



Migración y derechos de la infancia

Los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes afectados por la migración están protegidos por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) así como por el conjunto de tratados internacionales de derechos humanos. Estos tratados deben ser cabalmente cumplidos por los Estados Parte, independientemente del estatus migratorio del niño, su origen, su nacionalidad o su edad.

Estos tratados internacionales establecen principios jurídicos para garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes, que deben ser observados por los Estados Parte y tomados en cuenta para el diseño de políticas públicas, programas y en todas las acciones relacionadas con la migración y la infancia.

Cuadro 1. Instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos de la infancia en el contexto de la migración

Convención sobre los Derechos del Niño	Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989
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	Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares	Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990
Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994	Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de marzo de 1994
Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños	Entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003
Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire	Entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951	Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de julio de 1951
Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados	Entrada en vigor el 4 de octubre de 1967

PRINCIPIOS JURÍDICOS

- Principio de interés superior del niño
- Principio de no discriminación
- Derecho a la participación
- El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo
- Principio de unidad familiar
- Derecho a la protección contra la violencia
- Principio de no devolución
- Garantía del debido proceso

5.1 Principios jurídicos para garantizar los derechos de la infancia

Principio de interés superior del niño

De acuerdo con el artículo 3 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”.

El interés superior del niño es uno de los principios generales de la CDN. Enfatiza la condición del niño como sujeto con opiniones y sentimientos propios, derechos civiles y políticos, a la vez que como beneficiario de protecciones especiales. La determinación del interés superior del niño debe hacerse en un plazo corto o largo, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso, y el Estado no puede subordinarlo a las prácticas culturales imperantes en el país, ni utilizar éstas como argumento para negar al niño los derechos garantizados por la Convención.

En el contexto de la migración el interés superior del niño también debe estar en el fundamento de la toma de decisiones concernientes a los niños, las niñas y los adolescentes, de manera que todos sus derechos sean garantizados independientemente de su nacionalidad o el estatus migratorio propio o el de sus padres.⁸

Principio de no discriminación

Este principio obliga al Estado a respetar y garantizar los derechos de cada niño sujeto a su jurisdicción, independientemente de la raza, 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 del niño, de sus padres o de sus representantes legales (artículo 2 de la CDN). Así, el Estado debe tomar las medidas necesarias para proteger a los niños y las niñas contra toda forma de discriminación.

Derecho a la participación

El derecho a la participación está compuesto por el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan (párrafo 1 del artículo 12 de la Convención), el derecho a la información (artículo 13 y 17), a la asociación y la reunión, así como a participar en los procedimientos que le conciernen.

Los Estados Parte deben garantizar condiciones para que los niños expresen opiniones teniendo en cuenta la situación individual y social de cada uno, y en un entorno donde el niño se sienta respetado y seguro para opinar.⁹ Este derecho exige que los responsables de escuchar al niño o la niña le informen de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse, así como de sus consecuencias. El derecho a la información es, pues, fundamental para que los niños puedan tomar las decisiones que más les convengan.¹⁰

El artículo 12 de la Convención estipula que no basta con escuchar al niño; cuando éste sea capaz de formarse un juicio, sus opiniones tienen que ser tomadas en cuenta con la debida seriedad. De esta manera, el artículo 12 establece claramente que la edad de un niño no puede determinar la importancia de sus opiniones. En este sentido, es necesario tener en cuenta su madurez, es decir su capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado.¹¹ En otras palabras, los niveles de comprensión de los niños y las niñas no necesariamente se corresponden con su edad; por ese motivo, sus opiniones deben evaluarse mediante un examen.¹²

En el caso de procedimientos judiciales o administrativos migratorios, el niño debe tener la oportunidad de ser escuchado cuando se deban tomar decisiones que le afecten. De acuerdo con el Comité de Derechos del Niño no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil,

insensible o inadecuado para su edad. Por esa razón, los oficiales migratorios o funcionarios públicos que tengan contacto con niños deben estar capacitados para entablar una comunicación adecuada con ellos, contar con procedimientos accesibles y apropiados y con recursos para comunicarse con los niños en su propio idioma, así como tener una vestimenta que no los intimide.¹³

El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo

Otro de los principios generales de la CDN es el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a la vida, la supervivencia y el desarrollo, incluido el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social (artículo 6).

El artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que “[t]odo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, la expresión “el derecho a la vida” no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas, como por ejemplo, las dirigidas a disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida.¹⁴

Asegurar el desarrollo del niño no consiste únicamente en prepararlo para la vida adulta, sino también en proporcionarle las condiciones óptimas para vivir su infancia. Muchas de las disposiciones de la Convención, en particular aquellas relacionadas con la salud, un nivel de vida adecuado, la educación, el ocio y el juego (artículos 24, 27, 28, 29 y 31), son importantes para garantizar el máximo desarrollo del niño, e involucran a los padres y a la familia. Por esta razón, el Estado tiene la obligación de apoyarlos y brindarles protección contra la violencia y la explotación.¹⁵ Así pues, según el Comité de los Derechos del Niño, el desarrollo del niño es un concepto transversal, que está implícito en toda la Convención.

Algunas situaciones asociadas a la migración, como por ejemplo la separación de la familia, la trata, el tráfico de personas o la explotación laboral, no solamente afectan el desarrollo de los niños, sino también los deja desprotegidos e, incluso, ponen en riesgo su vida.

Principio de unidad familiar

El preámbulo de la CDN afirma que la familia es el “medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”. En este sentido, reconoce que “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, [el niño] debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.¹⁶

La familia es el primer entorno de protección de derechos de los niños, pues en su seno se sientan las bases para su pleno desarrollo emocional, físico, cognitivo y social; por ello, el Estado debe protegerla.

El artículo 9 de la CDN consagra dos principios fundamentales relacionados con la unidad familiar. En primer lugar, establece que el niño o la niña debe permanecer con sus padres, excepto cuando dicha permanencia sea contraria al interés superior del niño. En segundo lugar, reconoce el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres. Cuando la separación del niño de uno o de ambos padres sea resultado de una decisión del Estado (por ejemplo, en caso de expulsión o encarcelamiento de los padres), éste tiene la obligación de proporcionar información básica acerca del paradero de los demás miembros de la familia.

El cumplimiento del principio de unidad familiar está en juego durante el proceso migratorio ya que el cambio de residencia de cualquier miembro de la familia puede ser sinónimo de separación familiar.

Derecho a la protección contra la violencia

Los niños y las niñas se encuentran en una etapa de desarrollo que frecuentemente los coloca ante



situaciones en las que son particularmente vulnerables. Por esta razón deben ser protegidos contra todas aquellas situaciones que pueden violentar sus derechos fundamentales.

El artículo 19 de la CDN protege al niño contra “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental” mientras se encuentre bajo la custodia de sus padres u otras personas encargadas de su cuidado, con lo que reafirma el derecho fundamental del niño al respeto de su dignidad y a la integridad física y personal. Lo establecido en este artículo está relacionado con el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo en la máxima medida posible (artículo 6 de la CDN). En cumplimiento de lo establecido en este derecho, los Estados deben adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de violencia.¹⁷

Las niñas y los niños afectados por la migración con frecuencia se encuentran desprotegidos. Por una parte, se ven separados de sus familias, y por otra, si no cuentan con documentos de identidad, no pueden gozar cabalmente de derechos sociales y humanos que el Estado debe brindar. Asimismo, el estatus migratorio del niño o de sus padres también puede vulnerar el derecho a la protección ya que es muy común que las personas que no tienen permisos migratorios en regla sean privadas de protección y asistencia social.

Principio de no devolución

En cumplimiento de las obligaciones resultantes de la CDN, y particularmente en atención al principio de no devolución, “el Estado no trasladará al niño, la niña o el adolescente a un país donde haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable que los afecte, como por ejemplo, tortura, tratos degradantes y privación de libertad.”¹⁸

Así, el Comité establece que: “[l]as obligaciones antedichas de no devolución son aplicables con independencia de que las violaciones graves de los derechos garantizados por la Convención sean



© UNICEF México/Sebastián Belustegui

imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción. La evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género (*sic*) y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios.”¹⁹

Garantía del debido proceso

De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acción del Estado que pueda afectarlos. Los órganos estatales involucrados en un proceso, ya sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, deben respetar el debido proceso legal.

La CIDH considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. “El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.”²⁰

Asimismo, la CIDH establece que “[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”²¹

Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial cuando una persona corre el riesgo de ser deportada, expulsada o privada de su libertad por acudir a instancias administrativas o judiciales y cuando se le niega la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer sus derechos en juicio.”²²

