

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución de los sistemas de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes y solicitantes de asilo

*Ricardo A. Ortega Soriano**
*Diana Mora López***

Artículo 13.

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

INTRODUCCIÓN

En el marco del 70 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, más allá de reconocer el valor que dicho

* Doctor en Derecho. Académico investigador de tiempo completo por la Universidad Iberoamericana Ciudad de México. Consultor jurídico de la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia. Integrante del Grupo de Investigadores en Derechos Económicos, Sociales y Culturales que funciona al amparo del Programa UNAM-DEGAPA-PAPIIT IG400216, Derechos Sociales y Justicia Social. Investigador Nacional Nivel 1 del SNI-CONACYT.

** Licenciada en derecho. Consultora independiente en temas de género y derechos de niñas, niños y adolescentes.

instrumento ha tenido para el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que por supuesto valoramos y reconocemos, nos ha parecido de enorme importancia desarrollar una revisión crítica que nos permita comprender aquellos aspectos que continúan vigentes como preocupaciones fundamentales de la comunidad internacional para el acceso y disfrute de los derechos reconocidos en dicho instrumento, o bien que, frente a la aparición de nuevos retos y dificultades que se sitúan como obstáculos para que las personas puedan acceder a tales prerrogativas en virtud de la complejidad a la que se enfrenta la sociedad contemporánea, reclamarían otro tipo de lecturas y abordajes novedosos para asegurar la vigencia de los postulados de protección a las personas que inspiraron tales instrumentos.

En función de lo anterior, el presente artículo presentará en principio, y para situar el debate, un planteamiento básico y panorámico sobre la importancia del derecho de circulación y residencia en los contextos de la movilidad humana a lo largo de la historia, posteriormente se intentarán rastrear algunas de las premisas básicas que inspiraron el desarrollo del artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para comprender sus motivaciones fundamentales, para finalmente abordar la compleja y dolorosa problemática que enfrentan niñas, niños y adolescentes migrantes, principalmente aquellos que viajan solos o no, aspecto que nos permitirá ilustrar algunos de los principales desafíos para el desarrollo de los derechos humanos frente a la complejidad de las dinámicas y contextos particulares que envuelven los fenómenos migratorios contemporáneos.

1. La movilidad humana a lo largo de la historia

Así las cosas, y sin pretender realizar un análisis de tipo histórico de carácter muy profundo, valga como reflexión inicial la necesidad de recordar que los movimientos migratorios han sido parte fundamental de la construcción de la historia de la humanidad y forman una parte cotidiana del desarrollo de las distintas sociedades. Desde esta perspectiva, es importante no perder de vista que la movilidad humana es un fenómeno que ha acompañado al ser humano a lo largo de su devenir, y por tanto, resulta fun-

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

damental resistir la tentación de asociar al fenómeno migratorio con un calificativo de carácter negativo, cómo de pronto pareciera suceder en estos tiempos. A lo largo de la historia, pues, poblaciones enteras se han desplazado de un sitio a otro para asentarse o para obtener los recursos que les resultan necesarios para su supervivencia, primero como sociedades nómadas, pero a posteriormente, y a pesar del establecimiento de sociedades sedentarias, los flujos migratorios no han cesado, respondiendo a motivaciones diferenciadas en contextos diversos, por lo que las aproximaciones a este fenómeno han variado a lo largo del tiempo, generándose en la actualidad, interesantes reflexiones sobre la situación de la movilidad humana en los contextos contemporáneos de la sociedad.

De esta manera, uno de los aspectos que parecerían encontrarse presentes en los debates relativos a la movilidad humana se relaciona con el papel de la autonomía de las personas para decidir sobre sus propios desplazamientos, el lugar de residencia, e incluso la nacionalidad que desean tener, reflexiones que por supuesto han estado ligadas desde tiempos remotos al significado mismo de la libertad. Por ejemplo, se pueden encontrar reflexiones en torno a la libertad de movimiento en escritos de filosofía griega relativos al derecho natural¹. En el Imperio Romano estas discusiones no serían menores debido a que más del noventa por ciento de su población llegó a ser de origen extranjero.² En ese sentido, algunas reflexiones relativas al papel y alcance de la libertad se han asociado, de alguna manera con la libertad de movimiento.

Las reflexiones asociadas con la movilidad humana que se han presentado a lo largo de la historia, por supuesto son bastas, y exceden el alcance del propósito del presente texto. Baste decir que, sobre este tópico, se han planteado posturas, diversas y antagónicas, tanto como la cantidad de intereses que pueden visuali-

¹ McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty*. En *Melbourne Journal of International Law*. Vol.12. p. 6

² McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty*. En *Melbourne Journal of International Law*. Vol.12 p. 6

zarse en relación con la posibilidad de que la gente pueda migrar de un país a otro, es decir, con la posibilidad o no de reconocer a las personas una amplia o limitada libertad de movimiento.

Por ejemplo, en los siglos xvii y xviii, una de las discusiones más importantes respecto a este tema era la posibilidad de emigrar o expatriarse en relación con la lealtad y las obligaciones que cualquier ciudadano debería tener con su propio país³, paralelo a esas discusiones se encontraba por otra parte en el ámbito internacional, una defensa a ultranza de la emigración como parte de un derecho natural que buscaba legitimar el traslado de mano de obra barata de países orientales hacia Europa occidental o América del Norte⁴. Otro caso interesante se relaciona con el alegado derecho u obligación a que otra población recibiera a quien deseara inmigrar, aspecto que fue defendido durante la colonia española, con la intención de legitimar el traslado masivo de españoles a América⁵.

Naturalmente, esta discusión tuvo un enorme eco en el ámbito internacional, en un inicio con una gran influencia los textos de Hugo Grocio y el mismo Francisco de Vittoria⁶. En general, se puede decir que el derecho internacional ha dado pasos más tenues y meticulosos respecto a los alcances que tiene la libertad de movimiento⁷. Desde luego, que los debates sobre el alcance de las libertades en el contexto de la movilidad humana ofrecen

³ Estas ideas surgen de filósofos como Emmerich de Vattel, Jean Jacques Rousseau y John Locke

⁴ McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty*. En Melbourne Journal of International Law. Vol.12. pp. 10 y 11

⁵ Específicamente Francisco de Vitoria realiza esta defensa a la libertad de movimiento, desde la obligación que tiene la nación o territorio que recibe, en el contexto de la migración de españoles hacia las tierras de las Américas.

⁶ McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty*. En Melbourne Journal of International Law. Vol.12. P. 7.

⁷ McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty*. En Melbourne Journal of International Law. Vol.12. 21

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

un amplio repertorio de ideas y contextos para la discusión, sin embargo, nuestro interés para los efectos del presente estudio, sólo se relaciona con poner de manifiesto la relevancia histórica del tema, la posibilidad de rastrear un debate permanente sobre el mismo, y finalmente, el carácter problemático del mismo en el marco del desarrollo del derecho internacional, todo ello como un preámbulo inicial para comprender el contexto en el que se suscribió la Declaración Universal de los Derechos Humanos en relación con este tema. Como observaremos más adelante, incluso cuando se observan las discusiones alrededor de los trabajos preparatorios de la referida Declaración Universal es posible identificar la enorme cautela y dificultades para definir los alcances del artículo 13 de dicho instrumento, teniendo en mente, por un lado, la importancia de respetar la soberanía de las naciones, y por el otro, las pretensiones de consolidar un instrumento internacional que fijara los estándares elementales de respeto y protección a cualquier persona.

1.1. Las preocupaciones detrás de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 13

Entender el contexto que se encuentra detrás de la preocupación y defensa por incluir la libertad de movimiento de las personas en el articulado de la Declaración Universal resulta clave para un análisis de fondo sobre este derecho. Como es bien sabido (aunque por ahora no vale la pena detenerse demasiado ahí), la Declaración Universal tiene como antecedentes inmediatos las dos guerras mundiales, y con ellas, las terribles masacres y masivas violaciones a derechos humanos que sufrieron poblaciones enteras en este contexto. Bajo la lupa de los sucesos ocurridos, muchas de las discusiones en torno a distintos artículos de esta Declaración buscaban blindar las posibilidades de que esto pudiera ocurrir nuevamente, es decir, asegurar la mayor protección a las personas de forma tal que los Estados no pudieran vulnerar dicha esfera de derechos.

En ese mismo sentido se encontraban las preocupaciones de los Estados que buscaban cláusulas que ampliaran la libertad de movimiento y que fueran el punto de partida para que, en algún

momento, pudieran reconocer la libertad de movimiento sin la existencia de limitaciones arbitrarias como parte de las obligaciones de los Estados.

En este marco, resulta posible apreciar ya en el contexto de las deliberaciones que se desarrollaron a propósito de los trabajos preparatorios de la Declaración Universal la manera en que constantemente aparecen las referencias al nacionalsocialismo como ejemplo de todo aquello que debe ser abatido a través de los principios que la Declaración enuncia. Particularmente, en lo que se refiere al ámbito de la libertad de las personas, el régimen Nazi tenía como práctica la reubicación forzosa y restricciones de movimiento, así como privación de la libertad⁸. De ahí que las reivindicaciones a la libertad de movimiento como herramienta para oponerse y enfrentar regímenes como el Nazi en Alemania⁹ como la que fue impulsada por Costa Rica, pueda ser considerada como un ejemplo del contexto en que se desarrollaría el debate a propósito de la Declaración Universal.

Así, la lucha por la libertad de movimiento, tanto en el plano interno (dentro del Estado) como en su vertiente externa (que se desarrolla de un Estado a otro) refrenda la idea que reconoce el derecho de toda persona para decidir salir de un lugar, ya sea por el sólo deseo de desarrollar un proyecto de vida en algún lugar distinto a aquel en donde se reside, o en casos más dramáticos, como una alternativa para abandonar un lugar en donde, por ejemplo, no existan las posibilidades para estudiar, tener una familia, casarse, o bien, debido al contexto imperante la vida, la libertad o la integridad, por ejemplo, se encuentren en peligro, o bien porque existan violaciones generalizadas a los derechos humanos.

⁸ ONU. *Trabajos Preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Cambridge University. 2013. También puede verse McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty*. En *Melbourne Journal of International Law*. Vol.12. pp. 21, 25

⁹ ONU. *Trabajos Preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Cambridge University. 2013; McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty*. En *Melbourne Journal of International Law*. Vol.12. pp. 22.

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

A propósito de las discusiones anteriormente referidas, Estados como Francia e Inglaterra eran firmes al considerar que la garantía de la libre circulación debería revisar los motivos de discriminación que inclinan a las personas a salir de sus países, pero también los problemas de discriminación que pueden vivir en sus lugares de destino, incluso los medios que estos grupos en situación de vulnerabilidad pueden utilizar para llevar a cabo su migración.¹⁰

Como se puede ver, la preocupación por la libertad de movimiento reconocía una serie de dimensiones de carácter complejo que podían eventualmente afectar y constituir un obstáculo serio a la posibilidad para que las personas pudieran ejercer este derecho. Ahora bien, así como es posible identificar preocupaciones compartidas sobre el alcance de este derecho, también es posible advertir algunos puntos de tensión en donde existían desacuerdos profundos e importantes. Tales preocupaciones particularmente se encontraban (y a la fecha parece que subsisten) en la determinación sobre las restricciones o límites que deberían considerarse al respecto tanto en materia de inmigración como de emigración, y en donde el argumento de la soberanía estatal era el punto de partida.

En efecto, parece ser que para los Estados existía un acuerdo claro en reconocer la libertad de circulación siempre que se reconocieran y respetaran las reglas y condiciones que los propios Estados establecían para permitir la entrada de personas migrantes, e incluso la salida de los ciudadanos de su propio territorio. De esta manera, parecería ser que el acuerdo asociado con las restricciones a la libertad de circulación se relacionaba más con un reconocimiento a la validez de las leyes nacionales, aspecto que entraba en tensión cuando tales restricciones se analizaban a la luz de los principios de la Declaración Universal.

En este marco, desde las primeras versiones presentadas en el marco de los *trabajos preparatorios* se propusieron la seguridad y orden público como restricciones para salir del país y entrar a otro. Sin embargo, aunque en términos generales y bajo el principio de soberanía lo anterior parecía adecuado, algunos países como Reino Unido mostraban preocupación respecto a la mane-

¹⁰ ONU. *Trabajos Preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Cambridge University. 2013, pp. 1070, 1071 y 1072.

ra en que estos dos conceptos: *seguridad y orden público* podrían ser interpretados por los Estados, ya que tales conceptos podrían convertirse en limitaciones arbitrarias contrarias al ejercicio de diversos derechos, y nuevamente se hacía referencia a lo sucedido con el régimen Nazi¹¹.

Otra de las discusiones que tuvieron lugar en el marco de la libertad de movimiento y la soberanía fue el principio de reciprocidad en relación con las obligaciones que tendría un Estado para admitir a un extranjero en su país y/u otorgarle nacionalidad a alguien expatriado. La defensa a esta postura fue bastante ligera y no duró más que una sesión por el poco apoyo que tuvo de los Estados al considerar que no existían las facultades para obligar en esa medida a los Estados y que podrían violar la soberanía de estos a emitir sus propias leyes.¹²

Fue así como se impulsó la idea de un texto que pudiera plasmar de manera clara y sencilla la aspiración de libertad de toda persona, dejando de lado las restricciones que, por otro lado, deberían ser tratadas en las convenciones de carácter vinculante para los Estados, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que fue discutido casi de manera paralela. Asimismo, las discusiones en torno al asilo, refugio y la nacionalidad fueron colocados en apartados independientes en los artículos 14 y 15 de la Declaración Universal. Así, el texto final del artículo 13 se puede leer como sigue:

Artículo 13.

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

¹¹ ONU. *Trabajos Preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Cambridge University. 2013, p. 855; McAdam, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty*. En *Melbourne Journal of International Law*. Vol.12, pp. 25.

¹² Borg, Erika. *The politics of Human Rights an analysis of articles 13, 14 and 15 found in the Universal Declaration of Human Rights, 19148 and other conventions which contribute to the Development*. En *The politics of Human Rights*. Diciembre 2, 2013, pp. 7

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

1.2. Desarrollo general de la libertad de movimiento y residencia

La libertad de movimiento (circulación) y residencia se ha desarrollado a nivel internacional en una serie de instrumentos universales y regionales que buscan concretar lo enunciado en los dos renglones plasmados en el texto del artículo 13 de la Declaración Universal. Este derecho se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 12 (libertad de movimiento) y 13 (motivos de expulsión de una persona extranjera), Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (artículo 5, inciso d, i.,ii. y iii.). A nivel regional se pueden encontrar el Protocolo No. 4. al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 2.- libertad de circulación, y 4.- expulsión colectiva de extranjeros); Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 22); Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 12); Carta Árabe sobre los derechos Humanos (artículos 26 y 27), Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (artículo 15), entre otros.

Asimismo, este derecho ha sido analizado y robustecido a partir de pronunciamientos de organismos internacionales y regionales que han establecido estándares que dan contenido a las obligaciones del Estado en el marco de este derecho¹³. En ese mismo sentido se pueden encontrar sentencias de cortes regio-

¹³ Un ejemplo es el documento *Movilidad Humana Estándares Interamericanos* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2015 que recopila los estándares que dan contenido a los derechos asociados a la migración en América. Asimismo, se encuentran las diversas opiniones consultivas que la Corte Interamericana ha realizado como *Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121 y 122*; y *Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 143.* ; o la *Corte IDH. 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. Serie A No. 16, párrs. 127 y 129*;

nales en donde se analizan los alcances de éste.¹⁴ Por último se encuentran las resoluciones emitidas por organismos especializados de Naciones Unidas en materia de migración como la Comisión Internacional de Migración de las Naciones Unidas, o incluso en materia de refugiados la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Si bien es cierto que los distintos instrumentos tienen alcances jurídicos de distinto tipo en relación con el carácter vinculante de las obligaciones que pudiesen generar hacia los Estados, también lo es que para entender el desarrollo y ámbito de protección de las personas migrantes en relación con el artículo 13 de la Declaración Universal es indispensable hacer una lectura integral y sistemática de todas estas fuentes de derecho internacional que permitan dar contenido y delimitar los posibles alcances de este derecho, sobre todo porque el desarrollo de todo este material a lo largo del tiempo ha especificado e interpretado el mismo a la luz de las distintas realidades regionales y contextuales que siguen dando pie a los obstáculos para un ejercicio pleno.¹⁵

Es necesario reconocer que el alcance y protección de este derecho no ha sido homogéneo en todo el mundo, ni en diferentes momentos históricos. Cada región ha desarrollado interpretaciones distintas que restringen o amplían la libertad de movimiento,

¹⁴ En el caso de América, la Corte Interamericana ha dictado diversas sentencias asociadas al tema del desplazamiento forzado que, si bien en muchas se refieren a migración interna, en éstas ha realizado la interpretación de los artículos relacionados a la libertad de movimiento. La Corte Interamericana no tiene competencia para interpretar de manera directa la Declaración Universal, sin embargo, la Declaración representa parte del *corpus iuris* que protege el derecho a la libertad de circulación o movimiento. Un ejemplo de estas sentencias son Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218; Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, entre otras.

¹⁵ Se puede revisar el alcance de estos documentos en Castillo Daudí, Mireya. *Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional*. En Revista electrónica de estudios internacionales. 2016, páginas 5 a 14.

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

y por tanto las obligaciones estatales asociadas con este derecho. En este sentido, no debemos olvidar la existencia de acuerdos multilaterales y bilaterales que los Estados han realizado entre sí para controlar y regular la migración¹⁶ y que desde luego también impactan las perspectivas de desarrollo del derecho en cuestión.

Por lo tanto, a pesar de la perspectiva universal que la Declaración ha pretendido imprimir a este derecho, lo cierto es que la complejidad del fenómeno migratorio nos debería conducir a llevar a cabo una lectura de este derecho que, por un lado, resulte acorde con los principios que fueron plasmados en la Declaración, pero por el otro, que sea capaz de tener en cuenta las especificidades que se desprenden de la complejidad y desarrollo de cada región, pero también de los flujos de migración y los motivos de éstas. Las razones que orillan a las personas a ejercer su derecho a circular y a trasladarse de un país a otro pueden ser muy diversas, desde motivos asociados con el desarrollo de un proyecto de vida, que podría incluir aspectos académicos, de relaciones interpersonales o familiares, hasta aspectos sumamente complejos en donde la migración sea la única opción viable para poder preservar la integridad e incluso la vida.

Estas razones ya se encontraban presentes en las discusiones relativas con la elaboración de la Declaración Universal, sin embargo, resulta fundamental comprender este derecho a la luz del contexto actual, comprendiendo el paso del tiempo e identificando a las poblaciones que se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad, marginación o exclusión, ya que ello nos permitirá identificar con mayor claridad cuáles son los principales retos que enfrenta este derecho de cara al futuro.

¹⁶ Tanto la Comisión Mundial para las Migraciones Internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han hecho notar que existe una disparidad fuerte entre los principios del marco jurídico internacional y la legislación, políticas y prácticas internas que aplica cada país. Véase Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales. *Migration in an interconnected World: Directions for Action*. Ginebra, 2005, pp. 15 y CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OAS. 2015, pp. 15

1.3. El artículo 13 desde la compleja perspectiva de la migración forzada

A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos las discusiones en torno a la migración no han perdido vigencia. Si bien el contexto ha cambiado mucho —desde el hecho que ya no nos encontramos frente al escenario de la postguerra de aquel momento— la actualidad no ha dejado de ser preocupante en la medida a que nos enfrentamos a escenarios migratorios cada vez más complejos y riesgosos¹⁷ como las caravanas migrantes de poblaciones que se ven forzadas a dejar sus países huyendo de fenómenos como la violencia provocada por grupos criminales que pone en riesgo la vida de sus habitantes¹⁸, los conflictos internos y las guerras que se han mantenido a lo largo de las últimas décadas, los factores económicos que han provocado altos índices de precariedad en algunos países,¹⁹ o incluso por razones ambientales.

La migración es entonces un fenómeno multicausal y complejo. Sin embargo, y para los propósitos del presente estudio conviene seguir una primera clasificación para aterrizar en el análisis que ya se ha adelantado. La migración puede ser voluntaria o

¹⁷ Borg, Erika. *The politics of Human Rights an analysis of articles 13, 14 and 15 found in the Universal Declaration of Human Rights, 1948 and other conventions which contribute to the Development*. En *The politics of Human Rights*. Diciembre 2, 2013, pp. 2

¹⁸ En Centroamérica el problema de la violencia generada por grupos criminales que amenazan a la población, la mantienen extorsionada, y atentan contra su vida es constante, y resulta actualmente uno de los mayores problemas que está impulsando a la gente a salir de esos países y emprenden rutas migratorias hacia el norte de América. Sobre el particular pueden revisarse los casos de El Salvador, Honduras y Guatemala. De igual manera, puede observarse el fenómeno de desplazamiento forzoso en México que se ha agravado en función de la denominada estrategia contra el narcotráfico o guerra contra el narcotráfico. Cfr. Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370.

¹⁹ Los factores económicos y políticos han provocado que más dos millones de personas hayan salido del país hacia distintos destinos, sobre todo Latinoamericanos y en Estados Unidos. Esta cantidad representa casi el 10% de la población total del país. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45262411>

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

forzada. La migración voluntaria supone el deseo no coercionado de las personas a trasladarse de manera interna o externa de su país, mientras que la segunda implica aquellas situaciones en las que las personas se ven obligadas a moverse:

porque su vida, integridad o libertad han sido amenazadas como consecuencia de diversas formas de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, conflicto armado, violencia generalizada, violaciones a los derechos humanos, otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público o desastres naturales o provocados por el ser humanos, entre otras causas. Asimismo, puede implicar situaciones en donde los individuos son transportados físicamente a través de fronteras si su consentimiento, como el caso de la trata de personas.²⁰

Así como existen causas de *expulsión*²¹ de personas que migran a otro Estado, también existen factores de atracción que determinan el destino al que estas personas migrantes desean llegar. Entre estos factores se encuentran la posibilidad de acceder a una mejor calidad de vida, mejores niveles de seguridad humana frente a la violencia, reunificación familiar, estabilidad política, acceso a trabajo y servicios, mejores condiciones climáticas, entre otros²².

Los dos tipos de migración, tanto la voluntaria como la forzada, implican retos no resueltos en los ámbitos jurídico y social. Sin embargo, vale la pena enfocar el análisis en los casos de migración forzada y poner sobre la mesa el balance de los derechos que se ven afectados por este fenómeno, así como las obligacio-

²⁰ CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OAS. 2015. p. 11

²¹ No se trata de una expulsión explícita, sin embargo, se utiliza este término para mostrar que no se trata de motivos voluntarios para dejar el país.

²² CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OAS. 2015. Pp. 12 y 26. De acuerdo con datos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, los países en desarrollo acogen la mayoría de las personas refugiadas a nivel mundial.

nes desde dónde tendrían que actuar las autoridades frente a la serie de vulneraciones que estas poblaciones se encuentran viendo diariamente en la realidad mundial. Esto cobra relevancia particularmente frente a aquellas respuestas Estatales que implementan políticas migratorias con un enfoque de seguridad nacional basado en la pretensión de contención de los flujos migratorios que, como lo ha identificado ya la Comisión Interamericana, carecen de enfoque de derechos humanos²³.

Para tratar de comprender las difíciles condiciones que tienen que enfrentar las personas que se ven forzadas a migrar en contra de su voluntad, resulta necesario comprender diferentes aspectos que el día de hoy se encuentran presentes en la migración forzada en América latina.

La migración forzada supone que las personas que se ven obligadas a migrar tengan que enfrentar una serie de obstáculos desde los lugares de origen, durante su tránsito, e incluso al llegar a los lugares de recepción. En principio, y por sí misma, la migración forzada implica que quien se ve sujeto a ella se encuentra en una situación de vulnerabilidad debido al contexto que enfrenta en su lugar de origen y que le obliga a tener que migrar (por una importante cantidad de causas), más allá de su propia voluntad que se ve afectada por este hecho. Por ejemplo, en los últimos años, en la región americana las principales causas de migración se encuentran asociadas con la presencia del crimen organizado, las desigualdad socioeconómica y demográfica, la existencia de megaproyectos o proyectos en desarrollo de gran escala²⁴, entre otros factores. En tales condiciones, las personas que se ven forzadas a migrar muchas ocasiones se encuentran en condiciones de pobreza, no cuentan con redes de apoyo y no tienen garantizados sus derechos básicos.

²³ CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OAS. 2015, pp. 15.

²⁴ CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OAS. 2015, pp. 18.

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

Sumado a lo anterior, es por desgracia una situación común que las condiciones de vulnerabilidad se extiendan al trayecto que desarrollan estas personas o grupos de personas que les exponen adicionalmente a una serie de riesgos, como asaltos, ataques sexuales, particularmente en el caso de mujeres y niñas, extorsión por parte de las autoridades, aspectos que en muchas ocasiones les impiden poder llegar a sus destinos;

Por último, las condiciones de vulnerabilidad antes referidos se extienden a los contextos a los que se enfrentan una vez que se encuentran en el país receptor, como el desconocimiento de las leyes o el idioma, la hostilidad, estigmas, discriminación o maltratos que sufren por parte de las autoridades y de la misma población.²⁵ En muchas ocasiones, por ejemplo, estas personas carecen de documentos para entrar al país receptor conforme a las leyes estipuladas.²⁶ En tales condiciones las personas que no cuentan con documentación migratoria se ven sometidas de manera constante a otros agravios generados por la dicha situación, pues el miedo a ser encontrados por las autoridades y deportados permite que tanto autoridades como agentes privados abusen de ellos constantemente en distintos ámbitos, quedando en completa desprotección de derechos como el acceso a la justicia, la salud, educación, trabajo, entre otras.

Adicionalmente, la entrada de migrantes a un país se ha estigmatizado al punto en que se relaciona su presencia con el aumento en la inseguridad o violencia de un Estado, aspecto que representa una amenaza para su estabilidad y seguridad.²⁷ Este

²⁵ CIDH. Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias. Párr. 64

²⁶ Incluso existen muchos casos en que las personas migran sin contar ni siquiera con papeles propios de identidad. Asimismo, es importante tomar en cuenta que los países de destino suelen ser aquellos que ofrecen mejorar sus condiciones de vida y seguridad, por tanto, estos países suelen endurecer las leyes migratorias y exigir mayores requisitos de entrada a personas de países de donde provienen más inmigrantes. La imposibilidad de contar con esos documentos —visa— no es un factor para no salir de las condiciones precarias en las que se encuentran.

²⁷ Rodríguez Martínez, Miriam. *La migración interregional de América Latina: Problemas y Desafíos*. Centro de Estudios de Migraciones Internacionales (CEMI), Cuba. 2000, pp. 1.

estigma ha sido alimentado muchas veces por los propios Estados como parte de su estrategia de contención de la migración.²⁸

Los obstáculos para el ejercicio de derechos de las personas que se ven forzadas a migrar no sólo se relacionan con la ausencia de documentación o los estigmas que deben enfrentar, sino que se extienden a factores como el desconocimiento que tienen sobre las leyes del país y los derechos que les asisten. Tal situación se traduce en que es difícil que tales personas tengan conocimiento del conjunto de derechos que les protege y muchas veces son repatriadas o expulsadas sin saber que pueden activar algunos mecanismos como el asilo, el refugio o la protección internacional²⁹. Toda esta información ha sido documentada por organismos a nivel nacional e internacional y pone de manifiesto el grado de vulnerabilidad que envuelve a las personas migrantes en general, y a las personas que migran forzosamente de manera específica.

Por todo lo anterior, si bien la migración podría pensarse como la máxima expresión del ejercicio de la libertad de movimiento plasmada en el artículo 13 de la Declaración Universal, la migración forzada pone realmente en duda esta perspectiva y los aspectos esenciales que se encuentran en la base de este derecho. Las condiciones que orillan a las personas a tener que salir de su lugar de origen, cercenan esa libertad ya que limitan las posibilidades reales con las que cuentan para poder sobrevivir.

En efecto, el fenómeno de la migración forzada debería llevarnos a repensar las obligaciones de los Estados frente a estas poblaciones, no solo respecto a la posibilidad de entrar al terri-

²⁸ De acuerdo a información de la CEPAL, ha surgido una paradoja que consiste en que la inclusión formal de la migración en las agendas internacionales de desarrollo que busca avances a largo plazo, coexiste con un diálogo inmediato restringido, estigmatizador y reduccionista acerca de la situación de los migrantes y del papel de la migración en el mundo. CEPAL. *Tendencias y Patrones de la migración latinoamericana y caribeña hacia 2010 y desafíos para una agenda regional*. Martínez, Jorge; Cano Verónica y Sofía Magdalena. ONU. Chile, 2014, pp. 10.

²⁹ Knox, Vicky. *Factores que influyen en la toma de decisiones de las personas que huyen de Centroamérica*, en *Revista Migraciones Forzadas. Latinoamérica y el caribe construyendo sobre una tradición de protección*. Universidad de Oxford y Centro de Estudios sobre Refugiados. No. 52, pp.19

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

torio, sino de poder recibir protecciones específicas, como sucedería por ejemplo con las figuras de asilo y refugio, por lo que el contenido del artículo 13 de la Declaración Universal debería leerse de manera conjunta con el 14 del citado instrumento.

El artículo 14 de la Declaración establece el derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país, aunque refiere una serie de limitaciones debido a que, por ejemplo, este derecho no puede ser invocado en contra de una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Este artículo se relaciona con tres principios recuperados en distintos instrumentos, pero principalmente en la Convención para el Estatuto para Refugiados, que interesan en la medida en que generan una protección adicional para estas poblaciones migrantes. Estos principios serían el de no devolución y prohibición de expulsión (artículo 33); el principio de no discriminación (artículo 3); y desde la interpretación evolutiva que se ha desarrollado en la región americana, la obligación de permitir a la persona migrante ser escuchada en cualquier proceso que se enderece en su contra³⁰.

Podría decirse que la interpretación y aplicación conjunta de estos tres principios funciona como una suerte de garantía que, permite que, incluso si la migración se realizó al margen la regulación migratoria del país receptor, las personas migrantes puedan contar con un espacio judicial o administrativo para realizar la petición de asilo, refugio o protección internacional, sin discriminación —con las adecuaciones procesales necesarias para cada caso— y con la seguridad de no ser devueltos al país que les puso en riesgo sin tener una resolución que cumpla con los requisitos de un debido proceso. Sumado a lo anterior, debemos

³⁰ Véase Corte IDH. *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. Serie A No. 16, párrs. 127 y 129; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121 y 122; y Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 143.

recordar que existen una serie de derechos adicionales a favor de las personas solicitantes de asilo, como serían la propia libertad de movimiento que deben tener dentro del territorio receptor, la garantía de otros derechos como salud, educación, vivienda y trabajo.³¹

Sin embargo, el día de hoy nos enfrentamos una realidad contradictoria debido a que, por un lado, contamos con el desarrollo de importantes estándares de protección a nivel internacional pero, por el otro, el endurecimiento de las políticas migratorias a nivel nacional³² avanza en sentido opuesto, generando importantes afectaciones a las poblaciones que han migrado forzosamente, y que por tanto se enfrentan hoy en día a una multiplicidad de problemas, y que se relacionan con la falta de seguridad, problemáticas legales, discriminación y otra serie de vejaciones que lejos de erradicarse, parecen haberse arraigado, incluso en el discurso oficial de algunos mandatarios estatales. En palabras de la Comisión Interamericana [*e*]stas tendencias han ido progresando en el ámbito mundial, al tiempo que cientos de miles de personas no cuentan con canales regulares y seguros para poder migrar y que además los países de tránsito y destino han adoptado medidas tendientes a disminuir la protección internacional.³³

El escenario que se ha puesto de manifiesto en el presente ensayo tiene adicionalmente un impacto mayor y diferenciado en aquellas poblaciones que representan grupos históricamente excluidos o desaventajados. En el caso particular de niñas, niños y adolescentes las políticas migratorias llamadas de “puerta gira-

³¹ Estos derechos pueden encontrarse desde la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hasta el desarrollo de estándares en la Corte Interamericana o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³² Algunas de las medidas que se han registrado en la última década son la securitización de las fronteras.

³³ CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OAS. 2015, pp.25 Véase también CEPAL. *Tendencias y patrones de la migración latinoamericana y caribeña hacia 2010 y desafíos para una agenda regional*. Martínez Pizarro, Jorge, Cano Christiny, Verónica y Soffia Cantrucci, Magdalena. ONU. 2014, pp. 9.

toria”; la ausencia de reconocimiento de la nacionalidad; la falta de adecuación procesal de los mecanismos migratorios y de protección internacional, la estigmatización o la separación familiar, producen afectaciones sumamente graves para el ejercicio de sus derechos.

2. La migración forzada en América Latina y sus impactos en niñas, niños y adolescentes.

Como ya se ha señalado previamente, América Latina atraviesa un complejo contexto que mantiene importantes flujos de personas que se ven forzadas a migrar por diferentes factores, los cuales, sin embargo, enfrentan un elemento común: la violencia. El crimen organizado local e interregional que se ha fortalecido durante las últimas décadas en Centroamérica y México ha tenido un fuerte impacto en las poblaciones migrantes. De manera más concreta, la situación sociopolítica de El Salvador, Guatemala y Honduras, identificados como el “triángulo norte”, ha incrementado los niveles de violencia y formas de persecución por parte de actores no estatales como las organizaciones dedicadas al narcotráfico y las pandillas. Sectores importantes de estas poblaciones han huido de sus respectivos países en busca de seguridad, pues tales Estados son incapaces de brindar una adecuada protección, garantías, y condiciones básicas para el acceso a la justicia.³⁴

De acuerdo con los informes que instituciones como al CEPAL, la OIM y la misma Comisión Interamericana han emitido en los últimos cinco años, en 2014 existían aproximadamente 28,5 millones de latinoamericanos y caribeños residiendo en países distintos a los de su nacimiento, lo que equivale a un 4% de la población total de la región. El 70% de esta cantidad se encuentra en Estados Unidos³⁵ debido a las expectativas de mejora de

³⁴ CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OAS. 2015, pp. 26

³⁵ CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados inter-*

vida que genera en la población migrante. México, los países del Triángulo Norte³⁶ y actualmente Venezuela conforman las poblaciones más cuantiosas en ese país.

Como puede apreciarse, existe un enorme flujo migratorio proveniente de México, El Salvador, Guatemala República Dominicana, de Sudamérica en Colombia que tiene como destino Estados Unidos. México tiene una importante tradición histórica como país de origen y de tránsito de personas migrantes hacia los Estados Unidos, sin embargo, el endurecimiento de la política migratoria por parte de los Estados Unidos le ha colocado también como un país de destino. De los diversos corredores interregionales, uno de los más importantes es el que está conformado por el Triángulo Norte.³⁷

Mientras la OIM reporta una disminución de migración de México hacia Estados Unidos en los últimos años, la migración del Triángulo Norte ha tenido un crecimiento sin precedentes. Entre 2014 y 2016 las detenciones de personas migrantes provenientes de estos países se duplicaron en la frontera norte entre Estados Unidos y México. En 2015 el número de solicitudes de asilo de migrantes del Triángulo Norte presentadas en los Estados Unidos aumentó más de 250% con respecto a 2013 y fue el doble que en 2014³⁸. Como un dato relevante de la población migrante en los Estados Unidos, los registros muestran que en 2015 la población migrante que no contaba con sus documentos regulares representaba el 3.4% de la población total de ese país³⁹.

Ahora bien, una de las poblaciones que se han visto más afectadas con esta ola de violencia en la región centroamericana son las niñas, niños y adolescentes. A finales de 2013, la Oficina del

nos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OAS. 201; y OIM. Informe sobre las migraciones en el mundo 2018. Ginebra. 2018, pp. 10

³⁶ OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Ginebra. 2018, pp. 86

³⁷ OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Ginebra. 2018, pp. 89

³⁸ OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Ginebra. 2018, pp. 90

³⁹ OIM. OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Ginebra. 2018, pp. 90

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

ACNUR registró que 50% de la población refugiada en el mundo eran niñas, niños y adolescentes.⁴⁰

Así, puede destacarse que entre 2011 y 2016 el número de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados⁴¹ se incrementó de manera considerable lo que se reflejó en el aumento de 1,200% en las detenciones que fueron realizadas en la frontera entre Estados Unidos y México.⁴² En 2016 se registraron 8,800 solicitudes de asilo en Estados Unidos por parte de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados provenientes de Centroamérica, que representó un aumento del 155% entre 2011 y 2014.⁴³ Adicionalmente a ello, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) refiere que de acuerdo con autoridades mexicanas entre 2013 y 2015 se registró un aumento de 333% de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados. El 97% provenía de Honduras (27.4%), Guatemala (49.6%) y El Salvador (20.5%), la mayoría entre 12 y 17 años.⁴⁴

2.1. Impactos diferenciados en niñas, niños y adolescentes migrantes, no acompañados y solicitantes de asilo

Las niñas, niños y adolescentes migrantes se ubican en una especial condición de vulnerabilidad debido principalmente a su edad, así como por las condiciones que les obligan a tener que

⁴⁰ ACNUR, *Tendencias Globales 2013: El Coste Humano de la Guerra*, 20 de junio de 2014, pp. 3

⁴¹ Niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados son quienes se encuentran fuera de su país de origen y están separados de ambos padres y otros parientes, y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o por costumbre, incumbe esa responsabilidad. Corte IDH. *Derechos de Niñas y Niños en el contexto de migración y/o necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC- 21/14* del 19 de agosto de 2014. Serie A. No. 21.

⁴² OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Ginebra. 2018, pp. 90

⁴³ OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Ginebra. 2018, pp. 90

⁴⁴ Womens Refugee Commission. *Detención y trato de niños migrantes no acompañados en la frontera de Estados Unidos y México*. En *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015. <https://www.unicef.org/mexico/spanish/17043.html>

migrar, como ya se ha señalado a lo largo de este artículo⁴⁵. Sin embargo, tales condiciones de vulnerabilidad pueden agravarse cuando se cruzan con otros factores adicionales como, por ejemplo, cuando la población infantil viaja sola o no acompañada o separada de sus familiares, o cuando forman parte de poblaciones indígenas, o enfrentan condiciones particulares de pobreza. De esta manera, la población infantil se enfrenta a procesos de discriminación interseccional que, como se ha señalado, depende de diversos factores. Estas condiciones ocasionan diversos impactos en los lugares de origen, tránsito y lugares de destino.

En la región centroamericana, por ejemplo, es posible observar un incremento en los niveles de violencia que afectan principalmente a niñas niños y adolescentes, debido a diversos factores que involucran: la presencia de amenazas en contextos escolares impulsada fundamentalmente por acción de las pandillas; feminicidios; acciones de violencia doméstica; reclutamiento forzoso; extorsión; asesinatos; acciones para el control estratégico del territorio; que constituyen algunos de los factores que obligan a las personas menores de edad a tener que dejar sus lugares de origen⁴⁶

Adicionalmente, cuando niñas, niños y adolescentes viajan solos (no acompañados o separados de sus familiares) el riesgo a ser víctimas de trata para cualquier tipo de explotación se incrementa de manera relevante. Muchas veces, la población infantil viaja con muy pocos recursos económicos, lo que les obliga a tomar acciones como emplearse bajo condiciones precarias, pedir dinero o incluso, ser víctimas de explotación sexual.⁴⁷

⁴⁵ OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Ginebra. 2018, pp.7

⁴⁶ Womens Refugee Commission. *Detención y trato de niños migrantes no acompañados en la frontera de Estados Unidos y México*. En *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015, pp. 43, 70, 71 y 72,

⁴⁷ ACNUR. *Niños en fuga: Niños no acompañados que huyen de El Salvador, Guatemala, Honduras y México y la necesidad de protección Internacional*. En *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015, pp. 26

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

Por otro lado, ha sido documentado que, en diversas ocasiones, las y los adolescentes que viajan no acompañados o separados de sus familiares toman rutas peligrosas para evitar los diferentes controles migratorios tanto de sus propios países al salir como aquellos con los que cuentan los países de tránsito y destino. Por desgracia, el endurecimiento de las políticas migratorias suele ocasionar la modificación de las rutas de tránsito, por lo que muchas de esas rutas coinciden con las que utilizan organizaciones de crimen organizado, o bien, que resultan altamente peligrosas para su integridad física. Emocionalmente, y dependiendo de la edad y las condiciones del viaje, niñas, niños o adolescentes experimentan múltiples afectaciones en su esfera psicosocial como son la depresión, frustración, miedo, aislamiento, desinterés.⁴⁸

El conjunto de afectaciones anteriormente referidas no concluye en los lugares de destino, ya que niñas, niños y adolescentes no acompañados sufren otra serie de obstáculos que violentan su esfera de derechos. En muchas ocasiones carecen de redes de apoyo, así como del acceso a servicios básicos como salud, educación, vivienda, etc.), y se encuentran particularmente sujetos a ser víctimas de explotación laboral o algunas otras formas de explotación infantil.

Pero tales afectaciones también suelen presentarse cuando activan los mecanismos de protección con los que cuenta el Estado. Por ejemplo, las y los solicitantes de asilo son privados de la libertad sin un análisis individualizado de las medidas requeridas.⁴⁹ En muchas ocasiones son colocados en centros que no cuentan con condiciones mínimas de seguridad, limpieza, y bajo condiciones de hacinamiento ya que no existen espacios

⁴⁸ ACNUR. *Niños en fuga: Niños no acompañados que huyen de El Salvador, Guatemala, Honduras y México y la necesidad de protección Internacional*. En *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015, pp. 27

⁴⁹ CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos*. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OAS. 2015, pp. 27

destinados a niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados⁵⁰. Uno de los obstáculos más importantes para el ejercicio de derechos se relaciona con la ausencia de documentos de identidad, ya que tal situación les impide acceder a una importante cantidad de derechos, e incluso poder localizar a su familia⁵¹.

Uno de los principales problemas a los que se enfrentan niñas, niños y adolescentes se relaciona con la falta de procedimientos especializados en condiciones adecuadas. Por ejemplo, resulta un problema común la falta de representación adecuada, el acceso a información básica sobre sus derechos, así como de las distintas opciones que tienen, y en diversas ocasiones los procedimientos se realizan en un idioma que desconocen⁵². Esto ha traído como consecuencia que miles de niñas, niños y adolescentes sean repatriados a sus países de origen, sin verificar que no existan condiciones de riesgo en sus lugares de origen, que muchas ocasiones coinciden con las razones por las que se vieron obligados a salir⁵³. Así, en 2014 ACNUR documentó que de 5 a 10 niños hondureños

⁵⁰ CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OAS. 2015, pp. 28.

⁵¹ CDN. Observación General O.G. No. 6. *Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. CRC/GC/2005/6, septiembre de 2005. Comité sobre los Derechos del Niño. ONU. Párr.3

⁵² Women's Refugee Commission. *Detención y trato de niños migrantes no acompañados en la frontera de Estados Unidos y México*. En *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015. P. 543

⁵³ ACNUR. *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos 2015*. Para más información sobre la situación de violencia vivida en países del Triángulo Norte y Centroamérica en general puede verse Centro Internacional para los Derechos Humanos de los Migrantes (CIDEHUM) por encargo del ACNUR (mayo de 2012). Desplazamiento forzado y necesidades de protección, generados por nuevas formas de violencia y criminalidad en Centroamérica (en adelante "Desplazamiento forzado y necesidades de protección"). Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8932.pdf?vie>

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

deportados por el Gobierno de los Estados Unidos de América fueron asesinados después de su regreso a Honduras.⁵⁴

Un problema sumamente recurrente para la protección de niñas, niños y adolescentes se relaciona con las denominadas políticas de “puertas giratorias”, que consisten en que, una vez detectados dentro del país, se simula un procedimiento administrativo o incluso de protección internacional, y casi automáticamente se decide en sentido negativo, forzando el retorno del menor de edad a su país de origen.⁵⁵

Todas estas prácticas, lejos de contribuir al objetivo de inhibir la migración —sobre todo los casos de migración forzada— potencian el riesgo de niñas, niños y adolescentes, quienes carecen de espacios seguros para ejercer aquellos derechos descritos en diversos instrumentos internacionales.

2.2. Marco de protección reforzada de la niñez migrante. El artículo 13 de la Declaración a partir de estándares especializados

A 70 años de la aparición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, nos ha parecido importante visibilizar la complejidad del contexto y vulnerabilidad que enfrentan niñas, niños y adolescentes migrantes, como uno de los colectivos que quizá con mayor intensidad resienten los impactos de la violación de la libertad de circulación y residencia, y que, por tanto, ejem-

⁵⁴ Womens Refugee Commission. *Detención y trato de niños migrantes no acompañados en la frontera de Estados Unidos y México*. En *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015. P- 449

⁵⁵ Por ejemplo, se ha documentado que niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados mexicanos en manos de autoridades estadounidenses son devueltos de manera inmediata al país de origen después de no más de dos días de custodia. Véase ACNUR. *Niños en fuga: Niños no acompañados que huyen de El Salvador, Guatemala, Honduras y México y la necesidad de protección Internacional*. En *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015. p. 70

plifican de manera importante los retos que se plantean en éste ámbito por parte de los Estados.

En los últimos años, numerosos informes, investigaciones y recomendaciones provenientes de organismos y tribunales internacionales e incluso organizaciones de la sociedad civil han buscado exponer la compleja y grave realidad de esta población. Adicionalmente, y con la intención de erradicar las diversas vulneraciones a derechos humanos que enfrentan niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados y solicitantes de asilo se han desarrollado una serie de estándares especializados que deberían ser interpretados desde una perspectiva evolutiva del artículo 13 de la Declaración Universal.

Para una lectura sistemática del alcance de la libertad de movimiento en contextos de migración forzada de niñas, niños y adolescentes, no basta con la revisión de los artículos 13 y 14 de la Declaración Universal, sino que éstos deben ser analizados desde un enfoque de derechos de la infancia y en relación con el artículo 22 de la Convención de los Derechos del Niño.

La ampliación estándares para la niñez migrante no acompañada y solicitante de asilo se puede encontrar en la Observación General No. 6 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, así como en la Opinión Consultiva 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos dos instrumentos resultan indispensables para dar contenido a las exigencias que en la actualidad deben externarse a los Estados que participen de algún modo en el proceso de migración de esta población.

Las obligaciones que se especifican a favor de la niñez migrante no acompañada son aplicables no solo a los países de origen o a los que corresponde la nacionalidad de la persona, sino que se extienden para cualquier país en cuyo territorio se encuentren las personas migrantes. Las obligaciones se dirigen a todos los órganos estatales, y no solo a las autoridades migratorias, razón por la cual la atención de los derechos de la niñez migrante debe ser entendida como una responsabilidad de Estado.

Existen una serie de principios básicos que determinan el conjunto de obligaciones de los Estados frente a este colectivo. Estos principios dan sentido al conjunto de obligaciones refor-

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

zadas que los Estados deben garantizar a favor de este colectivo. Entre los principios referidos encontramos: i) el principio de no discriminación (las medidas que se tomen deben ser acordes a las necesidades individuales y no colectivas); ii) Tener en cuenta las opiniones de niñas, niños y adolescentes (los Estados deben contar con personal especializado que sea capaz de obtener y valorar las opiniones de niñas, niños y adolescentes, habiendo garantizado por esa misma vía el acceso a la información de los procedimientos); iii) Interés Superior (determina la protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes no sólo para el presente sino de manera sostenible hacia el futuro); iv) Protección- precaución (se deben privilegiar medidas preventivas en contra de los peligros y riesgos, por lo que la sólo existencia de una duda sobre la posible afectación de los derechos justifica la adopción de medidas cautelares); v) Menor separación de la familia (la regla general es que debe evitarse la separación de niñas, niños y adolescentes de sus familiares salvo cuestiones excepcionales y por el menor tiempo que proceda) vi) No devolución (este principio internacional debe garantizar el no traslado de un niño, niña o adolescente a un país en donde exista un peligro, o que podría ulteriormente trasladarlo a un lugar de riesgo); y vii) Confidencialidad (toda la información que se obtenga del niño, niña y adolescente deberá ser recabada y resguardada confidencialmente, para evitar poner en riesgo a la persona en cuestión).

Desde esta perspectiva, todos los Estados tienen la obligación de adoptar *ex officio*, sin dilación y sin mayores formalidades todas las medidas que resulten necesarias para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Los Estados deben actuar sin necesidad de exigir una petición formal de protección de derechos y tienen la obligación de realizar un diagnóstico integral para la determinación de necesidades de protección tanto especiales como de protección internacional.

Los Estados deben contar con procedimientos de evaluación y determinación especializados para el dictado de medidas de protección, los cuales deberán ser realizados en las condiciones adecuadas que atiendan a criterios de razonabilidad y necesidades específicas de cada persona, y desde luego, reconociendo la prohibición de mecanismos de privación de la libertad. De igual

manera, deberán garantizar el nombramiento de una persona que funja como tutora durante todo el tiempo que el niño, niña o adolescente se encuentre en el territorio o hasta que cumpla la mayoría de edad, así como la posibilidad de contar con un representante legal en caso de tener cualquier procedimiento judicial o administrativo, teniendo presente el principio de menor separación de la familia. Asimismo, resulta indispensable establecer medidas de atención y alojamiento, en donde se tomen en cuenta todas las opciones que la misma Convención de los Derechos del Niño establece, así como las características específicas de cada niño migrante.

Sin importar el tiempo niñas, niños o adolescentes se encuentren en el territorio es indispensable asegurarle acceso a la educación, acceso a servicios de salud y un adecuado desarrollo físico, mental y espiritual, así como asegurar asistencia y apoyo para contar con alimentos, vestuario y vivienda. De acuerdo con el contexto específico en el que se encuentre cada persona, el Estado debe decretar medidas de prevención a posibles situaciones futuras de violencia, así como a todas aquellas orientadas a la prevención de delitos como la trata de personas, la explotación de diversas formas, malos tratos o el reclutamiento forzado.

Por último, los estándares extienden la obligación hasta la determinación de la situación que tendrán los niños, niñas o adolescentes bajo su jurisdicción, que puede ser desde el reconocimiento de asilo hasta otras soluciones como la reunificación familiar, el retorno al país de origen, la integración a un país de acogida, el reasentamiento a un tercer país o bien la adopción internacional. Cada una de estas opciones cuenta con una serie de garantías que buscan asegurar la plena efectividad del cúmulo de derechos quien resulte sujeto a ellas.

Por todo lo anterior, la libertad de movimiento establecida en el artículo 13 de la Declaración implica el reconocimiento de una serie de obligaciones que, cualquier Estado involucrado en el proceso de migración de una niña, niño o adolescente no acompañado tiene que adoptar.

El desarrollo evolutivo de este derecho, a raíz de los contextos complejos que se han experimentado en el mundo, y en

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

particular en América latina (y sobre los cuáles hemos intentado presentar un panorama general en el presente estudio), caracterizados por la permanencia de conflictos internos, altos índices de criminalidad y violencia contra grupos específicos como mujeres, población infantil y adolescente o bien, las condiciones pobreza y desigualdad de enormes sectores de población, han permitido identificar bajo qué condiciones los Estados deben dar cuenta de sus obligaciones internacionales, particularmente en lo que hace a la situación de niñas, niños y adolescentes migrantes. De esta manera, podría afirmarse que la referencia que los Estados puedan hacer al ámbito de su soberanía se encuentra cada vez más acotado al conjunto de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, por lo que no cualquier política y normativa migratoria es compatible con éstas.

En la actualidad existe un desfase importante entre los estándares internacionales y la realidad que presenta grandes obstáculos para una efectiva garantía de estos derechos. Sin embargo, a 70 años de la Declaración Universal, el artículo 13 sigue vigente. Las discusiones, análisis e interpretaciones que se desarrollen sobre este asunto serán indispensables para lograr que la migración —un fenómeno que nunca cesará— cuente con mejores condiciones para su ejercicio, y en donde cada vez menos personas tengan que viajar de manera forzada. La erradicación de la migración forzada podría constituir así el espíritu más importante del contenido del artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

FUENTES

ACNUR. *Niños en fuga: Niños no acompañados que huyen de El Salvador, Guatemala, Honduras y México y la necesidad de protección Internacional*. En *Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015.

ACNUR. OIT, OIM y UNICEF. *Niños, niñas y adolescentes migrantes. América Central y México*. San José, 2013.

- BORG, Erika. *The politics of Human Rights an analysis of articles 13, 14 and 15 found in the Universal Declaration of Human Rights, 19148 and other conventions which contribute to the Development.* En *The politics of Human Rights.* Diciembre 2, 2013.
- CASILLAS Rodolfo. *La vigencia de los derechos humanos de las migrantes, premisa insustituible en la relación migración y desarrollo.* En *Mirando al Norte: Algunas tendencias de la migración latinoamericana.* Álvarez Echandi (coord.) San José, FLACSO. 2000.
- CASTILLO Daudí, Mireya. *Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional.* En *Revista electrónica de estudios internacionales.* 2016.
- CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* OAS. 2015.
- CIDH. *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familiar.*
- CEPAL. *Tendencias y Patrones de la migración latinoamericana y caribeña hacia 2010 y desafíos para una agenda regional.* Martínez, Jorge; Cano Verónica y Soffia Magdalena. ONU. Chile, 2014.
- GOMEZ-JOHNSON, Cristina. *De la migración económica a la migración forzada por el incremento de la violencia en El Salvador y México.* En *Estudios Políticos.* Medellín, julio diciembre 2015, No. 47.
- GONZÁLEZ, Julia. *La migración en condiciones de vulnerabilidad.* En *Mirando al Norte: Algunas tendencias de la migración latinoamericana.* Álvarez Echandi (coord.) San José, FLACSO. 2000.
- KIDS IN NEED OF DEFENSE. *Repatriación y Reintegración de niños migrantes. En Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos.* Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015.

La libertad de circulación y residencia a la luz de la evolución...

- KNOX, Vicky. *Factores que influyen en la toma de decisiones de las personas que huyen de Centroamérica*, en Revista Migraciones Forzadas. Latinoamérica y el caribe construyendo sobre una tradición de protección. Universidad de Oxford y Centro de Estudios sobre Refugiados. No. 52.
- MCADAM, Jane. *An intellectual history of freedom of movement in international law: the right to leave as a personal liberty*. En Melbourne Journal of International Law. Vol.12.
- NOVAK, Fabián. *La Declaración Universal de Derechos Humanos a cincuenta años después*. En Agenda Internacional. Instituto de Estudios Internacionales
- OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Ginebra. 2018.
- ONU. *Trabajos Preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Cambridge University. 2013.
- PONCE Martínez, Carlos F. *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos*. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=831275>
- RODRÍGUEZ Martínez, Miriam. *La migración interregional de América Latina: Problemas y Desafíos*. Centro de Estudios de Migraciones Internacionales (CEMI), Cuba. 2000.
- Womens Refugee Commission. *Detención y trato de niños migrantes no acompañados en la frontera de Estados Unidos y México. En Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos*. Center for Gender and Refugee Studies. University of California Hastings College of Law. 2015.

Instrumentos internacionales

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32) San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969*
- Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.*

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

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 143.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121 y 122.

Corte IDH. *Derechos de Niñas y Niños en el contexto de migración y/o necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC- 21/14* del 19 de agosto de 2014. Serie A. No. 21.

Corte IDH. *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. Serie A No. 16.

CDN. *Observación General O.G. No. 6. Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. CRC/GC/2005/6, septiembre de 2005. Comité sobre los Derechos del Niño. ONU.*

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.