuges e hijos en otros países. Los Estados partes deben velar por que los niños separados de uno o ambos progenitores puedan mantener contactos directos con ellos de forma periódica.³¹⁵

En el ámbito europeo, la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar de 2003 señala que los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia del cónyuge del reagrupante y los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos.³¹⁶ Aún la criticada Directiva Retorno de migrantes irregulares de 2008 contempla el mantenimiento de la unidad familiar.³¹⁷ Y la Directiva de reconocimiento de extranjeros como beneficiarios de protección internacional de 2011 establece entre sus medidas alternativas y cautelares para NNA no acompañados que serán acomodados, preferentemente, con sus parientes adultos y que, en la medida de lo posible, se mantendrá juntos a los hermanos.³¹⁸

³¹⁵ Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, *Trabajadores domésticos migratorios*, Observación General 1, 23 de febrero de 2011, párr. 54.

³¹⁶ Directiva 2003/86/CE del Consejo, del 22 de septiembre de 2003, *Derecho a la reagrupación familiar*, artículo 4.

³¹⁷ Considerando 22 y artículo 5.

³¹⁸ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011, *Normas relativas a los requisitos para el reconocimiento*

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

La necesidad de la reunificación familiar de los NNA no acompañados ha sido establecida por el Comité de Derechos del Niño:

El objetivo final de regular la situación de los menores no acompañados o separados de su familia es identificar una solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, tenga en cuenta las opiniones del menor y, en su caso, conduzca a resolver la situación del menor no acompañado o separado de su familia. Los intentos de hallar soluciones duraderas para los menores no acompañados o separados comenzarán y se pondrán en práctica sin dilación y, de ser posible, inmediatamente después de que se determine que se trata de un menor no acompañado o separado de su familia. De acuerdo con un criterio basado en los derechos, la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar.³¹⁹

Ahora bien, en el quehacer de los tribunales constitucionales también se ha señalado la necesidad de que la separación de un niño de su grupo familiar sea una medida excepcional y que se respete el interés superior del niño, aun en caso de la falta de recursos materiales de los padres. En este sentido, el Tribunal Constitucional de Argentina, en el contexto de la falta de recursos de los padres, ha señalado que “en modo alguno, puede la separación del niño de su grupo familiar sustentarse o tener por causa la falta o carencia de recursos materiales de los padres.”³²⁰

de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, artículo 31.

³¹⁹ Comité de Derechos del Niño, *Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General No. 6, párr. 79.

³²⁰ Corte Suprema Argentina, *Antinao, Celia c/Di Cristóforo, Marcelo Ariel Dapueto, Gabriela Noemí s/incidente de restitución en autos: “Antinao, J. A. s/sumario”*, 501/2003.

El Tribunal Constitucional de Chile reconoce que es obligación del Estado la protección de la unidad familiar y de los derechos del niño:

para calificar los actos de autoridad que ahora se revisan, dadas las circunstancias personales y familiares de la amparada..., cabe advertir que ellos traen inevitables consecuencias en su ámbito familiar, afectando a su pareja como a sus tres hijos, tanto por la posibilidad cierta de disgregar al núcleo familiar, separando a los niños de uno de sus progenitores con la consecuente merma de su pleno desarrollo emocional y social, como por la eventual interrupción de su etapa escolar, considerando que los dos mayores cursan sus estudios de enseñanza básica, y el menor se encuentra próximo a hacer su ingreso a la educación formal. Este hecho demuestra, además, un arraigo ostensible de la familia en este país que torna la decisión de expulsión en desproporcionada y por ello arbitrario al afectar lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta; derechos también consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del Niño que, entre otros, en su artículo 3 obliga a la autoridad administrativa a tener especial consideración al interés superior del niño, y en su artículo 9 compele a los Estados Partes a velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos.³²¹

³²¹ Corte Suprema de Chile, *Fallo: 5276-2015*, 23 de abril de 2015, Segunda Sala, considerando 4. En este sentido, véase también Corte de constitucionalidad de Guatemala, *Expediente 1601-2011*, 16 de enero de 2011, considerando II.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

5. NNA CON NECESIDADES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

A. Principio no devolución

Desde la adopción de la Convención de Ginebra en 1951, el principio de *non-refoulement* ha sido expresamente incorporado a diversos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³²² Específicamente, los Estados están obligados a no trasladar a ningún individuo a otro país si en esto existiera un riesgo de sufrir graves violaciones de sus derechos humanos, en particular la violación del derecho a la vida, a la libertad y la integridad física.

El principio de no devolución, como garantía fundamental en el derecho internacional de los refugiados, es un punto de conjunción entre los derechos de NNA migrantes y de los refugiados. Esta conjunción se observa en la ampliación de la categoría de refugiado a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas, según la Declaración de Cartagena de 1984;³²³ en el desarrollo hecho por la CoIDH en el caso Pacheco Tineo respecto a considerar otorgar dicha condición a cualquier extranjero que alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución;³²⁴ y en su Opinión Consultiva 21/2014, que consolida el principio de no devolución a favor de NNA migrantes:

³²² CADH, 22.8, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 13.4; Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 3; PIDCyP, artículos 6 y 7, y Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, artículos 2 y 3.

³²³ Conclusión tercera.

³²⁴ CoIDH, caso *familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párrs. 136-137.

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

En conclusión, una interpretación de las disposiciones relativas al principio de no devolución... lleva a esta Corte a afirmar la vigencia del muy consolidado principio de no devolución en el caso de niñas y niños, de modo tal que cualquier decisión sobre su devolución al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.³²⁵

De este modo, la obligación del Estado de no regresar al Estado de origen a aquella persona que sufre persecución y corre peligro en su vida atraviesa la situación de NNA migrantes, quienes pueden también tener necesidades de protección internacional. Así, los Estados tienen la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, su seguridad y su libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos.³²⁶

Para el caso de NNA migrantes no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño ha efectuado un extenso análisis sobre la relevancia del respeto de tal principio en estas circunstancias. Sin duda, su vulneración no sólo acarrearía graves consecuencias, sino que también indicaría la ausencia de un procedimiento de la determinación del interés superior del niño en el país expulsor, o, en caso de existir, la presencia de serias deficiencias en

³²⁵ ColDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 242.

³²⁶ *Ibidem*, numeral 10.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

su formulación o aplicación. Así, el Comité ha destacado la relevancia de efectuar previamente una evaluación seria sobre el peligro que supone una medida de devolución, que no sólo valore el riesgo sobre su libertad, sobre su integridad física o sobre su vida, sino que además tenga en cuenta condiciones socioeconómicas tales como la edad, el género y las consecuencias graves que pueden tener para los NNA, y la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios en el país de origen.³²⁷

La forma de implementar el criterio definido por el Comité en cuanto al retorno al país de origen de NNA no acompañados sólo podrá decidirse una vez ponderado el interés superior: “los argumentos no fundados en derechos —por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración— no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior”.³²⁸ Finalmente, los NNA han de ser plenamente informados y consultados. Sus opiniones, el tiempo que un NNA haya estado fuera de su país de origen y su edad son factores importantes en ese proceso.

B. NNA como refugiados

Los NNA son titulares del derecho de solicitar y recibir asilo y pueden, consecuentemente, presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados en calidad propia, se encuentren acompañados o no. Entre las causas por las que NNA pueden enfrentar persecución se encuentran el reclutamiento,

³²⁷ Comité de los Derechos del Niño, *Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General 6, 2005, párrs. 27-84.

³²⁸ *Ibidem*, párr. 86.

la trata y la mutilación genital femenina, así como el modo en que éstos pueden experimentar estas situaciones.³²⁹

El procedimiento de solicitud de protección internacional varía de Estado a Estado, pero la CoIDH ha establecido las obligaciones particulares del Estado receptor para con los NNA solicitantes de asilo.³³⁰

Permitir que los NNA puedan peticionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo;

No devolver al NNA a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, su libertad, su seguridad o su integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo y

Otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar.

En el sistema europeo también se han señalado garantías y deberes de protección respecto de niños no acompañados y con necesidades de protección internacional. Entre ellas, asegurar su representación con un tutor o, en caso necesario, mediante una organización que garantice su bienestar y medidas adecuadas de alojamiento, siguiendo el interés superior del niño y el principio de unidad familiar.³³¹ Estas garantías se amplían con la

³²⁹ CoIDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 80.

³³⁰ *Ibidem*, párr. 81.

³³¹ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011, *Normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas*

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

obligación de que el referido tutor esté presente durante la entrevista que sustancie su necesidad de protección internacional. Esto, con el fin de que informe al NNA no acompañado sobre el significado y las posibles consecuencias de la entrevista personal y, si procede, sobre la forma de prepararse para tal entrevista. Así, los Estados deben garantizar que un representante y/o un abogado u otro asesor jurídico facultado o autorizado para ejercer como tal conforme al derecho nacional esté presente en la entrevista y tenga la oportunidad de formular preguntas o alegaciones en el marco establecido por la persona que celebra la entrevista.³³²

con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, artículo 31.

³³² *Ibidem*, artículo 25.

CONCLUSIÓN

A pesar de los avances realizados en el campo de los derechos humanos, todavía no se ha producido una aplicación sistemática de leyes y políticas nacionales que protejan el acceso de NNA migrantes a sus derechos humanos. Los marcos legales revisados demuestran que las distintas legislaciones nacionales siguen sin estar a la altura de los estándares internacionales de protección legal. Esto implica que los Estados están dejando de cumplir con la legislación internacional en materia de derechos humanos respecto de la cual se han obligado.

De esta forma, la normativa internacional, universal y regional aún debe reflejarse e incorporarse de forma apropiada en las leyes, en las políticas y en los programas nacionales que afectan de forma directa las vidas de los NNA migrantes. Resulta, por lo tanto, necesario instaurar leyes nacionales que brinden garantías más completas para la protección de los derechos de estos NNA. Es preciso resaltar que, si bien los estándares internacionales son una herramienta útil en este proceso, la legislación nacional es fundamental, toda vez que es una forma más directa, rápida y efectiva en provocar cambios en la situación de grupos humanos tan vulnerables como estos NNA.

En la práctica, los NNA migrantes se enfrentan a muchas barreras para acceder y disfrutar de los derechos básicos que el ordenamiento internacional y las propias legislaciones les otorgan. Por ello, los Estados deben reformar sus leyes y políticas migratorias para garantizar el acceso de estos niños a derechos

CONCLUSIÓN

civiles, económicos, sociales y culturales, así como a servicios básicos. La interdependencia entre los derechos hace necesario un enfoque intersectorial en la legislación, en las políticas y en las prácticas en el contexto de la migración, con el fin de que se garantice el acceso de los NNA migrantes a todos los derechos que el ordenamiento internacional les confiere.

Algunas propuestas que pueden coadyuvar a minimizar las violaciones que sufren estos NNA en sus derechos humanos son: la sensibilización a la sociedad sobre los derechos de este colectivo; la difusión de sus derechos y ayudas disponibles; la elaboración de políticas públicas que incluyan expresamente a estos NNA en los programas dirigidos a proteger de la pobreza y la exclusión social; la adecuación de las leyes y políticas nacionales de control de la migración a los derechos del niño y los estándares internacionales; y la protección de la unidad familiar y el derecho a la vida familiar; entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

a) ARTÍCULOS Y LIBROS

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ALONSO SANZ, Lucía, *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Madrid, UCM, 2015.
- BARNES, Edward, “Slaves of New York: How Crime and Mismanaged Laws Have Made the City the Biggest Magnet for Chinese Illegals”, *Time* (New York, City), 2 de noviembre de 1998.
- BELOFF, Mary, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, *Justicia y Derechos del Niño*, 1, 1999.
- BONET PÉREZ, Jordi, “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., (coord.), *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, Madrid, Catarata, 2006.
- BUSTELO, E. (coord.), *Políticas de ajuste y grupos más vulnerables en América Latina*, Bogotá, UNICEF-FCE, 1986.
- CAESTECKER, Frank, *Alien Policy in Belgium, 1840-1940: The Creation of Guestworkers, Refugees and Illegal Aliens*, New York, Berghahn, 2000.
- CARMONA, Encarna, “La protección de categorías de personas especialmente vulnerables en el Derecho español”, *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 9, 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- CELESIA, Alberto, MORLACHETTI, Alejandro y LUNA, Matilde, *Manual sobre estándares internacionales de derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes*, Buenos Aires, RELAF, Save the Children y UNICEF, 2014.
- CORNEAL, Devon, “On the Way to Grandmother’s House: Is U.S. Immigration Policy More Dangerous Than the Big Bad Wolf for Unaccompanied Juvenile Aliens?”, *Penn State Law Review*, Vol. 109 (2004-2005).
- COTS, Jordi, “Los derechos humanos del niño”, en MARZAL, A., (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Barcelona: Bosh, 1999.
- CRAWLEY, I., “Child First”, *Migrant Second: Ensuring that Every Child Matters*, Londres, ILPA, 2006.
- CRENSHAW, Kimberle, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, Volume 1989, Issue 1.
- CHOLEWINSKI, Ryszard, GUCHTENEIRE, Paul de, PECOUD, Antoine, *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers’ Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, UNESCO, 2010.
- SPENER, David, *Clandestine Crossings: Migrants and Coyotes on the Texas-Mexico Border*, Ithaca, Cornell University Press, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, “La legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación irregular”, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fé de Bogotá, Colombia, Forum Pacis, 1994.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América La-

BIBLIOGRAFÍA

- tina”, en PÉREZ CONTRERAS, María Montserrat y MACÍAS VÁZQUEZ, Ma. Carmen (coord.), *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.
- GUILD, Elspeth, “Who is an Irregular Migrant?”, en BOGUSZ, Barbara *al.* (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International*, The Netherlands, Martinus Nijhoof Publishers, 2004.
- GUIMONT, A., *Le droit a l'éducation des enfants migrants*, Ginebra, OACDH, 2007
- HIERRO, Liborio, “Los derechos humanos del niño”, en MARZAL, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona, Bosch-ESADE, 1999.
- Instituto de Políticas Publicas en Derechos Humanos del Mercosur, *La implementación de los acuerdos del Mercosur relativos a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes Migrantes. Estudios e investigaciones. Diagnostico y lineamientos para la acción*, Buenos Aires, IPPDH, 2012.
- KARIYAWASAM, Prasad, “La Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, trad. del inglés de Fernando M. Mariño Menéndez, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., (coord.), *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, Madrid, Catarata, 2006.
- KOSER, Khalid, *Irregular Migration, State Security and Human Security*, Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, septiembre de 2005.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, “Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Dere-*

BIBLIOGRAFÍA

- cho Europeo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Chile, Universidad de, 2005.
- NGAI, Mae M., “The Strange Career of the Illegal Alien: Immigration Restriction and Deportation Policy in the United States, 1921-1965”, *Law and History Review*, vol. 21, 1.
- No place for a child campaign, *Alternatives to immigration detention of families and children. discussion paper by John Bercow MP, Lord Dubs and Evan Harris MP for the All Party Parliamentary Groups on Children and Refugees*, London, 2006.
- OIM, *Glosario sobre migración*, Ginebra, OIM, 2006.
- ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, “La perpetuación histórica de la migración irregular en Europa: leyes y políticas migratorias restrictivas, ineficaces, demagógicas y estandarizadas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014.
- ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *Los derechos humanos de los migrantes irregulares en el derecho internacional y la práctica americana y europea*, vol. 2, Saarbrücken, Alemania, Publicia, 2014.
- PASPALANOVA, Mila, “Undocumented v. Illegal Migrant: Towards Terminological Coherence”, *Migraciones Internacionales*, vol. 4, 3, 2008.
- PICUM, *Acceso a la asistencia sanitaria para migrantes indocumentados en Europa*, Bruselas, PICUM, 2007.
- PICUM, *Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración*, Bruselas, PICUM, 2008
- PICUM, *Niños primero y ante todo*, Bruselas, PICUM, 2013.

BIBLIOGRAFÍA

- REY, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 84, 2008.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Munich, Beck, 1992.
- ROZZI E., “Minori stranieri e comunitari accompagnati da genitori irregolari: quali diritti?”, *Minori giustizia*, vol. 3, 2008.
- SAAVEDRA, Pablo, “Algunas consideraciones sobre la Relatoría de Trabajadores Migrantes y Miembros de sus familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 29, 1999.
- SEPER, Jerry, “Illegal criminal aliens abound in the US”, *The Washington Times*, 26 de enero de 2004, A01.
- TOUZENIS, Kristina, “Human Rights of Migrant Children”, *International Migration Law*, vol. 15, 2008.
- Unión Interparlamentaria, *Protección de la niñez y la adolescencia*, Manual para parlamentarios 7, Suiza, SRO-Kundig, 2008
- URIBE ARZATE, E., y GONZÁLEZ CHÁVEZ, L., “La protección jurídica de las personas vulnerables”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 27, 2007.
- VERDUGO, Miguel Ángel y Soler-Sala, Víctor (eds.), *La Convención sobre los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996.
- VESTRI, Gabriele y GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Los menores de edad migrantes no acompañados y sus exigencias jurídicas. Un diálogo entre España y México*, Sevilla, Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados, Universidad Pablo de Olavide, 2012.
- VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2006.

BIBLIOGRAFÍA

b) JURISPRUDENCIA

1. Corte Europea de Derechos Humanos

Conka v. Bélgica, demanda 51564/1999, sentencia del 5 de febrero de 2002.

Rodríguez da Silva vs. Holanda, Demanda 50435/99, sentencia del 31 de enero de 2006.

Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica, demanda no. 13178/03, sentencia del 12 de octubre de 2006.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

i. Casos contenciosos

Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo, sentencia del 19 de noviembre de 1999.

Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de febrero de 2001.

Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2001.

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de julio de 2004.

Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004.

Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2005.

Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, fondo, reparaciones y costas, 8 del septiembre de 2005.

BIBLIOGRAFÍA

- Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006.
- Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012.
- Caso Bulacio vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 18 de septiembre de 2003
- Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2009.
- Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. sentencia del 25 de mayo de 2010
- Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010.
- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010.
- Caso Vélez Loo vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010.
- Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011.
- Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2011.
- Caso Forneron e hija vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de abril de 2012.
- Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2012.
- Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, fondo reparaciones y costas. sentencia del 24 de octubre de 2012.

BIBLIOGRAFÍA

Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2013.

ii. Opiniones consultivas

“Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC- 1/82, 24 de septiembre de 1982.

Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva 16/1999, 1 de octubre de 1999.

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002.

Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva 18/2003, 17 de septiembre de 2003.

Derechos y garantías de las niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva 21/2014, 19 de agosto de 2014.

3. Tribunales constitucionales

i. Guatemala

Expediente 1601-2011, 16 de enero de 2011, considerando II.corte de Constitucionalidad en Guatemala, Expediente 2317-2012, 17 de octubre de 2012, considerando III.

ii. Argentina

Corte Suprema Argentina, Antinao, Celia c/Di Cristóforo, Marcelo Ariel Dapuzeto, Gabriela Noemí s/incidente de restitución en autos: “Antinao, J. A. s/ sumario”, 501/2003.

BIBLIOGRAFÍA

G., J. S. s/ *Violencia Familiar*, expte. 364 - Año 2014 CAT, sentencia del 12/02/2015.

iii. Chile

Fallo 2.309-2015, 19 de febrero de 2015, Segunda Sala, considerando 7o.

Fallo: 5276-2015, 23 de abril de 2015, Segunda Sala, considerando 4.

c) *SOFT LAW*

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

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

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados

Directrices sobre criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo, 26 de febrero de 1999.
Directrices para la determinación del interés superior del menor, Ginebra, ACNUR, 2008.

Asamblea General de la ONU

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990.

Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, Resolución 64/142, 18 de diciembre de 2009.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa

Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para niños no acompañados solicitantes de asilo, 28 de abril de 2005.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Informe sobre la visita del Grupo de Trabajo al Reino Unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 de diciembre de 1998.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

Discriminación contra los no ciudadanos, Recomendación General 30, 2004.

Comisión Africana de Derechos Humanos

Situación de los migrantes en África, Resolución 333, 25 de febrero de 2016.

Comisión Europea

Child Poverty and Well-Being in the EU, Luxemburgo, Oficina para las Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1996, OEA/Ser.L/V/II.95, 14 de marzo de 1997.

Informe sobre inmigración en Estados Unidos. Detención y debido proceso, OEA/ Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010.

Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias

Observaciones Finales. México, CMW/C/MEX/CO/01, 8 de diciembre de 2006.

Trabajadores domésticos migratorios, Observación General 1, 23 de febrero de 2011.

BIBLIOGRAFÍA

Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, Observación General 2, 28 de agosto de 2013.

Comité de Derechos del Niño

La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, Observación General 15, 1986.

La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General 4, CRC/GC/2003/4, julio de 2003.

Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General 5, 2003.

Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Observación General 6, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6, 2005.

Realización de los derechos del niño en la primera infancia, Observación General 7, CRC/C/GC/7, noviembre de 2005.

Los derechos del niño en la justicia de menores, Observación General 10, 25 de abril de 2007, CRC/C/GC/10.

Derecho del niño a ser escuchado, Observación General 12, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

Background Paper, Día de Discusión General sobre los Derechos de todos los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración, septiembre de 2012.

El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Observación General 14, 2013.

Consejo de Derechos Humanos

Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, 25 de febrero de 2008, A/HRC/7/12.

BIBLIOGRAFÍA

Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. Misión a los Estados Unidos de América, 5 de marzo de 2008, A/HRC/7/12/Add.2.

Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, 14 de mayo de 2009, A/HRC/11/7.

Informe de Relator Especial de Derechos Humanos de los Migrantes, A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012

Fondo de Naciones Unidas para la Infancia

A Child's Rights Approach on International Migration and Trafficking: a UNICEF Perspective, Informe presentado en la Tercera Reunión de Coordinación sobre Migración Internacional, Nueva York, 27-28 de octubre de 2004.

Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe, Lanús, UNICEF, 2009.

Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y el Caribe. Solicitud de Opinión consultiva sobre niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Buenos Aires, UNICEF, 2013.

Organización Internacional del Trabajo

Manual para Inspectores: Combatiendo las peores formas de trabajo infantil, San José, OIT, 2003.

Parlamento Europeo

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

BIBLIOGRAFÍA

Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, 2001.

Secretaría General de la OEA

Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, Washington, D. C., OEA, 1973.

El Tema Migratorio en la OEA. Fortalecimiento de las Capacidades Nacionales para la Gestión de la Migración Internacional, CEPAL-CELADE, 8 de septiembre de 2010.

Estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en septiembre de 2017 en los talleres de GVG GRUPO GRÁFICO, S. A. de C. V., Leandro Valle núm. 14-C, colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, C. P. 06010, Ciudad de México. La edición consta de 2,000 ejemplares.

